УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА
У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ

giz Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH
Pravna reforma u Srbiji

Право и Привреда

Часопис за привредноправну теорију и праксу

Београд
Година XLIX

Број 4-6
2012

UDK 347.7
ISSN 0354-3501

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 рецензената које одређује Редакција.

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

Издавач
УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ
Београд, Трг Николе Пашића 1/II
тел./факс: 3234-985
e-mail: udruzpip@eunet.rs
www.pravniciuprivredi.org.rs

Технички уредник
Јован Ђорђевић

Графичка припрема
Досије студио, Браће Недића 29, Београд

Излази ПЕРИОДИЧНО

Штампа
„Досије студио“, Београд

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА
У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ

Право и Привреда

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7
ISSN 0354-3501

Београд
Година XLIX

Број
4-6
2012

ПРАВО И ПРИВРЕДА, бр. 4-6/2012, Година XLIX

САДРЖАЈ

ОСНОВНА ТЕМА

***Мирко* ВАСИЉЕВИЋ**

Закони и привреда 13

ПРИВРЕДНА ДРУШТВА

***Кристоф* ВАН ДЕР ЕЛСТ**

Време за питање?
Право акционара на постављање питања као адекватно средство управљања друштвом 35

***Стеван* ШОГОРОВ**

Искључење члана из друштва с ограниченом одговорношћу одлуком скупштине (кадуцирање) 63

Зоран АРСИЋ

Једнако гласање акционара 74

***Марко* РАЈЧЕВИЋ**

Предузетник у праву Републике Српске 84

***Витомир* ПОПОВИЋ**

Задругарство и његов значај за развој привреде Републике Српске 97

Душица **ПАЛАЧКОВИЋ**
(„Законско“) заступање привредних друштава 107

Љубиша **ДАБИЋ**
Принудна ликвидација привредног друштва 118

Дијана **МАРКОВИЋ-БАЈАЛОВИЋ**
Ништавост и/или побојност одлука скупштине акционарског друштва 132

***Соња* БУНЧИЋ, *Милена* ГАЛЕТИН**
Право на настањивање у Европској унији након случаја *Cartesio*: даља хармонизација 149

Јелена ЛЕПЕТИЋ
Златне акције у компанијском праву Србије 164

Адриана **МИНОВИЋ, *Марко* МАТОВИЋ**
Институт пробијања правне личности и његова примена приликом проширења арбитражних споразума/клаузула на непотписнице 179

СТЕЧАЈНО ПРАВО И ПРИВАТИЗАЦИЈА

***Драгиша* Б. СЛИЈЕПЧЕВИЋ**
Дискрециона овлашћења стечајног судије у поступку реорганизације стечајног дужника 201

Рајнер **КУЛМС**
Прекогранични стечајни протоколи: од меког права до иновативних механизама реструктурирања? 217

Владимир **КОЗАР**
Правне последице споразумног финансијског реструктурирања привредних друштава 236

Марко **МАРЈАНОВИЋ**
Одређени правни аспекти заштите права запослених у поступцима приватизације и стечаја 251

Марко **ЛАЗОВИЋ**

Покретање стечајног поступка услед дуготрајне неспособности за плаћање стечајног дужника и уплата предујма 272

Марко **РАДОВИЋ**

Правни третман камате у нашем стечајном праву. 285

ФИНАНСИЈСКА ТРЖИШТА

Бранко **ВАСИЉЕВИЋ, *Рашко* РАДОСАВЉЕВИЋ**

Финансијска интеграција Европске уније и регулисање системског ризика 305

Добросав **МИЛОВАНОВИЋ**

Принудни откуп акција и уговор о залози акција 317

Бранко **Ж. ЉУТИЋ**

Стечај приватних пензијских фондова у Србији и регулаторна одговорност Народне банке 335

Нада **ТОДОРОВИЋ**

Муниципалне обвезнице и нови законски оквир у Србији . . 348

Јасмина **ЛАБУДОВИЋ СТАНКОВИЋ**

Неке дилеме у вези са новим Законом о тржишту капитала 360

Мирјана **РАДОВИЋ**

Правни односи у поступку наплате потраживања путем директног задужења по основу овлашћења 375

Мијат **ЈОЦОВИЋ**

Превентивни механизми спречавања учесталости инсајдерске трговине 390

Владимир **ВРАЧАРИЋ**

Волкерово правило: нова верзија Глас-Стигл закона?. 409

ПРАВО ПОТРОШАЧА

***Драган* ВУЈИСИЋ**

Имплементација упутства ЕЕЗ о туристичком путовању у Закон о заштити потрошача Републике Србије. 418

***Милена* ЈОВАНОВИЋ ZATTILA, *Михајло* ЦВЕТКОВИЋ**

Шта нам доноси нова Директива о правима потрошача? 433

***Татјана* ЈОВАНИЋ**

Заштита потрошача као резултат тржишног надзора. 452

***Владимир* ВУЛЕТИЋ**

Одговорност произвођача ствари са недостатком: утицај и допринос римског права на савремена решења 478

***Катарина* ИВАНЧЕВИЋ**

Законска обавеза информисања потрошача и обмањујуће пословање 504

***Велимир* ЖИВКОВИЋ**

Модели јачања улоге удружења потрошача и пословних удружења у поступцима за накнаду штете због повреде правила конкуренције 519

***Борко* МИХАЈЛОВИЋ**

Заштита потрошача од непоштеног пословања 538

ПРИВРЕДНИ КРИМИНАЛ

***Јован* ЋИРИЋ**

Стране инвестиције – „новац не смрди“. 552

***Наташа* ДЕЛИЋ**

Осврт на коруптивна кривична дела у КЗ РС. 563

МЕЂУНАРОДНО ПРИВРЕДНО ПРАВО

***Светислав* ТАБОРОШИ**

Логички основи Закона о јавно-приватном партнерству. 583

***Радован* Д. ВУКАДИНОВИЋ**

О оправданости заједничких европских правила о продаји . . 596

Александар **ЋИРИЋ, *Предраг* ЦВЕТКОВИЋ**

Јавно-приватно партнерство између „хијерархијске константе“ и „нове етике“ друштвених односа 618

Јелена **ПЕРОВИЋ**

Раскид и измена уговора као правне последице промењених околности 628

Сандра **ФИШЕР-ШОБОТ**

Правило предвидљивости штете у праву међународне и домаће продаје 645

Марко **ЈОВАНОВИЋ**

Осврт на стабилизациону клаузулу у Закону о јавно-приватном партнерству и концесијама 658

Ивана **Б. ЉУТИЋ**

Меко право у функцији контроле транснационалних компанија 673

Горан **РАКИЋ**

Трансфер капитала у области страних улагања – ризици и правна заштита 684

Јован **ВУЈИЧИЋ**

Преваре и привремене мере код гаранција на позив 693

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ 706

LAW AND ECONOMY, No. 4-6/2012, Year XLIX

TABLE OF CONTENTS

MAIN TOPIC

***Mirko* VASILJEVIĆ**

Laws and Economy 13

BUSINESS ORGANIZATIONS

***Christoph* VAN DER ELST**

Question time?
The Shareholder's Right to Ask Questions as Appropriate Stewardship Tool 35

***Stevan* ŠOGOROV**

Private Company Member Meeting Decision on Expulsion of Member 63

***Zoran* ARSIĆ**

Uniform Casting of Shareholders Votes. 74

***Marko* RAJČEVIĆ**

Entrepreneur in the Republic of Srpska Law 84

***Vitomir* POPOVIĆ**

Cooperatives and Its Importance for Development of Commerce of Republic of Srpska 97

Dušica **PALAČKOVIĆ**
(„Legal“) Representation of Business Associations 107

Ljubiša **DABIĆ**
Mandatory Liquidation of Companies..... 118

Dijana **MARKOVIĆ-BAJALOVIĆ**
Nullity and/or Voidness of Decisions of the Shareholders' Meeting 132

Sonja **BUNČIĆ, *Milena* GALETIN**
Right of Establishment in the European Union After *Cartesio* Case: Further Harmonization 149

Jelena **LEPETIĆ**
Golden Shares in the Company Law of Serbia..... 164

Adriana **MINOVIĆ, *Marko* MATOVIĆ**
Piercing the Corporate Veil Institute and Its Application upon Extension of Arbitration Agreements/Clauses 179

BANKRUPTCY LAW AND PRIVATIZATION

Dragiša **B. SLIJEPĆEVIĆ**
Bankruptcy Judges Discretionary Powers in Reorganization Procedure 201

Rainer **KULMS**
Cross-Border Insolvency Protocols: From Soft Law to Innovative Restructuring Mechanisms?..... 217

Vladimir **KOZAR**
Legal Consequences of a Consensual Financial Restructuring of Business Companies 236

Marko **MARJANOVIĆ**
Certain Legal Aspects of Employees' Rights in Privatization and Bankruptcy 251

Marko **LAZOVIĆ**
Initiation of Bankruptcy Proceedings due to Long-term Insolvency of Debtor and Advance Payment 272

Marko **RADOVIĆ**
Legal Treatment of Interest in Our Bacruptcy Law 285

FINANCIAL MARKETS

Branko **VASILJEVIĆ**, *Ratko* **RADOSAVLJEVIĆ**
Financial Integration of European Union and Systemic Risk Regulation 305

Dobrosav **MILOVANOVIĆ**
Compulsory Purchase of Shares and Share Pledge Contract 317

Branko **Ž. LJUTIĆ**
Bankruptcy of Private Pension Funds in Serbia and Regulatory Responsibility of the Central Bank of Serbia 335

Nada **TODOROVIĆ**
Municipal Bonds and New Legal Framework in Serbia 348

Jasmina **LABUDOVIĆ**
Some Dilemmas about the New Capital Market Act 360

Mirjana **RADOVIĆ**
Legal Relationships Regarding Collection of Debts Through Direct Debits 375

Mijat **JOCOVIĆ**
Preventive Mechanisms for Prevention of Incidence of Insider Trading 390

Vladimir **VRAČARIĆ**
Volcker Rule: New Version of Glass-Steagall Act? 409

CONSUMER LAW

Dragan **VUJISIĆ**
Implementation of Directive of EEC on Package Travel in the Law on Consumers' Protection in Republic of Serbia 418

Milena **JOVANOVIĆ ZATTILA**, *Mihajlo* **CVETKOVIĆ**
What are the Effects of the New Directive on Consumer Rights? 433

Tatjana **JOVANIĆ**
Consumer Protection as the Outcome of Market Sureveillance . . 452

Vladimir **VULETIĆ**
Manufacturer Liability for Defective Products: Influence and Contribution of Roman Law to Modern Solutions 478

Katarina **IVANČEVIĆ**
Legal Obligation of Informing Consumers and Misleading Business 504

Velimir **ŽIVKOVIĆ**
Models for Strengthening the Role of Consumer Asociations and Business Associations in Damages Actions for the Breach of Competition Rules 519

Borko **MIHAJLOVIĆ**
Protection of Consumers Against Unfair Commercial Practice . . 538

COMMERCIAL CRIME

Jovan **ĆIRIĆ**
Foreign Investments – "Money does not Stink" (*Pecunia non olet*). 552

Nataša **DELIĆ**
Briefly about Criminal Offences of Corruption 563

INTERNATIONAL COMMERICAL LAW

Svetislav **TABOROŠI**
Logical Basis of the Law on Public-Private Partnership 583

Radovan **D. VUKADINOVIĆ**
On Feasibility of Common European Sales Law 596

Aleksandar **ĆIRIĆ,** *Predrag* **CVETKOVIĆ**
Public-Private Partnership between "Hierarchical Constant" and "New Ethics" of Social Relations 618

Jelena **PEROVIĆ**
Termination and Adaptation of Contract as Legal Effects of Hardship 628

Sandra **FIŠER-ŠOBOT**
Foreseeability of Losses in International and Domestic Sales Law 645

Marko **JOVANOVIĆ**
An Overview of the Stabilization Clause Contained in the Law on Public-Private Partnership and Concessions 658

Ivana **B. LJUTIĆ**
Soft Law in a Role of Control of Transnational Corporations 673

Goran **RAKIĆ**
Transfer of Funds in Foreign Investments Field – Risks and Legal Protection 684

Jovan **VUJIČIĆ**
The Fraud and Provisional Court Measures in Demand Guarantees 693

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS 706

ОСНОВНА ТЕМА

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

ЗАКОНИ И ПРИВРЕДА*

Резиме

У овом раду аутор анализира нека отворена питања стања и перспективе привредноправне регулативе. Аутор анализира: прво, промену карактера привредне регулативе (констатујући ширење процеса демонополизације субјеката ове регулативе, односно ширење процеса подруштвљавања ове регулативе, с тим што остаје отворено питање природе регулативе коју не одликује принудљивост извршења); друго, квалитет стварања и примене права у привреди (констатујући озбиљне недостатке и у стварању и у примени); треће, питање разграничења формалних доносилаца прописа уставом овлашћених и фактичких (скривених) доносилаца прописа по мери својих уских интереса (спрега политике и монополске привреде); четврто, правни феномен „незаконског права"; пето, правни нонсенс који одликује све више нашу привредноправну регулативу у виду раздвајања момента ступања на снагу закона и почетка примене закона; шесто, однос привредне регулативе и економске ефикасности; седмо, однос привредне регулативе и економских слобода. Коначно, аутор закључује да је привредној регулативи потребно да буде у служби привреде, како би унапредила економску ефикасност, а не да буде у служби политике, што врло често води доминацији других интереса у изгледу привредне регулативе над економским, а што неминовно има за последицу социјализацију и неконкурентност привреде.

Кључне речи: *закони, привреда, политика, ефикасност, привредне слободе, „законско неправо", квалитет права.*

* Рад је написан у оквиру вишегодишњег пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „*Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ – правни, економски и социолошки аспекти (2012)*".

I Промена карактера привредне регулативе

Регулатива привреде је свакако област права која има специфичне одлике: реч је, наиме, о сфери права којом не треба да доминира зона императивности[1] („принудљивости“ или „изнудљивости“, како би, без сумње, рекао оригинални правни писац, творац синтетичке правне филозофије и теорије трипартиције, Тома Живановић)[2] – тврдо право (*hard law*), већ зона законског овлашћивања (меко право – *soft law*) – зона уговора и принципа слободе уговарања.

Законски принцип *слободе уговарања*, као прво, постаје врховни принцип не само у уговорној привредној сфери, већ све више и у статусној привредној сфери (све форме затворених привредних друштава – ортачко друштво, командитно друштво, друштво с ограниченом одговорношћу и затворено акционарско друштво и предузетник доминантно су уређене управо нормама које омогућују друкчији избор),[3] осим кад се ради о потреби заштите трећих лица (одговорност за обавезе, минимални основни капитал, заступање и заступници, дејство објављених података на интернет страници агенција за привредне регистре према трећим лицима, стицање правног субјективитета и слично).

Законска регулатива у привредној сфери, као друго, све више уступа место *аутономној регулативи* саморегулаторних организација или регулативи која настаје из саме пословне праксе (*lex mercatoria:* обичаји, узансе, пословни обичаји, пословни морал, општи услови пословања), као и регулативи која уместо да униформише настоји да пружи оквире, упуте, инструкције (модел закони, кодекси, водичи) – *меко право (soft law)*.[4] Такав карактер права неспоран је и у Закону о

1 Упор. Радомир Лукић, *Обавезујућа снага правне норме и проблем објективног права,* Београд, 1995; Јасминка Хасанбеговић, *Заблуде о правној норми (Правна норма није заповест?)*, Београд, 2006.

2 Тома Живановић, *Систем синтетичке правне филозофије (Синтетичка филозофија права I)*, Класици југословенског права, Београд, 1997, стр. 115–133.

3 Вид. Jessica Schmidt, „Reforms in German Stock Corporation Law – The 67th German Jurists Forum“, *European Business Organization Law Review (EBOR)*, Vol. 9, No. 4/2008, стр. 644–646.

4 Чини се да у области приватноправних пословних односа не би требало у том погледу изражавати толику бојазан која се, иначе, оправдано изражава у области међународних односа. Наиме, „у постојећој структури међународних односа, којој нису непознати неоимперијални елементи, конструкција „меког права“ води релативизацији међународног права на уштрб опортунитета и односа снага. У најбољем случају, стварају се партикуларни, изоловани правни режими, на основу вредности дефинисаних политичким документима, који се комбинацијом политичког, економског, а понекад и војног притиска, намећу неким, по правилу слабијим, државама, а изван домашаја партикуларних режима остају државе са

привредним друштвима Србије[5] и посебно у Кодексу корпоративног управљања.[6] Овај кодекс садржи три врсте правила: 1) законска правила, 2) препоруке или тзв. „*примени или објасни*" правила, која адресат треба да прихвати и по њима поступи, а ако то не учини или не учини на начин који је предвиђен овим кодексом, мора да пружи објашњење, то јест оправдавајуће разлоге за учињено одступање, и 3) предлоге који представљају правила која адресат не мора да прихвати, нити да пружи било какво објашњење за одступање од њих, а која се сматрају *пожељном праксом* у области корпоративног управљања котираним акционарским друштвима.[7]

Суочена са отвореним питањем карактера модерне привредне регулативе (посебно компанијске регулативе и регулативе тржишта хартија од вредности), Висока група експерата за реформу компанијског права ЕУ (коју је формирала Европска комисија), полазећи од *развоја флексибилне праксе регулативе*, заузела је став да ЕУ треба шире да користи управо ове алтернативе регулативе, констатујући[8] да је у досадашњој законској пракси *превише коришћена примарна регулатива путем директива*,[9] која је потом имплементирана у регулативу држава чланица. Висока група експерата уједно констатује да у многим областима компанијске регулативе нема посебне потребе за детаљном регулацијом у директивама ЕУ и препоручује следећи модел регулације: прво, ако је примарна регулација путем директива нужна, она треба да се задржи на нивоу принципа и општих правила, остављајући детаљно регулисање секундарној регулацији; друго, секундарна регулација и механизми установљених стандарда и њихове координације погоднији су механиз-

већом фактичком, политичком моћи". Вид. Миленко Крећа, *Међународно јавно право I*, Београд, 2007, стр. 102–103.

5 Закон о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 36/2011; даље у фуснотама: ЗОПД).

6 Кодекс корпоративног управљања Привредне коморе Србије (*Службени гласник РС*, бр. 1/06; даље у фуснотама: ККУ ПКС).

7 ККУ ПКС, чл. 7.

8 Вид. *Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe (Winter Report)*, Брисел, 2002, стр. 31.

9 „Недавна објава да ће доћи до поједностављивања комунитарних прописа у области компанијског права, као и до смањивања регулаторног терета, сугерише да Комисија полако признаје да постоје другачији регулаторни приступи, напуштајући уобичајену реторику о хармонизацији националних законодавстава у циљу укидања препрека у трговини између држава чланица" – *European Commission Communication on A Simplified Business Environment for Companies in the Areas of Company Law, Accounting and Auditing*, Brussels, July 10, 2007 (COM, 2007, 394 final). Вид. Reiner Kulms, „Европско корпоративно управљање у ери Сарбејнс-Окслија", *Право и привреда*, бр. 1–4/2008, стр. 15.

ми регулације, нарочито у области управљања компанијама и одржавања скупштина акционарских друштава, у циљу *охрабрења развоја најбоље (корпоративне) праксе.*[10]

Са становишта теоријског одређења посебног појма права (права везаног за привреду), чини се да развој пословноправне регулативе иде у смеру признања теоријскоправног правца *друштвеноправног плурализма* (постојање државног и аутономног права као два паралелна правна система), с обзиром на то да државно право не обезбеђује правну заштиту („принудљивост") целовитом аутономном правном поретку (законско овлашћење за аутономне норме попут „примени или објасни" или норме попут модела и препорука), већ само обезбеђује такву државноправну заштиту за аутономну сферу регулације из зоне законског овлашћивања за „слободу уговарања". У делу у којем аутономна регулација у привреди, с овлашћењем државног (законског) права нема државноправну заштиту у смислу принудљивости, чиме се настоји афирмисати *најбоља корпоративна пракса* као својеврсни извор (стваралац) права, чини се да се ова регулатива без такве заштите приближава моралу (пословном), са аутономним санкцијама, недовољно гаранцијским за владавину таквог права, чиме се може озбиљно довести у питање потребна правна сигурност као једна од врхунских правних вредности.

Право питање, дакле, није да ли привреда има превише или премало регулације, државне и/или аутономне, већ је право питање *какав је карактер и квалитет те регулације?!* Право питање такође јесте и то да ли је промена природе *регулације* (ход од законске, са доминантним обележјима императивности, ка *саморегулацији*, са доминантним обележјима овлашћивања, и ка развоју *контрактуализације*) универзално прихватљив пут, посебно у сфери привреде, или није, односно да ли је прихватљив пут *дерегулације*? Нама се чини да се на такав развој регулативе морају дати два одговора. Први, *дерегулација* у смислу одсуства или радикалног смањења свих нивоа регулативе није прихватљив пут „развоја" регулативе. Други, регулатива (државна) и саморегулатива (аутономни субјекти) и контрактуализација (развој уговорне регулативе) нису алтернативни, већ комплементарни модели, *и регулатива (државна) и саморегулатива и контрактуализација*, али *не и дерегулација* у смислу одсуства или смањења свих нивоа регулативе. Остаје питање мере њиховог појединачног учешћа. Одговор на ово питање може бити само да мера учешћа појединачних сегмената овог односа не може бити свуда иста. У земљама *common law*-а, које имају снажну праксу и ауторитет судова, наглашени пут ка меком праву може

10 *Winter Report*, стр. 32.

бити прави пут, док за земље *civil law*-а, које, са значајним нијансама али са општим одличјем, немају такву праксу и ауторитет судова, такав пут апсолутно не одговара и то се мора отворено и на време рећи, како се премештањем центра одлучивања на „нејаке Уроше" не би угрозила очекивања од тог трећег стуба власти у деценијама које следе.[11]

II Квалитет стварања и примене права у привреди

Квалитет стварања права за потребе привреде у Србији, у контексту правних вредности (попут правне сигурности, владавине права, правде и слично), осим номотехничких и језичких недостатака, посебно одликују: 1) „покрет правне трансплантације" који, уз разумљиве потребе индиректне хармонизације права на овој основи, често води разним полурешењима или решењима која, са становишта локалне правне културе и правне традиције, нису прихватљива (то је посебно случај са некритичким прихватањем бројних института англосаксонског права у континенталном праву и пракси), 2) прихватање концепта „дерегулације" („гиљотина прописа" или институција са пуно злурадости названа „СРП", како говори извршна сфера власти да би себи на новој основи обезбедила „јединство власти"), нарочито у пословноправној сфери или новог концепта регулације тзв. меким правом (*soft law*), као да је хармонија друштвених односа на таквом нивоу да, марксистички речено, право може да почне да „одумире", 3) „силовање права" новим правним институтима из арсенала револуционарног права и партијске државе (друштвена својина, самоуправљање, удружени рад, друштвени договор, самоуправни споразум) који, иако у музеју старина, „заслужују" да се и овим поводом помену због ризика „васкрснућа", 4) повреда принципа важења закона у времену при самом доношењу прописа (ретроактивност права),[12] 5) хипертрофија прописа, као контратежа „дерегулацији" и као својеврсна компромитација права, проистекла из уверења да све треба регулисати, без стварне намере примене,

11 Сличне резерве у погледу развоја ове аутономне регулативе присутне су и у немачкој правној теорији, у контексту улоге и природе немачког Кодекса корпоративног управљања, као и евентуалне потребе доношења Европског кодекса корпоративног управљања. Вид. Jean Jacques du Plessis, Bernhard Grosfeld, Claus Luttermann, Ingo Saenger, Otto Sandrock, *German Corporate Governance in International and European Context*, Berlin, 2007, стр. 23–36.

12 Слободан Перовић, *Ретроактивност закона и других општих аката,* Београд, 1984; Глигорије Гершић, „Теорија о повратној сили закона – правничка студија", *Право и слобода*, 1994, стр. 71–77; Коста Чавошки („други вид нарушавања постојаности закона који Макијавели одбацује јесте доношење закона са повратном снагом који руше правну сигурност и задиру у човекову слободу и урачунљивост"), *Макијавели,* Нови Сад, 2008, стр. 211.

како би се у правној свести грађана произвео синдром „засићености правом“, 6) правни неред (и на плану субјекта стварања права и на страни правне хијерархије), 7) нестабилност прописа и кратко временско важење (изузетно брза амортизација прописа) са честим променама, што праву одузима ауторитет.

Квалитет примене права у привреди, пак, у контексту правних вредности (уз апстраховање утицаја који на то имају сам квалитет права и узроци који су свакако у општој равни и у сфери кризе државе, кризе судства, кризе демократије), одликују посебно: 1) неједнако поступање у једнаким случајевима, односно различито поступање у различитим случајевима несразмерно мери различитости, 2) невезаност правом органа који примењују право,[13] 3) давање примата целисходности (сврсисходности) у односу на правну сигурност и правду и онда када то правила решавања сукоба ових антиномија идеје права не налажу, 4) злоупотреба права.[14]

III Како и ко стварно доноси законе и чијом вољом – Народна скупштина или неформални центри моћи?

Србија је у пуном мандатном периоду Народне скупштине која се управо замењује новом донела око хиљаду нових закона (својеврсни „законски цунами“), што је на квантитативном плану свакако велики успех. Ако се пак завири у „утробу“ донетих закона, закључак би могао да буде само поразан, тако да ни толики квантитет не би могао да надокнади четири озбиљна недостатка.

Прво, сам поступак доношења закона је недовољно јаван, са симулованим, а не стварним јавним расправама; са некредибилним стручњацима који се узимају као консултанти у припреми нацрта а које одликују углавном партијска подобност и пожељна флексибилност; са нејасним одређењем филозофије развоја правног система (некритичка офанзива англосаксонске правне традиције у свим гранама пра-

13 Илустративан пример јесте стечај четири раније водеће српске банке (Беобанка, Београдска банка, Инвестбанка и Југобанка – „Четири чудна стечаја“) налогом извршне власти након „октобарских промена“ 2000. године, по методу неореволуционарне власти (2002), иако су у том моменту имале потраживања далеко већа од дуговања (формалноправно нису били испуњени услови за стечај), што је касније потврђено извештајем надзорне Агенције за осигурање депозита. Вид. *НИН*, 3051/18.6.2009, стр. 17–18. Вид. и: К. Чавошки („Трећи вид повреде законитости који Макијавели осуђује јесте доношење закона који се не поштује... лош пример даје онај ко не поштује донети закон, поготову ако је то онај који га је донео“), *нав. дело*, стр. 211.

14 О злоупотреби права посебно: Владимир Водинелић, *Такозвана злоупотреба права,* Београд, 1997.

ва на штету континенталне правне традиције, што је супротно нашој правној култури и традицији); са преузимањем бројних правних института који се не уклапају у целовитост нашег правног система (правно трансплантирање); са струковно некредибилним парламентарним расправама; са немешањем нересорних министарстава у ресорне надлежности других министарстава и поред вокацијске ресорне повезаности бројних закона и тиме нужности такве стварне, а не фиктивне сарадње („немешање у унутрашње послове"); са по правну сигурност опасном доминацијом доношења закона по хитном поступку, а супротно уставним гаранцијама изузетка таквог доношења прописа.

Друго, непраћење донетих закона са правовременим доношењем бројних подзаконских аката наложених тим законима (такав је случај са бројним подзаконским прописима који треба да прате Закон о привредним друштвима, Закон о тржишту капитала, Закон о заштити потрошача и друге законе, који и поред истицања законских рокова нису донети).[15]

Треће, примена прописа. Наиме, не постоји пракса израде ефеката примена закона, иако за то постоји законска обавеза. С друге стране, и ако се такве анализе праве, оне су по правилу формалне а не суштинске, фризиране а не утемељене, површне а не дубинске, дириговане а не критичке. Све ово говори о недовољном капацитету министарстава, недовољном кредибилитету, наглашено политичкој а не струковној структуираности.

Четврто, неузорност квалитета прописа (на делу је „бахатост политике" и „бахатост незнања или полузнања"). Бројни идентификовани и неидентификовани недостаци у поступку доношења и примене закона и подзаконских аката исходују и неодговарајући квалитет тих прописа.[16] Речју, унапређење законодавног процеса од политичке одлуке да се неки пропис донесе, преко свих фаза поступка његовог доношења, до анализе ефеката његове примене насушна је и неодложна наша потреба.

Посебно је питање ко је стварни, а не формални доносилац закона и подзаконских аката у Србији? Формални доносилац је Уставом овлашћени доносилац – Народна скупштина (закони) и Влада и министарства (подзаконски акти). Ипак, чини се да као и у акционарском праву где постоје номиновани (формални, регистровани) власници акција и стварни власници акција (за чији рачун именовани акциона-

15 Вид. *Политика*, 25.2.2012, стр. 6.

16 „Српски закони се често доносе на брзину, некритички подражавају инострана решења, слабог су квалитета, пуни грешака и у отвореној колизији са људским правима, а парламент се налази на граници да злоупотреби право да ту врсту правних аката усваја по хитном поступку" – „Наши законодавци су лоши преписивачи", *Блиц*, 5.3.2012.

ри држе акције али на своје име као комисионари), тако и у политичком процесу доношења закона и подзаконских акта постоје формални доносиоци (овлашћени) и неформални (стварни) доносиоци, који се у том процесу не легитимишу, али их законодавна решења „детектују". Чини се, наиме, да не би требало да буде спорно да је у политичком процесу изградње законске (и подзаконске) инфраструктуре у Србији веома присутан утицај неформалних центара економске моћи. Они најпре нетранспарентним финансирањем политичких партија и изборних кампања утичу на изборну вољу и обликовање политичке сцене Србије, које касније иде до формирања Владе и конкретних персоналних решења њених министарстава и радних тела свих учесника у процесу доношења прописа, па све до одговарајуће потребне скупштинске већине за доношење одговарајућих законских решења, по мери интереса тих центара моћи. Дакле, законодавна воља политичке већине мање је израз стварних друштвених потреба уређења одређених друштвених односа кроз законодавни процес, а више је одраз воље и интереса тих диригената економске моћи и њихових партикуларних интереса („приватизација државе и подржављење јавних предузећа").

Конкретни докази овакве „употребе" државе и приватизације процеса доношења закона најбоље су видљиви на приватизационим законима и законима о преузимању акционарских друштава донетим после тзв. октобарских промена на старту новог миленијума. Наше је уверење да је управо таква спрега и исходила, по српску привреду разорну и уништавајућу, филозофију тих приватизационих закона: продаја друштвеног капитала и имовине што пре, било коме и независно од порекла средстава и по било коју „победничку цену" у условима велике понуде и недовољне тражње. Ефекти су видљиви: српска привреда је на коленима.[17] Србија је уз то постала од средње задужене земље високо задужена земља.[18] Исти ефекат по српску привреду имали су и закони који уређују преузимање акционарских друштава јавним путем, који су донети после таквих приватизационих закона и руковођени су у основи истом филозофијом, чија имплементација је била могућа у наступелом „стампедо ефекту" продаје акција стечених бесплатно по било којој цени (свака је вредност у условима кад је предмет продаје стечен бесплатно) од стране запослених и грађана у условима њихове економске немоћи и офанзиве власника капитала сумњивог порекла и са сумњивих

17 На тендерима и аукцијама у следству примене тих закона продато је укупно 2.284 предузећа (127 тендера, 2.157 аукција), од тога је раскинуто већ 646 уговора (28% од укупно продатих). Вид. *Политика*, 6.3.2012, стр. 11.

18 „Износ за отплату спољњег дуга драматично расте. У 2002. години износ за отплату дуга био је само 218 милиона евра, а 2010. године већ је достигао 3.4 милијарде евра и 2011. године већ рекордних 4.07 милијарди евра. Вид. Млађен Ковачевић, „Србија је високо задужена земља", *Политика*, 26.2.2012, стр. 12.

дестинација, којима је сам закон широм отворио врата за својеврсну легализацију. Центри економске моћи, дакле, „произвели“ су законе по својој вољи, користећи нетранспарентан процес доношења прописа, да би након тога побрали ефекте тих прописа. Привредна сцена Србије је данас суморна не толико због злоупотреба приватизационих закона и закона о преузимању акционарских друштава, мада је и тога вероватно било, већ због доношења прописа по мери приватних интереса економских центара моћи, а не по мери друштвених потреба и друштвено одговорног остваривања власти. Без размрсивања овог „гордијевог чвора“ на овакав начин неће бити могуће наћи прави одговор на питање шта је узрок, а шта последица суморне економске сцене Србије и толиких друштвених неједнакости неутемељених на раду и способности. Одговорност државе у овом смислу на огромном је испиту, као што је и на другој страни на огромном испиту заустављање процеса „подржављења јавног сектора“ по мери политичких потреба („партијски феуди“), које нису економски мотивисане.

IV Закони „законског неправа“

Законска инфраструктура Србије препуна је примера својеврсног „законског неправа“, што ионако нестабилну регулативу чини крајње неделотворном и компромитујућом. За илустрацију ћемо узети неколико примера новог Закона о привредним друштвима (2011). Прво, овај закон није решио недвосмислено питање ко даје прокуру као врсту важног пословног пуномоћја код акционарског друштва („прокура се издаје одлуком... скупштине, ако... статутом није другачије одређено“[19], односно прокуру даје одбор директора код једнодомног управљања као императивну надлежност[20] и надзорни одбор код дводомног управљања[21]). Друго, исти закон одређује да се удео у привредном друштву, односно акције друштва, стиче на основу „преузете обавезе уплате, односно уноса улога“[22], дакле и ако се те обавезе не изврше из било којих разлога, што је својеврсни правни нонсенс (удео и акције се могу стећи само на основу извршене обавезе уплате новчаног улога, односно извршене обавезе уноса неновчаног улога у друштво). Треће, овај закон императивно утврђује да „пословно име предузетника обавезно садржи име и презиме предузетника“, што је ретроградно и тешко фактички спроводиво решење (истовремено се више не инсистира, што је већ било напредно решење претходног закона из 2004. године,

19 ЗОПД, чл. 36 ст. 1.

20 ЗОПД, чл. 398 ст. 1 тач. 7.

21 ЗОПД, чл. 441 ст. 1 тач. 6.

22 ЗОПД, чл. 47 у вези чл. 46.

да пословно име ортачког или командитног друштва буде лично). Четврто, код друштва с ограниченом одговорношћу, закон утврђује императивну законску солидарну одговорност чланова друштва „својом имовином“ сразмерно својим уделима у основном капиталу друштва, код иступања члана друштва из друштва из оправданих разлога по одлуци суда, „ако друштво не исплати досуђену накнаду“. Овакво решење закона нема свог основа у природи овог друштва и потпуно је арбитрерно и израз је схватања о апсолутној свемоћи законодавца који не одговара ни самом себи, ни логици и филозофији права. Пето, код истог друштва закон даје овлашћење оснивачком акту да и формалноправно лиши скупштину свих овлашћења, што је крајње ризично овлашћење за друштва која имају већинског власника[23] (шта онда остаје од заштите права мањинских власника друштва која се могу штитити због логике одлучивања по капиталу само законским империјумом али не и вољом оснивачког акта друштва). Реч је о класичном примеру закона који демантује самог себе („законско неправо“). Шесто, према решењу истог закона, члан друштва с ограниченом одговорношћу коме је друштво извршило по било ком основу недопуштена плаћања „одговоран је друштву за повраћај тих исплата и друштво га не може ослободити те обавезе“, с тим што таква обавеза савесног члана друштва постоји „само ако је то неопходно за подмирење захтева поверилаца друштва“ (паушалност овог решења даје велику дискрецију). Седмо, установљавање непроменљивости оснивачког акта акционарског друштва, са тако утврђеним садржајем (уместо да буде само изјава оснивача о оснивању друштва у смислу оснивачке повеље), отвара озбиљно правно питање сукоба тог акта са статутом који у тим битним елементима прати промене друштва (претежна делатност, седиште, вредност улога, акције сваког оснивача). [24] Осмо, обесмишљавање института посебне и ванредне ревизије као права мањинских акционара који поседују најмање 10% акција са правом гласа конституисањем права друштва на накнаду „штете“ (или „трошкова“!?) од акционара када се у поступку покаже да је подношење таквог захтева „било неосновано“.[25] Девето, закон оставља отворено питање даље могућности постојања затвореног акционарског друштва, с обзиром на то да таква именована форма друштва више изричито није поменута, али с друге стране на више места се говори о јавном (отвореном) акционарском друштву и „акционарском друштву које није јавно“.[26]

23 ЗОПД, чл. 200.

24 ЗОПД, чл. 12 ст. 3 и 4 и чл. 246 и 265.

25 ЗОПД, чл. 463.

26 ЗОПД, чл. 261 ст. 2; чл. 335 ст. 13.

V Ступање на снагу и примена закона – раздвајање момената (пример Закона о привредним друштвима)

Раздвајање момента ступања на снагу закона и момента почетка његове примене изазива и у правној теорији, а посебно у пракси, доста контроверзи. Питање је, наиме, правног режима закона који ступи на снагу, а не примењује се!? *Да ли је заиста закон који је ступио на снагу, а не примењује се извор права?* Тешко да би се могао дати позитиван одговор на ово питање. С обзиром на то да се закон не примењује до почетка примене, иако је ступио на снагу, то ни његове императивне норме до тог каснијег датума не могу да буду у правном животу. С друге стране, овај закон уводи и један новум до сада непознат у нашој пракси да раздваја почетак примене закона (интерно корпоративно дејство) од обавезе регистрације конститутивних аката (члан 591–592 и 596) код регистра привредних субјеката (спољње дејство према трећим лицима).

Законодавац (или боље рећи законописци као својеврсна приватна дружина настала приватизацијом јавне функције ресорног министарства, који поимају државу као институцију у служби приватних интереса) није свестан бројних нерешивих правних проблема који из овог решења могу произаћи, а што може озбиљно угрозити ионако низак ниво правне сигурности у нас. Ево само неких примера. Ако је друштво интерно ради усклађивања са новим законом изабрало нове заступнике друштва а није у обавези да их упише у регистар још најмање три месеца, ко је тада према трећим лицима заступник друштва и ко га пуноважно правно обавезује? Према закону, то су заступници уписани у регистар, а интерно они су разрешени и нису више уопште у функцији директора, односно чланова одбора директора или извршног одбора по ком основу су заступници (интерно разрешени заступници тада по правилу одбијају да потпишу неопходне акте за регистрацију друштва, позивају се на регистар и дејство према трећим лицима да су они заступници и слично). Може ли се замислити каква је тада у том друштву пословна клима и да ли је друштво тада у прилици да се бави тржиштем и конкуренцијом или се пак може бавити само собом, док тржиште и конкуренција не стоје. Или, нови конститутивни акти или измењени „стари“ све док се не депонују у регистар и не објаве правно, не постоје према трећим лицима (осим ако се докаже да су за њих знали или могли/морали знати, што је *probatio diabolica*), што отвара питање који су општи акти друштва на снази и по којима мора поступати?![27]

Посебно је важно питање правне несигурности у акционарском друштву које је изабрало дводомни модел управљања (који до сада

27 Вид. Мирко Васиљевић, *Водич за примену Закона о привредним друштвима,* Београд, 2011, стр. 655–656.

формално није постојао, с обзиром на нову расподелу надлежности извршног одбора и надзорног одбора, што је у сукобу са постојећим и у регистру уписаним и објављеним општим актима друштва), који су органи надлежни да одлучују у одређеној правној ствари (уз то ту су уз формална отворена питања и додатни фактички проблеми). Коначно, код акционарског друштва оснивачки акт практично по овом закону има значај историјског акта са једнократним значењем, док је у постојећем закону конститутивни акт, што је у новом закону статут, који је до сада био факултативни акт, што може изазвати бројна отворена питања са несагледивим правним последицама са становишта правне сигурности. Ако је и од „законописаца" много је, ако је и од законодавца неозбиљно је, непромишљено је и неодговорно.

Коначно, сви започети поступци до дана почетка примене овог закона, а поводом којих је извршена регистрација (повећање основног капитала, смањење основног капитала, статусна промена, покретање поступка ликвидације) морали би да се окончају по прописима по којима су започети (забрана ретроактивне примене овог закона).

VI Привредна регулатива и економска ефикасност

Економија је база, а право је надградња, позната је марксистичка поставка, којој су и данас економисти често склони, посебно да би, у свакодневном жаргону речено, доказали „ко коси, а ко воду носи". Ипак, иако је та поставка исувише екстремна, она није без одређеног удела истине, која је такође једна од важних правних (или „друштвено-правних") вредности. Право је настало као израз потреба друштва, тако да оно и служи потребама друштва, а тиме и економије као једног од најважнијих сегмената друштва. „Рат" правника и економиста о томе „шта је старије": право или економија („кокошка или јаје") својеврсно је професионално „укопавање у ровове," те уместо заузимања екстремних позиција треба у реалистичком смислу прихватити постојање снажних међусобних веза права и економије, које само унапређују сазнање о сложености права као друштвене појаве.

Право, посебно његов део који се директно или индиректно односи на економску регулативу, и економија не могу ићи различитим колосецима (па где се сретну, ако се некад сретну). Из потребе да се на научној основи утврди значај „хорског певања" права и економије (или економије и права)[28] настала је и посебна научна међудисциплина „пра-

28 „Нигде кобан ефекат специјалистичке поделе није очигледнији него у две најстарије... дисциплине, економији и праву... Једна од главних тема ове књиге биће да правна правила праведног понашања служе врсти поретка чији је карак-

во и економија", то јест „економска анализа права", чије је порекло у тзв. Чикашкој школи права (*промоција принципа ефикасности привредне регулативе)*.[29] Суштина идеје, која је као таква прихватљива, састоји се у томе да се правни институти и право уопште пропусте кроз *оптику трошкова и користи*, те да су то појмови једнаке правне или друштвеноправне вредности. Према томе, различита правна правила имају различите економске ефекте, а људи подвргнути различитим правилима не доносе исте одлуке и не понашају се исто (понашање предузећа у државној или друштвеној својини или понашање предузећа у приватној својини). Отуда је важно да се неефикасна правила замене ефикаснијим, која су и са становишта трошкова и користи прихватљивија. Избор неефикасних правила води њиховој брзој амортизацији и застаревању, што опет изазива пораст трошкова и смањење користи. Управо брзо застаревање јесте карактеристика наше регулативе, посебно привредноправне.[30] У сваком случају, теорија и школа економске анализе права промовисала је *принцип ефикасности* као врхунско мерило вредности привредне регулативе (шта се добија, а шта губи због избора неког правног правила или због одређене одлуке судије[31]), што би требало да интересује и креаторе јавне политике, то јест законодавце и судије, који би у својим делатностима (доношење прописа и судских одлука у појединачним случајевима), опонашајући тржиште, требало да препознају ефикасност (државна-законодавна алокација и регулација и судска алокација права).[32]

Чикашка школа је *принцип ефикасности подвела на рангу принципа равноправ принципу правде*, чиме жели да утиче и на само стварање и примену права. Сматра се да се људи, као разумна бића, понашају раци-

тер правнику углавном непознат; и да тај поредак углавном истражује економиста којем је, заузврат, слично непознат карактер правила понашања на којима почива поредак који истражује" – Фридрих Хајек, *Право, законодавство и слобода,* Београд – Подгорица, 2002, стр. 16.

29 Вид. Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, Aspen Law and Business of Aspen Publishers, New York, 1998; Александра Јовановић, *Теоријске основе економске анализе права*, Београд, 2008, стр. 77–102 и 128–140.

30 Чикашка економска школа сматра да је прецедентно право економски ефикасније од континенталноевропског. Стопа амортизације прецедентног права креће се између 4% и 5% годишње. Вид. R. Posner, *нав. дело*, стр. 565–597.

31 Р. Коуз (добитник Нобелове награде за економију за своју теорију фирме и један од оснивача школе економске анализе права, уз Р. Познера) посебно истиче да судија мора бити спреман да озбиљно анализира економске последице својих одлука за економију у целини, а не само неопходне трошкове вођења судског поступка, те отуда економска ефикасност треба да буде коначни арбитар у судском поступку одлучивања. Нав. према: Гордана Вукадиновић, *Теорија државе и права,* II, Нови Сад, 2007, стр. 70.

32 Вид. А. Јовановић, *нав. дело*, стр. 60–65.

онално, тако да је и кршење закона или уговора у функцији „цене“ (ако је санкција повреде права или уговорне обавезе, у смислу трошка-цене, у конкретним околностима прихватљивија од поштовања права или уговора, онда ће избор бити управо њихово кршење а не поштовање). Неефикасна правила са неефикасним санкцијама биће чешћи предмет кршења од ефикасних правила и ефикасних санкција. Уз то, неефикасно судство и ниска „цена“ судских спорова утичу на пораст броја судских поступака, уместо на вансудска решавања.[33] Чикашка школа економске ефикасности права иде толико далеко да анализира ефикасност права полазећи и од карактера регулаторних норми: *императивност или пермисивност* (диспозитивност). Таква дискусија је нарочито актуелна код компанијског права. Заговорници државне интервенције сматрају да постоји институционална инертност и сходно томе склоност да се задржи *status quo*, тако да, и ако закон дозволи слободу уговарања, она се најчешће не користи и примењује се законско правило а, с друге стране, императивне одредбе по правилу редукују трансакционе трошкове регулације те би зато законодавац у старту требало да се определи за ефикасно правило. Напротив, заговорници слободног тржишта сматрају, управо обрнуто, да је потребно дозволити више слободе уговарања и у компанијској регулативи. Као пример за то наводе институт злоупотребе повлашћених информација на финансијском тржишту (*insider trading – dealing*), за који сматрају да га не треба законом уређивати јер он може да представља инструмент компензације управама акционарских друштава, а такође забрана би умањила ефикасност берзе и повећала трошкове примењивања саме забране. Уз то, увек постоји начин да се забрана заобиђе.[34]

Коначно, школа економске анализе права (посебно чикашка), залажући се за слободно тржиште, залаже се и за то да тржишне токове уређује Смитова „*невидљива рука тржишта*“, што практично значи што мање регулације, а уколико је она нужна, у њој би требало да доминирају пермисивна (диспозитивна) правила (слобода тржишта).[35] Реч је о филозофији тзв. *либералне економије*, која је доживела своју ренесансу за време тзв. реганизма и тачеризма, а и касније након слома комунизма („капитализам је победио“).

---

33 Тако: R. Posner, *нав. дело*, стр. 554–566.

34 Вид. А. Јовановић, *нав. дело*, стр. 88–92.

35 „Ум нам говори, а историја потврђује да је концентрисана моћ велика претња слободи“ (Милтон Фридман). „Људе треба пустити да раде и да имају зарађивачку слободу избора! Да следе своју себичност уместо алтруизма!“ (Адам Смит, *Богатство народа,* Београд, 1970, стр. 61). „Човек је увек слободан уколико унапред зна своја права и да је сигуран у њихову заштиту, уколико су јасна правила понашања и ако су та правила спонтано настала из интереса већине појединаца“, А. Јовановић, *нав. дело*, стр. 93–97.

Уз све заслуге које, без сумње, школа економске анализе права има на плану објашњења значаја економије у праву и детерминисаности права неким економским категоријама (ефикасност, интерес, економска логика), чини се да јој се могу ставити озбиљни приговори. Прве озбиљније критике на рачун те школе стигле су од друге значајне економске школе права, *аустријске економске школе* (наглашава значај информација и неизвесности у економији, значај индивидуализма и тржишта, али и улоге државе, као регулатора и ствараоца институционалног оквира), која сматра да је чикашка школа у праву и економији више проблема произвела него што их је решила, јер је заборавила на важност других аспеката који су потребни за функционисање права, па и у економији (психологија – мотивисаност, социологија – друштвене групе и интереси и сложеност функционисања друштва, антропологија, култура рада и култура права). Истиче се такође да је принцип ефикасности схваћен *превише технички и инжењерски* и уместо тог принципа нуди се *принцип слободе*[36] као основна вредност за процену квалитета права у економији (економске слободе заштићене правом). Промотерима принципа ефикасности у економији, као основног мерила вредности права, упућују се и посебне критике на рачун форсирања прагматизма, „друштвености" права и запостављања правде и правичности, као и на рачун форсирања економског критеријума ефикасности (било као средства било као циља), што је у блиској вези (са више камуфлаже и софистицираности) са марксистичком поставком о односу економије и права.

Посебан аспект критике принципа ефикасности, као основне вредности за процену квалитета права (једностраност иде толико далеко да се тим критеријумом мере не само институти материјалног права, већ и процесног права и свих поступака, што може довести до крајњих апсурда и обесмишљавања мисије права у друштву), везан је за херметичку изолованост права од окружења на тој основи и неуважавање утицаја специфичности друштвеног окружења (традиција, локална култура права, значај неформалних извора права и принципа вредности права), као да је право ванвременска и ванпросторна категорија, лишена „мириса и укуса", настала у неком безваздушном космосу. Отуда, те теорије тешко излазе на крај са потребом да се објасне неефикасност приватне својине у неким сиромашним земљама и њена успешност у развијеним земљама (узрок очигледно нису толико правила колико слабо функционисање права, слаба заштита својинских и уговорних права и низак институционални државни капацитет за обезбеђење функционисања прописаних правила). На тој основи настале су нове

36 Вид. Милтон Фридман, Роуз Фридман, *Слобода избора – лични став* (превод: Д. Монашевић), Нови Сад, 1996.

економске теорије (институционалне и неоинституционалне – *школа својинских ūрава*[37]), које наглашавају значај државе у изградњи квалитетног права (*ūремало или ūревише реūулације*, по мишљењу аутора, јесте вештачки спор, јер је основни проблем у томе какав је квалитет регулације, а не колико она мери „тежински"), али и у снажној примени тог „доброг права" (које обезбеђује добру својинску и уговорну заштиту и висок ниво економских слобода) кроз систем јаких формалних и „неформалних" институција.[38]

VII Привреда и слободе (политичке, економске, правне)

Слобода има не само правну вредност („*сфера ūрава је сфера слободе*", рекао би Хегел), већ је исто тако значајна и у свим другим областима друштвеног живота, посебно у политици (слобода говора) и економији (слобода избора). Значај слободе у праву схватали су још и антички мислиоци и правни филозофи узимајући је као покоравање законима који оличавају неко „добро" (Платон и Аристотел). И Џ. Лок слободу везује за закон, наглашавајући да ње нема без закона и да се она мора кретати у законским оквирима. Слично поступа и Монтескје („слобода је право да се чини све што закони допуштају; када би грађанин могао чинити оно што закони забрањују, слободе више не би било јер би и остали имали ту власт"),[39] с тим што он проблем слободе посматра у оквиру своје теорије о троделној подели власти на законодавну, судску и извршну. Сличног је схватања и Русо.[40] И Кант слободу схвата као природно право које изворно припада човеку, али које може постојати само заједно са слободом сваког другог (*самоūраничавање слободе*). Он сматра да право омогућује правну заједницу као „добро уређену слободу", те да такву слободу, као природно право, не нарушава ни принуда (принудљивост, изнудљивост), то јест државна санкција. Да није тако, вршило би се неправо од стране других, што је препрека за слободу, те је отуда *ūринуда која се ūоме суūроūсūавља у сūвари омоūућавање слободе у складу с ūравом.* Функција принуде је да поново успостави и одржи окрњену законску слободу. И Фихтеова правна филозофија је

37 Вид. Steve Pejovitch, *The Economics of Property Rights,* Kluwer Academic, Dordrecht – Boston, 1990.

38 Вид. А. Јовановић, *нав. дело*, стр. 103–107 и 138–142; Љубомир Мађар, „Глобална криза као системска појава", у: Веселин Вукотић *et al.* (уредници), *Криза и ūлобализација*, Београд, 2009, стр. 26–41.

39 Шарл Монтескје, *О духу закона* (превод: А. Мимица), том I и II, Београд, 1989, стр. 174 (том I).

40 Жан Жак Русо, *Друūшūвени уūовор* (предговор: Љ. Тадић), Београд, 1993, стр. 51–57.

проблем права решавала с обзиром на принцип слободе, а и за Хегела „сфера права је сфера слободе", али самосвесне слободе, што значи да је она ограничена слободом других.[41] Коначно, за Ролса „правда као непристрасност пружа снажне аргументе за једнаку слободу".[42]

Џ. С. Мил у свом теоријском *трактату о слободи,* пре свега политичкој (али тиме и правној), залаже се за најшири оквир слобода, износећи при том мисли које су задужиле цивилизацију. Овде ће бити поменуте само три. Најпре, Мил се пита: „Где су, дакле, границе власти човека над самим собом? Где почиње власт друштва? Колико људски живот треба да се потчини личности, а колико друштву?" „Сваком своје", одговара, „и то ће бити најправедније. Личности нека припадне онај део живота који се тиче превасходно појединца, а друштву пак онај који се углавном тиче друштва." Затим: „Гушити слободну изјаву мисли значи захтевати за себе непогрешивост, и са тим обичним али ипак добрим доказом, потврђено је да то гушење ваља одбацити." Најзад, поентира: „Кад би сви људи били једног мњења, само један човек против јавног мњења, тад цело човечанство не би имало више права да том једном човеку запуши уста, него што би тај исти човек, само кад би могао, имао право да заповеди целом човечанству да ћути"[43] (мирише волтеровски!).

И у нашој филозофскоправној мисли постоје успешно написане књиге о значају слободе за право. Најпре, Д. Матић пише: „Право је, дакле, слобода и обрнуто: слобода је право", као и: „То заједничко што ум захтева јесте у томе да моја слобода буде у сагласности са слободом других."[44] И Р. Лукић сврстава слободу у правну вредност, пишући да „са гледишта слободе, право и није ништа друго него покушај да се, с једне стране, слобода заштити и што потпуније оствари, а истовремено, с друге, да се разумно ограничи како не би нашкодила ни човеку ни друштву, будући да није увек неизбежно управљена на добро". Лукић сматра да је право снажан гарант слободе, упркос бројним ограничењима која намеће човеку, јер је то „суштински у интересу саме слободе" (нама се

41 Вид. Данило Баста, „Један век правне филозофије на Правном факултету у Београду (1841–1941)", *Право и слобода*, Сремски Карловци – Нови Сад 1994, стр. 20–24; Димитрије Матић, *Начела умног државног права и кратак преглед историјског развитка начела права, морала и државе од најстаријих времена до наших дана,* Класици југословенског права, Београд 1995, стр. 140–142; К. Чавошки пише (*Макијавели*, Нови Сад 2008, 208) да су за Макијавелија добри закони „жила куцавица слободног живота"; Г. Вукадиновић, *нав. дело,* II, Нови Сад, 2007, стр. 238–241.

42 Џон Ролс, *Теорија правде* (превод: М. Ивовић), Подгорица, 1998, стр. 199.

43 Џон Стјуарт Мил, *О слободи* (превод: Петар А. Карађорђевић), Београд, 2007, стр. 32–33 и 85.

44 Д. Матић, *нав. дело*, стр. 150.

чини често и у интересу самог човека).[45] Такође и С. Перовић, на основу темељне анализе релевантне филозофскоправне теорије и релевантних правних извора (домаћих и међународних), даје и дефиницију слободе: „Слобода је природно право човека да својим вољним радњама врши избор садржине и начин своје делатности у различитим подручјима индивидуалног и заједничког живота, али тако да, држећи се праведног закона и толеранције као израза културе разума, не вређа исту и једнаку слободу других.“[46]

Чини се да је Француска револуција (1789), „једина чије светско историјско значење не припада подручју сумње“, која је исходила Декларацију о правима човека и грађанина („*Људи се рађају и живе слободни, и једнаки у правима*“, њено је уводно гесло), учинила да модерна правна филозофија (на челу са Кантом, Фихтеом и Хегелом) направи својеврсни *заокрет од* „*природе*“ *ка* „*слободи*“, што је отворило нову историјску перспективу и за право: „Његово тле постаје слобода, а оно само њен органон.“[47]

У области (тржишне) економије, *слобода* у датом правном окружењу (регионалне хармонизације права и светске глобализације права)[48] јесте једна од основних вредности. Претпоставке за постојање ове вредности су, пре свега, 1) приватна својина као доминантна својина,[49] 2) слободна конкуренција, 3) слобода избора правних форми организовања предузетништва, 4) владавина права (са свим њеним квалитетима), 5) квалитетна регулација, 6) нова улога државе у економији (регулатор и креатор правила игре и контролор поштовања тржишних прописаних правила игре), 7) снажан институционални капацитет државних и регулаторних институција, 8) култура предузетништва и снажан пословни морал,[50] 9) уговорна слобода, 10) правна култура и снажна правна свест, 11) снажна заштита својинских права, 12) политичка стабилност и стварна демократија.[51] Ако су све те претпоставке

45 Радомир Лукић, *Систем филозофије права*, Београд, 1995, стр. 516–518.

46 Слободан Перовић, *Беседе са Копаоника,* Београд, 2009, стр. 670.

47 Тако: Данило Баста, „Француска револуција и правна филозофија“, *Право и слобода* (1994), стр. 11–28.

48 Вид. Веселин Вукотић *et al.* (уредници), *Глобализација и транзиција*, Институт друштвених наука, Београд, 2001; Веселин Вукотић *et al.* (уредници), *Криза и глобализација*, Београд, 2009.

49 Вид. Веселин Вукотић *et al.* (уредници), *Својина и слободе*, Институт друштвених наука, Београд, 1996.

50 Вид. Веселин Вукотић *et al.* (уредници), *Морал и економија*, Институт друштвених наука, Београд, 2008.

51 Вид. Веселин Вукотић *et al.* (уредници), *Политика и слободе*, Институт друштвених наука, Београд, 2003; Љубомир Мађар, „Својина, слобода и друштвени напредак“,

обезбеђене, онда се може говорити о високом нивоу економских слобода, као претпоставци конкурентне и развојне економије.

Право је слобода, али и економија је слобода (што наравно важи и за политику). Али „када би слобода умела да пева, као што су сужњи певали о њој" (што би рекао песник), онда би и у једном, и у другом и у трећем односу, који су уосталом комплементарни,[52] могла да нам саопшти да је то у нашим условима још далеко од стварности („побуна факта против права"). Парадигматична илустрација може се задржати само на неким карактеристичним одговорима позитивног права из сфере економије на насушну потребу за економском слободом и правним гаранцијама такве слободе: 1) обавезност и ороченост приватизације („приватизације ради, а не економије и слобода ради"), 2) обавезност правне форме отвореног акционарског друштва при такође обавезној приватизацији, 3) обавезност изласка на берзу тако насталог друштва и немогућност „напуштања" берзе без сагласности регулаторног тела, 4) принудно лишавање својинских права – принудна експропријација (принудна куповина и принудна продаја), у неким случајевима права преузимања акционарских друштава, као да је реч о дефинисаном општем интересу, а не приватносвојинском интересу... Ако је и од права, много је, ако је за економске слободе, мало је![53]

VIII Привредни закони у рађама привреде или политике?

Привреда је осетљив механизам, који не трпи неизвесност, несигурност, несталност, неслободу, политизацију. Отуда, привреда тражи прописе по мери својих потреба, а не по мери политичких потреба. Привреда је економски детерминисана, а не политички. У мери у којој привредом доминира политика, у тој мери је и она неконкурентнија и неразвојнија. Да би привреда била независнија од политике, потребно је да и за то има институционалну снагу, која се првенствено сагледа-

у: Веселин Вукотић *et al.* (уредници), *Економија и право*, Институт друштвених наука, Београд, 1998, стр. 15–36; Веселин Вукотић, „Економске слободе и предузетништво", у: Веселин Вукотић *et al.* (уредници), *Економија и право*, Београд, 1998, стр. 37–50; Божо Стојановић, „Слободно тржиште – склад или анархија", у: Веселин Вукотић *et al.* (уредници), *Економија и право*, 1998, стр. 115–130.

52 Вид. следеће зборнике у издању Института друштвених наука из Београда: *Економија и право* (1998), *Економија и демократија* (1997), *Политика и слободе* (2003).

53 Србија према индексу економских слобода (*The Wall Street Journal*, The Heritage Foundation) за 2009. годину долази на 109. место у свету (од 183 праћене земље), односно од 43 европске земље заузима 37. место, што се ни у ком случају не може оценити као задовољавајуће.

ва кроз призму снаге привредних комора, као репрезентаната интереса привреде пред државом, као и кроз призму снаге струковних удружења привредних грана и призму удружења послодаваца. Нажалост, све ове привредне асоцијације већ дуже времена у нас су више у служби политике, а мање у служби привреде. Отуда, није ни чудо што нашу привредноправну регулативу више одликује квалификација „привредни закони у раљама политике", а не „привредни закони у раљама привреде".

Привреда која је у доброј мери изневерена од властите асоцијације, посебно привредне коморе, која се уљуљкала на ловорикама обавезног чланства привредних субјеката у коморама, не може ни да очекује бољи законодавни амбијент од оног који поседује. У овом погледу, али само у овом, чини се да скоро ступање на снагу законског решења о добровољном чланству привредних субјеката у привредним коморама може да буде и одличан тест поверења тих субјеката у своју асоцијацију, првенствено са становишта заштите сопствених интереса пред интересима дневне (не чак ни стратешке) политике. Ако би степен чланства (добровољног) остао и даље релативно висок, то би био најбољи доказ да су привредне коморе служиле интересима привреде, а мање интересима политике, у противном, то би значило да се неузвраћена љубав кажњава престанком чланства и тиме гарантованог извора финансирања. Иако, истина, привредне коморе више немају статус овлашћеног предлагача привредних закона пред Владом, већ само статус даваоца мишљења, статус даваоца иницијативе за доношење неког закона, као и статус учесника у поступку предлагања законских нацрта, велика одговорност за неквалитетно и брзо амортизујуће привредно законодавство стоји на привредним коморама, чији глас се у том погледу недовољно чује, посебно у снажној потреби дистанцирања од позиције сваке политике, те тиме легитимисања као неприкосновеног заступника интереса привреде и привредних субјеката. Овако, улоге су неузорно помешане, и политика и коморе су у истом колу, говоре по правилу истим језиком ради мира политике (који је по правилу немир привреде).

IX Уместо закључка

Карактер привредне регулативе у савременом све глобализованијем свету се озбиљно мења и иде у правцу својеврсног *подруштвљавања* – држава више није једини привредни законодавац (губитак монопола), већ се појављује више доносилаца привредне регулативе (подруштвљавање привредне регулативе): саморегулаторне организације, привредни субјекти (аутономна регулатива као општи извор и слобода уговарања као појединачни извор). С друге стране, карактер привредне регулативе

се мења утолико што привредну регулативу не прати више обавезност принудљивости извршења (државна санкција) – тзв. тврдо право, већ изостанак државне принудљивости извршења, уз аутономне санкције финансијских тржишта за које је питање правне природе отворено – тзв. меко право. Својеврсно подруштвљавање привредне регулативе и поред добрих намера води слабљењу квалитета и ауторитета права због дифузности санкција неизвршења, посебно изостанка санкције државне принуде извршења.

Овај процес „разводњавања права" појачан је посебно због уверења пословне јавности да постоји блиска спрега моћних привредних лобија и институција законодавног процеса, тако да се закони доносе по мери уских монополских интереса уског круга економских власника државе, а не по мери општих интереса и привредноправне сигурности. Бројни недостаци и самог поступка доношења закона (недовољна јавност, некредибилност радних тела, хитност, брза амортизација, правно некритичко трансплантирање, изостанак јасне концепције развоја правног система, „кратки спојеви" англосаксонске и континенталне регулативе, некритичко прописивање европских хармонизованих прописа и кад за то не постоји правна обавеза, интензивирање поља правне несигурности, временско раздвајање момента ступања на снагу закона и момента почетка њихове примене и слично) директно резултирају и у правном феномену „незаконског права". Све ово умањује ефикасност закона, тиме и ефикасност привреде, која се све мање налази у окружењу економских слобода и слободе избора, а све више је укотвљена у раље политике, служећи све више управо потребама политике. Уместо тога, ако се жели конкурентност, развојност, нема бољег рецепта од повратка привреде привредним слободама (схваћеним као могућност избора) и тиме и самој себи, у дефинисаним законским оквирима. Ако јој на том путу сапутник буде *привредна регулатива у раљама привреде*, а не у раљама политике, њен развој и конкурентност неће изостати. У противном, ако и *привредна регулатива буде у раљама политике*, врло брзо неће бити у стању да служи ни политици која је присваја, а ни привреди ради које постоји.

***Mirko* VASILJEVIĆ, PhD**
Professor and Dean at the Faculty of Law University of Belgrade

LAWS AND ECONOMY

Summary

In this article the author analyzes certain open questions concerning condition and perspective of the regulations of economic law. The author analyzes: firstly, the change of the character of economic law regulations (asserting the expansion of un-monopolization process of the subjects of these regulations, what is expansion of the process of socialization of these regulations, therewith the question that remains open is the nature of the regulations which is not characterized by compulsory specifics of the enforcement); secondly, the quality of creation and implementation of the law in economy (asserting serious disadvantages both in creation and implementation); third, the question of demarcation between formal lawmakers authorized by the Constitution and factual (hidden) lawmakers according to the measure of their narrow interests (the connection between politics and monopolistic economy); fourth, the legal phenomenon of "non-legal law"; fifth, legal nonsense which is becoming more expressed attribute of our economic law regulations in the form of division of the moment when law comes into force and the start of its implementation; sixth, relation between economic law regulations and economic efficiency; seventh, relation between economic law regulations and economic freedoms. Finally, the author concludes that economic law regulations need to serve to economy in order to improve economic efficiency, rather than being a servant to the politics, what usually leads to domination of some other over economic interests in the appearance of economic regulations, what undoubtedly causes socialization and un-competitiveness of the economy.

Key words: *laws, economy, politics, efficiency, economic freedoms, "legal non-law", quality of law.*

ПРИВРЕДНА ДРУШТВА

Christoph **VAN DER ELST**
Professor of Business Law and Economics
University of Tilburg (NL) and Gent (B)
ECGI Research Associate

QUESTION TIME?

THE SHAREHOLDER'S RIGHT TO ASK QUESTIONS AS APPROPRIATE STEWARDSHIP TOOL

Summary

In many European countries the right to ask questions is explicitly provided in corporate law. However this right is often significantly limited. In this paper we first provide in a brief history of the right to ask questions in a comparative perspective. Next we address this right in the aftermath of the Shareholder Rights Directive 2007/36/EC: who can ask questions, what can be asked, who has to provide the answer, when does the question and the answer need to be provided as well as which rights do companies have to refuse an answer. The countries for which the right to ask questions is studied are Belgium, France, Germany, the Netherlands and the United Kingdom. Third we investigate the use of this right in practice through an assessment of the questions raised during the general meeting of shareholders 2011 of Dutch listed companies. Section five will conclude. In light of the field of application of the Directive we limit the study to the right to ask questions in companies of which shares are listed on a regulated market.

Key words: *shareholder, corporation, shareholders' rights, Shareholders' Rights Directive, right to ask questions, general meeting of shareholders.*

I Introduction

Organizations need a governance system to facilitate decision making. Corporate law assigned most of the decision making to the board of directors. The board is empowered to make decisions binding and carries responsibility for it. The board of directors is accountable vis-à-vis the company for performing these duties. The shareholders have only limited powers and gathered in the general meeting the shareholders are entitled to approve or disapprove a number of board actions, to elect the board members as well as to take decisions regarding the organization of the company itself. There is hardly any control over de day-to-day operations of this company and even decisions on policy issues are hardly influenced by the shareholders. Every year the board of directors has to call a general meeting of shareholders and allow shareholders to vote on the aforementioned classes of decisions. While the legal technicalities on which and how the different motions are voted differ substantially, all agree that how powerful or powerless the shareholders and general meetings might be, they need to be informed on the voting issues and more in general about the (financial) condition of the company.

Information is key to financial markets. Market participants and more in particular listed companies can voluntarily disclose this information to attract investors to become shareholders of the company. However voluntary disclosure is not always the most efficient technique and can result in market failure.[1] Legislators and regulators intervened to mitigate the failures and require from companies both quantitative and qualitative information. In most developed countries there are at least three different classes of information for which dissemination is regulated. First, companies need to disclose financial reports on a regular basis, be it annually, semi-annually or quarterly. Over the years the financial reports have been expanded with qualitative information regarding the future perspectives of the company and corporate governance statements. Next, the creation or continuation of false markets must be prevented. For this aim inside information as well as other relevant information must be disclosed as soon as possible, i.e. ad hoc disclosure. Third and this can be considered as a specific European Union requirement originating from the transparency directive, major holdings of voting rights must be disclosed.

How detailed, elaborated and clear the information might be, not all information on the aims and ambitions of the company, the company's prospects as well as the company's markets can be provided to the shareholders. Next and notwithstanding or due to some high levels of standardization,

1 G. A. Akerlof, 'The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism', 89 *Quarterly Journal of Economics* (1970) pp. 488–500. Akerlof used his theory of information asymmetry to explain the deficiencies of the second car market.

shareholders might have difficulties in understanding the disclosed information. Therefore, it seems logic that shareholders can question the board of directors about the information that the company discloses and for which the board of directors carries responsibility as well as about the performance of their duties. It follows from the accountability of the board that the shareholders have a right to be fully informed on the board's behavior before they debate and vote on the items of the agenda of the general meeting. However, a shareholder's right to question the board of directors is often underexposed. In many American and UK corporate law textbooks the right to ask questions is not even mentioned.

In many European countries the right to ask questions is explicitly provided in corporate law. However this right is often significantly limited. In this paper we first provide in a brief history of the right to ask questions in a comparative perspective. Next we address this right in the aftermath of the Shareholder Rights Directive 2007/36/EC: who can ask questions, what can be asked, who has to provide the answer, when does the question and the answer need to be provided as well as which rights do companies have to refuse an answer. The countries for which the right to ask questions is studied are Belgium, France, Germany, the Netherlands and the United Kingdom. Third we investigate the use of this right in practice through an assessment of the questions raised during the general meeting of shareholders 2011 of Dutch listed companies. Section five will conclude. In light of the field of application of the Directive we limit the study to the right to ask questions in companies of which shares are listed on a regulated market.

II Brief Historical Perspective

While unregulated in the older editions of the UK companies acts, the right to ask questions is long recognized in the UK. In *National Dwellings Society v. Sykes* the court considers the chairman of the general meeting be responsible that "the sense of the meeting is properly ascertained with regard to any question which is properly before the meeting".[2] It follows from this court ruling that shareholders generally have the right to speak at the meeting, that questions are allowed and that shareholders do make use of this right to ask questions. In some textbooks it was argued that the chairman must make sure that a resolution must reflect the sense of the meeting but it does not mean that each individual member has the right to speak (and hence ask questions).[3] Next, there was no statutory duty for the directors to answer the questions. There is only a right for directors to speak on a reso-

2 National Dwellings Society v. Sykes 1894 3 Ch 159.

3 P. Xuereb, *The Rights of Shareholders*, Oxford, BSP Professional Books, 1989, p. 114.

lution to remove the directors.[4] It was common practice that chairman of the meeting responded to questions put to the board by the shareholders. In Germany the right to ask questions was introduced in 1937. Before 1937 it was not regulated and controversial.[5] Article 112 German Aktiengesetz 1937 provided shareholders the right to ask questions related to all issues that were discussed during the meeting. An answer must not be provided if there is a predominant interest of the company or subsidiary or the common benefit of the people or the country. In the 1965 edition of the Aktiengesetz this right was further regulated.[6] Originally the Belgian Companies Act explicitly acknowledged the right to ask questions in 1984 in its article 70ter. The Netherlands legally recognized the general meeting the right to ask questions in 1971 when the Dutch "structuurregime" was introduced. However, long before its enactment, the right to ask questions was recognized in the legal doctrine of both Belgium and the Netherlands.[7] The doctrine argued that this right to ask questions will make the participation of shareholders in general meetings useful. The French Companies Code already fine-tuned the right to ask questions in 1984.[8] According to article 162 of the French Code 1966 as modified in 1984 each shareholder had the right to address the board of directors in writing as soon as all proxy materials for the general meeting of shareholders are published. The proxy materials should contain all relevant information about the management and the business of the company. All questions of the shareholder must be answered during the meeting. This right to address the board in writing did not prevent the shareholder the right to ask oral questions during the general meeting.[9]

The Shareholder Rights Directive 2007/36/EC attempted to harmonize the right to ask questions and the relevant article 9, §1 of the directive reads: "*Each individual shareholder has a right to ask questions related to items on the agenda.*" Companies must guarantee that these questions receive an answer. This right is limited in specific circumstances as provided in §2 of article 9 of the Directive: "*The right to ask questions and the obligation to answer are subject to the measures which Member States may take, or allow companies to take, to ensure the identification of shareholders, the good order of general*

4 Section 304 Companies Act 1985.

5 C. Kersting, *§131 Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Köln, Carl Heymanns Verlag 2010, 11, nr. 2.

6 Cf. infra.

7 C. Resteau, *Traité des sociétés anonymes*, Brussel, Polydore Pée, 1933, III, pp. 333–334 for Belgium and J. Maeijer, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon*, Zwolle, Tjeenk Willink, 2000, p. 313 for the Netherlands.

8 Article 13 Loi n° 84–148 du 1 mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, French *Journal Official* 2 March 1984.

9 M. Cozian, A. Viandier, *Droit des Sociétés*, Paris, Litec, 1996, p. 302.

meetings and their preparation and the protection of confidentiality and business interests of companies. Member States may allow companies to provide one overall answer to questions having the same content."

Finally the Directive also takes into account efficiency arguments and allows "Frequently Asked Questions" sections (FAQ) to discard superfluous questions: "*Member States may provide that an answer shall be deemed to be given if the relevant information is available on the company's Internet site in a question and answer format.*"

It results from article 9 of the Directive that the Member States have several rights to further regulate the right to ask questions. First, the Member State can regulate how to identify the shareholders and other procedural topics. Next the Member State can allow companies to combine similar questions and third the Member State can authorize companies to provide information through its website. As regards the content of the answers to the questions the member states can regulate how confidentiality and business interests of the company can be protected. The Directive guarantees shareholders a minimum protection but Member States can also provide additional rights to shareholders or other securities holders. In all countries the Shareholders Right Directive resulted in amendments of the companies acts: *Wet betreffende de uitoefening van bepaalde rechten van aandeelhouders van genoteerde vennootschappen* of 20 December 2010 in Belgium[10], *Ordonnance n° 2010–1511 portant transposition de la directive 2007/36/ CE du 11 juillet 2007 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées* of 9 December 2010 in France[11], the *Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG)* of July 30 2009 in Germany[12], *Wet tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet op het financieel toezicht ter uitvoering van richtlijn nr. 2007/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 11 juli 2007 betreffende de uitoefening van bepaalde rechten van aandeelhouders in beursgenoteerde vennootschappen (PbEU L 184)* of 30 June 2010 in the Netherlands[13], and *The Companies (Shareholders' Rights) Regulations 2009* of 3 August 2009 in the UK. However, not all amendments to transpose the Directive included a modification of the right to ask questions. In Germany the legislator did not amend section 131 of the Aktiengesetz. Legal scholars already criticized that the article has not been modified and need to be read in accordance with the Directive.[14] Also the Netherlands consid-

10 Belgisch Staatsblad 20 April 2011.

11 *Journal Officiel* n° 0286 of 10 December 2010, 21612, texte n° 16.

12 Bundesgesetzblatt I, p. 2479.

13 Staatsblad, p. 257.

14 C. Kersting, "Ausweitung des Fragerechts durch die Aktionärsrechterichtlinie", *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, 2009, p. 2317.

ered that the right to ask question was already in line with the Shareholder Right Directive. France did only add the right for companies to refer to the FAQ section and to group questions having the same content and claimed it was already in accordance with all the other requirements of the Directive regarding the right to ask questions. Only the UK and Belgium significantly amended their companies acts. The next section will study how the different countries treat this shareholder right to ask questions.

III Corporative Legal Analysis of the Right to Ask Questions

1. Shareholder Right

According to the Shareholder Rights Directive every shareholder has the right to ask questions. It is necessary but sufficient if member states allow shareholders to ask questions. The limitation of the right to ask questions to shareholders is emphasized in the second part of §1 of article 9. The company only must answer questions of shareholders. Article 2 of the Directive defines the shareholder as "*the natural or legal person that is recognised as a shareholder under the applicable law*". As the Directive does not make any difference between shares with (multiple) voting rights and shares without voting rights, it must be concluded that both types of shares provide its owner the right to ask questions. Notwithstanding this right it does not prevent the possibility that the rights related to the shares, including the right to ask questions, are suspended.[15]

Whether holders of other securities have a similar right depends on the national companies acts. According to Belgian law this right is limited to shareholders. However the majority of Belgian doctrine argues that the right to ask question is granted to all persons that have the right to participate in the general meeting according to the law or the articles of association.[16] According to article 537 Belgian Companies Act bondholders, holders of securities

15 This is for instance the case when shareholders have the duty to inform their significant shareholdings and failed to do so. The rights related to these shares can be either automatically or after a court injunction be suspended (see eg § 28 German Wertpapierhandelsgesetz, article 516 Belgian Companies Code). The Dutch law explicitly provides that the right to attend the meeting (and hence to ask questions) can be suspended if the provisions in the law and the articles of association have not been taken into account (Artikel 117, §3 Boek 2).

16 F. Hellemans, "Het vraagrecht na de wet aandeelhoudersrechten: duidelijkheid verzekerd?", in C. Van Schoubroeck, W. Devroe, K. Geens, J. Stuyck (eds.), *Liber Amicorum Herman Cousy*, Antwerpen, Intersentia, 2011, pp. 1328–1329. The author stresses that the general meeting can grant the right to participate to other persons like journalists which not necessarily includes the right to ask questions. Contra: E. Wymeersch argues that only shareholders are granted the right to ask questions (E. Wymeersch, "Nieuwe

convertible in shares (warrants) and the holders of certificates of voting shares issued in cooperation with the company have the right to participate in the general meeting with an advisory vote. In light of the argument that an advisory vote requires these securities holders to be fully informed, it must be argued that they also have the right to ask questions. In the Netherlands the holder of certificates of shares issued with the cooperation of the company has the right to attend the meeting and take the floor.[17] We would like to argue that the equalization of the certificate holder with the shareholder includes the right to ask question as provided in article 2:107, as the (supervisory) board provides the general meeting all the required information. Holders of fractional shares must jointly exercise their rights.[18] During the 1980s the French system created different kinds of financial instruments which are related to the capital of the company like "titres participatifs" issued by (previously) government controlled companies or CI – certificat d'investissement – and CDV – certificate de droits de vote. This system was modernized and substantially modified in 2004.[19] As a result different kinds of shares, like ordinary, preferred and dividend[20] shares coexist. All holders are considered shareholders and have the right to attend the general meeting of shareholders and ask questions. Aforementioned it was indicated that in the United Kingdom the right to ask questions was unregulated and left to the authority of the chairman of the general meeting. The right to ask questions is provided to all members of the company (and their proxies), which are according to section 112 of the Companies Act the subscribers of the memorandum and all other persons agreed to become a member and entered in the member's register. For the remainder it is left to the chairman of the general meeting how to organize the meeting. It is common for UK listed companies to allow other parties to attend the meeting but deny any other right like the right to ask questions.

Derived from the right to participate in general meetings, some Belgian legal scholars argue that also the holders of non capital securities and even third parties have this right to ask questions if the articles of association provided in the right to participate in the general meeting.[21] We do not support this view as the right to participate should be disentangled of the right to ask questions. The latter approach is also supported in Germany. Securi-

voorschriften inzake vennootschapsinformatie", in H. Braeckmans, E. Wymeersch (eds.), *Het nieuwe vennootschappenrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1985, p. 90.

17 Artikel 117, §2 Boek 2.

18 Artikel 117, §1 Boek 2.

19 Ordonnance n° 2004–604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et extension à l'outre-mer de dispositions ayant modifié la législation commercial, French *Official Journal* n° 147 of 26 June 2004.

20 "Action de jouissance".

21 Hellemans, *De Algemene Vergadering*, Kalmthout, Biblo, 2001, nr. 464.

ties holders that participate in the general meeting other than shareholders are denied the right to ask questions.[22] Similarly other invited parties like journalists, employees and the like do not have the right to ask questions. In the Netherlands profit certificates and participation certificates are denied any control rights and we believe these holders are only allowed to attend at the meeting and ask questions if it is provided in the articles of association. Conversely the Dutch law denies any limitation to limit the representation of the shareholder by an attorney, notary or registered auditor.[23]

It should be noted that in some countries there are general meetings for bondholders.[24] These meetings are not investigated in this paper. Next, many company codes specifically address different kinds of property rights of shares and the accompanying rights. We can refer to the French rule that voting rights of the shares belong to the usufructuary at ordinary general meetings and to the naked property owner at extra-ordinary general meetings. Co-owners must be represented by one of them or a by the co-owners or court designated proxy.[25] It follows from these rules that the right to ask questions will belong to different persons in these different cases. The analysis of these differences is outside the scope of this study.

The right to ask questions is a right of an individual shareholder but it is also given to the holders of voting proxies on behalf of the shareholder as well as to those empowered to exercise votes in the shareholder's name. In the Netherlands article 2:117 Civil Code provides this right to every third party provided with a written proxy. The Belgian law also addresses the right to ask questions of proxy holders in article 547 Companies Code. For companies of which the shares are listed on a stock exchange the proxy must be provided in writing.[26] The proxy holder has identical rights as the represented shareholder. It is not even possible for listed entities to limit in the articles of associations the persons that can act as the proxy holder. The German corporation act does not explicitly provide the right of proxy holders to ask questions but it is generally accepted that she can ask questions regarding the items that requires a vote. German doctrine is divided as to the right of proxy holders to ask questions for items that do not require a vote.[27] This discussion is of

22 C. Kersting, *§131 Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Köln, Carl HeymannsVerlag 2010, 39, nr. 69.

23 Artikel 117, §1 Boek 2.

24 See for instance for Germany, Gesetz über Schuldverschreibungen aus Gesamtemissionen (Schuldverschreibungsgesetz – SchVG) of 31 July 2009 (BGBl. I S. 2512) and for Belgium article 568 Companies Code and following.

25 See article L225–110 Frence Commercial Code.

26 Article 547bis Companies Act.

27 C. Kersting, *§131 Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2010, pp. 37–38, nr. 66.

importance as the annual accounts are only "laid before" the general meeting of shareholders unless the management board and the supervisory board take the decision to empower the general meeting of shareholders to approve the annual report. Also in France the right to vote by proxy is explicitly provided[28] but the right to ask questions for the proxy holders is not. However, it can be argued that the general rule is applicable: the legitimate proxy holder has identical rights as the shareholders she represents. According to section 319A of the UK Companies Act the right to ask questions is limited to the members that attend the general meeting of shareholders.

More in general, in the Netherlands a debate was raised whether the right to ask questions belongs to the general meeting as corporate body.[29] This discussion follows from the Dutch law which reads that the board of directors and the supervisory board provide *the general meeting* all required information. This view of the general meeting's right was followed by the Court of Amsterdam[30] but later overruled by the Dutch Supreme Court. The Court explicitly ruled that this right belongs to the shareholder but adds that the right to be receive additional information is a right of the general meeting as corporate body.[31] The Court also referred to the Shareholder Directive to strengthen its argument. The general meeting is denied this right in Germany.[32]

The French legislator extended the right to ask questions to shareholder groups or individual shareholders with more than 5% of the capital.[33] They can address the chairman of the board of directors (or the management board in case of a two-tier board structure) regarding the operational management of the company or its subsidiaries at any time. The chairman must answer the questions within one month. If the chairman does not respond or insufficiently responds, the shareholders can require the designation of one or more experts. Similarly shareholder groups can, under the same conditions, address the chairman of the board twice a year with questions regarding any

28 Article L225–106 Code de commerce.

29 M. Raaijmakers, *Ondernemingsrecht*, Deventer, Kluwer, 2006, p. 388.

30 Rechtbank Amsterdam, 15 June 1988, KG 1988/276.

31 Hoge Raad 9 July 2010, NJ 2010, 544 (ASMI), 4.6. In a short comment Kemperink and Reumkens quoted the supreme court's ruling as follows: "In addition, every shareholder independently has the right to ask questions at a meeting, regardless of whether these pertain to items on the agenda, and the company must answer those questions." (G. Kemperink, H. Reumkens, Netherlands, Individual Shareholders' Right to Information", *http://www.van-doorne.com/en/News/Individual-shareholders-right-to-information/*, last accessed 15 April 2012).

32 C. Kersting, *§131 Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2010, 39, nr. 68.

33 Cascading to 1% in case the capital when the capital is more than 15 mio. € (Article L225–120 French commercial code).

matter that jeopardizes the viability of the company.[34] As far as we could ascertain these rights to question the chairman of the board are unique in Western Europe.[35]

2. Subject of the Questions

The Shareholder Rights Directive provides the right to ask questions related to each "*item on the agenda of the general meeting of shareholders*". In a recent study we investigated the powers of the general meeting of shareholders in different Western European countries and found that there are several differences.[36] We can refer to company transactions with directors. In the UK and France different kinds of transactions between the director and the company require the approval of the general meeting while other countries, like Belgium provide other procedures to mitigate this kind of conflicting interest. Conversely major business transactions require the approval of the Dutch general meeting. It results in the *de facto* difference of the right to ask questions.

Regarding to the total number of agenda items that the general meeting in the five countries has to discuss, table 1 provides an overview of the main results. We collected the agenda and the minutes of the meetings of large companies that disclosed this information on their websites.[37] Overall the number of agenda items is the lowest in the Netherlands and the highest in France. At first glance, it results that a shareholder of a French company has more question rights than a shareholders of a Dutch company.

A one-way Anova was used to test for differences among the number of agenda items of AGMs in the five different countries. This number of agenda items differed significantly across the five countries, F (4, 149) = 3.67, p = .007. Bonferroni post-hoc comparisons of the five groups indicate that the list of items at French meetings (M = 20.16, 95% CI [17.57, 22.76]) is significantly higher than the list of items at Dutch meetings (M = 12.10, 95% CI [9.84, 14.36]), p = .008. According to the LSD post-hoc comparisons also number of items at German AGMs (M = 16.76, 95% CI [12.36, 21.16]), p = .037 is significantly higher. All other comparisons between the other groups were not statistically significant at p <.05.

However, some items should be considered as less relevant and are pure formalities. We recounted the agenda items excluding the items for which the

34 Article L225–232 French Commercial Code.

35 In both cases the registered auditor must be informed.

36 C. Van der Elst, "Shareholder Rights and Shareholder Activism: The Role of the General Meeting of Shareholders", *Belgrade Law Review*, 2012, in press.

37 As required by article 5 and 14 of the European Shareholders' Directive.

shareholders can vote less the items which are pure formalities and counting the items, which have been subdivided in several sub-items as one item. The latter technique is applied to increase the comparability of the data. As an example we refer to the AGM of French companies where the last item of the agenda is almost always the authorization to the board or the chairman of the board to perform all the formalities related to the other items that the general meeting has approved. This item is excluded from the total number of items as the item does not increase the "importance" of the meeting. The number of net items differs less between the different countries but French AGMs had to approve more agenda items than Dutch AGMs. The one-way ANOVA was reiterated to test for differences among the "net" number of agenda items of AGMs in these five different countries. It results that the number of agenda items are no longer significantly different between the different countries, F (4, 149) = 2.20, p = .071. According to the LSD post-hoc comparisons still the number of items at French AGMs (M = 13.27, 95% CI [11.38, 15.16]), p = .008 and at German companies (M = 11.03, 95% CI [9.90, 12.16]), p = .043, is significantly higher than at Dutch AGMs (M = 9.95, 95% CI [8.78, 11.12]).

Table 1: Number of agenda items at the AGM 2010

		number of companies	"gross" number of agenda items			"net" number of agenda items		
			Mean	Min.	Max.	Mean	Min.	Max.
Belgium	Bel–20	17	16,2	6	40	12,4	5	37
France	Cac–40	37	20,2	7	38	13,3	6	30
Germany	Dax–30	29	16,8	6	50	11,0	6	18
The Netherlands	Aex–25	20	12,1	5	23	10,0	5	14
United Kingdom	Footsie 100	51	16,7	11	31	11,6	8	20
All		154	16,9	5	50	11,8	5	37

Source: own research of the agenda of the AGM meetings 2010 of large companies.

The empirical results should be read with due care. Even if the number of agenda items is significantly different, the individual member states can allow the shareholders to ask other questions than those related to the agenda items or can provide the shareholders with the right to raise questions outside the scope of the general meeting. As we will illustrate the European Directive did not result in harmonization with respect to the subjects that can be raised and the moments during which shareholders can ask questions.

The Belgian companies act broadened the right to ask questions to the report of the board of directors. The content of the report is in detail prescribed in the Companies Code.[38] It must inter alia contain information on the development of the business of the company and the expected development, and for listed companies with the corporate governance statement and a remuneration report. As the general meeting must only "listen" to the report and approve the annual accounts, this right to question the board of directors about the report can be considered a powerful tool in the hands of the shareholders.

The shareholder of a German company can address the management board with any question related to the company's business (as well as regards to the affiliated companies' business) if the information is necessary for the proper assessment of the agenda items. Whether the information is necessary for the assessment must, according to the German courts be determined via the rationally thinking shareholder.[39] German literature provides in a long list of questions that the courts consider to be related to the company's business as well as questions that are considered outside the business scope.[40] Further, it has been decided by the German Supreme Court that the company can refuse to provide information that is readily available in the company's annual accounts.[41] In the UK the company must ensure that shareholder's questions "related to the business" are answered. Unlike the German approach, the Companies Act does not relate the right to the necessity of the proper assessment of the agenda. The exemptions provided in the Companies Act are closely related to the exemptions of the Directive.[42]

The French and Dutch law opened the floor for any kind of question raised by the shareholder. According to article L225–108 of the French commercial code every shareholder can ask questions in writing. The law does not relate this right to the items of the agenda or any other kind of topic. However, it is generally accepted in the legal doctrine that this right that the questions must be related to the items on the agenda of the meeting.[43] Asking

38 Article 96 Companies Code.

39 F. Wooldrigde, "The right of shareholders in a German public company to information", *The Company Lawyer*, 2011, nr. 33, p. 21.

40 See for a summary overview of more than 40 questions for which the answer must be provided as well as more than 20 questions that are outside the scope of the company's business Semler and Volhard, *Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung*, München, Beck, 1999, I F 51–54 – I F 56.

41 This decision is no longer in line with the Directive's exemptions for companies to answer the questions of the shareholders.

42 Cf. infra.

43 M. Germain, "Les Droits des Minoritaires (Droit Français des Sociétés)", *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2002, p. 404, nr. 9.

questions about the operational management of the company or its subsidiaries and any matter that jeopardizes the viability of the company is also possible through the chairman of the board.[44] In the Netherlands there is only one limitation in the law as to when the board can refuse to answer: if the overriding interest of the company requires the board to refuse to answer the question.

3. Provider of the Answer

According to the European Directive it is up to the company to provide the answers to the questions. Article 9, §1, second sentence reads: "*The company shall answer the questions put to it by shareholders.*" The Directive avoids the difficult discussions in many countries as to who must answer these questions. Conversely the directive provides no legal guidance as to the items that refer to issues treated or dealt with by other parties. First, in many countries in this analysis, the general meeting of shareholders is taking note of the auditor's report as being part of the resolution to approve the accounts. As an item of the agenda, each shareholder has the right to ask questions regarding this auditor's report. The directive is silent as to whether these questions can be put directly to the auditor. Similarly, a number of European directives, like the directives on (international) mergers require expert reports to be provided to the members of the company. As the general meeting of shareholders has to approve these corporate actions it sounds logic that the shareholders can ask questions related to these reports before approving the merger. The directive does not provide that the independent expert can be addressed. It depends on the national legislator as to how these questions will be answered.

In Belgium it is not clear if the duty to answer the questions is put on the board of directors or on the director(s).[45] On the one side the board is considered a collegial body representing the corporation and it is its duty to answer the questions in name and behalf of the company. On the other side the Belgian companies act states that the board members must provide an answer. The heterogeneity of the composition of the board and the board members supports the second approach. Likewise, for the European Company, the Belgian companies code states that the board members, the members of the

44 Cf. supra.

45 H. Braeckmans, "Conflicten in vennootschappen en het wetboek van vennootschappen: de vlag dekt niet de lading", *T.P.R.*, 2010, pp. 1628–1619, nr. 16. De Bauw considers it as the duty of the board of directors. However, he argues, individual directors can express a divergent opinion (F. De Bauw, *Les Assemblées generals dans les societies anonymes*, Brussel, Bruylant 1996, p. 246, nr. 579). This view is based on a decision of the highest court that a collegial decision does not exclude a dissenting opinion (Cass. 10 maart 1977 *Rechtskundig Weekblad* 1978–79, 359; *Revue Pratique des Sociétés* 1977, nr. 5947, p. 187, note F. Bauduin).

management board and the members of the supervisory board must answer the questions of shareholders.[46] This ambiguity does not exist in relationship to questions regarding the report of the registered auditor.[47]

In Germany this discussion does not exist. The law provides that the management board is the addressee of the shareholders' questions. It follows that no other incumbents have the duty to answer the questions of shareholders. For registered auditors the Aktiengesetz even explicitly provides that he has no duty to provide information to a shareholder.[48] However, the auditor must attend when the deliberations related to the approval of the financial statements take place.[49] Like in Germany, the French legislation explicitly acknowledges that the board of directors or the management board must answer the written questions of the shareholders, during the meeting.[50] For questions that are asked during the year regarding the operational management of the company or its subsidiaries and any matter that jeopardizes the viability of the company the addressee is the chairman of the board of directors or the management board.

Some countries involve other parties in the duty to provide an answer to the questions of the shareholders. The Belgian legislator explicitly provided in the duty for the auditor to answer the questions of shareholders that are related to the report of the auditor. The law does not limit the right to ask questions related to the report of the auditing of the annual and consolidated accounts, and it results in the applicability on every report of the auditor.[51] For many of these reports, the auditor has a monopoly if the company is required to elect an auditor. In other cases another registered auditor or external accountant can provide in this type of report. Hence, in the legal doctrine it is argued that the auditor and accountant attends the general meeting where there is an agenda item for which the auditor or accountant has to provide in a report so that he can answer the questions related to this report.[52] In the UK some auditors voluntarily answer questions at the general meeting of shareholders, although there is no legal obligation to do so.[53]

46 Article 924 Belgian Companies Code.

47 Cf. the next paragraph.

48 §176 (2), third sentence German Aktiengesetz.

49 §176, (2), first and second sentence German Aktiengesetz.

50 Article L225–108 French Commercial Code.

51 Like the report that is required in case of the issuance of shares with no par value (article 582 Companies Code), in case of an issuance without preemptive rights (article 596, 598 and 609), in case a merger (695 and 708), a division (728 and 746) or a conversion (777).

52 F. Hellemans, "Het vraagrecht na de wet aandeelhoudersrechten: duidelijkheid verzekerd?", in C. Van Schoubroeck, W. Devroe, K. Geens, J. Stuyck (eds.), *Liber Amicorum Herman Cousy*, Antwerpen, Intersentia, 2011, p. 1329.

53 The Institute of Chartered Accountants in England & Wales, *Shareholder Involvement – Questions to the Auditor*, London, 2005, p. 8.

In the Netherlands the duty to answer the questions of the shareholders remains in the hands of both the management board and the supervisory board.[54] The law does make any distinction as to which organ must answer which questions but as the law explicitly acknowledges the different roles of the management board and the supervisory board, it is logic that the questions will be answered according to the different duties of both organs.

The UK Companies Act copied the Directive as regards the provider of the answer to the questions of the members. According to section 319A Companies Act it is the company that must provide the answers. As no further specifications are provided we assume it is the chairman of the general meeting, elected in accordance with article 319 Companies Act must make sure that questions are properly addressed. The chairman of the meeting shall be a member of the company but the articles of association can provide otherwise. It is common to provide in the articles of association that the chairman of board acts as chairman of the general meeting.

4. Exception to the Right to Ask Questions and/or to Provide an Answer

The European Directive provides in exemptions to the right to ask questions and the duty to answer the questions of the shareholders. These exemptions are limited and must be explicitly provided by the member states or be allowed by the member states that companies provide in the exceptions to answer a particular question. The exemptions relate not only to technical and procedural matters but also to the content of the questions. Member states or companies empowered by member states can limit the right to ask and the duty to answer in five different situations:

1. Procedural: the identification of the shareholder. The *right to ask questions* must, according to the directive, only be guaranteed to shareholders. Logically, procedures can be in place as to control the identity of the questioner. It is difficult to classify the identification of the shareholder as a specific exemption as according to the Directive membership is a prerequisite to ask questions. One can consider the situation of the acquisition of shares after the record date and before the general meeting takes place as an exemption of the right to ask questions.
2. Procedural: the preparation of the general meeting. The preamble of the directive provides in the right for the member states to regulate "how" and "when" questions can be asked. According to the directive the member states or where appropriate the companies can require

54 Article 107, §2 Book 2 Civil Code.

that questions must be send to the company before the general meeting takes place regarding the items on the agenda and limit questions during the meeting to commentaries during the meetings that require further explanation before the voting takes place. This limitation to *the right to ask questions* must, of course, provide in sufficient time for the shareholders to prepare the questions after the convocation of the general meeting and lasting at least until the record date has passed.

3. Procedural: the proper conduct of the meeting. Like every right, *the right to ask questions* can be abused and shareholders can through the right to ask questions obstruct the good order of the meeting. The Directive allows the member states and companies to limit the number of questions every shareholder can ask or constrain the time the shareholder can use as well as provide the chairman of the meeting to intervene if shareholders disturb the meeting, etc. Next, the directive facilitates the grouping of questions so as to assess their similarity and provide in one answer.
4. Content: protection of the confidentiality and business interests. This is an exemption that relates to *the duty to answer* the question. Obvious examples to refuse to answer the question are competition issues, inside information, pending processes for acquiring intellectual property rights, etc.[55] The European Directive is silent as regards the process applicable to refuse to answer as well as what shareholders can do against a refusal to answer a question which the company considers inappropriate.
5. Content: repeated answers. The directive allows companies not to answer questions for which answers already have been provided in a Q&A internet section. This is a limitation of *the duty to answer* an individual question. It is a prerequisite of the Directive that both the question and the answer can be found in this section. If the information is available in other internet sections or in printed documents of the company, the company must answer the question.

These exemptions have caused the modification of the Belgian companies act regarding the right to ask questions. Before the transposition of the Directive the board members must answer the question if the answer does

55 During the general meeting of Belgacom of Thursday 18 April 2012 an individual activist shareholder asked the chief executive officer the severance pay of his former direct assistant. According to the financial newspaper the board secretary (?) refused to answer the question as severance pays are considered to be part of privacy rules and confidentiality clauses (S. Rousseau, "Het evenwichtige loon van Belgacom-topman Didier Bellens", *De Tijd*, 19 april 2012, p. 15).

not (have to) contain data or facts that are seriously detrimental to the company, its shareholders or employees. For the registered auditors there is no exemption for not answering the question but the latter must be related to any kind of audit report.[56] The transposition of the directive changed the wording for refusing to answer the question into "[...] when the answer could damage the business interests of the company or the confidentiality to which the board members and the company are engaged"[57]. Notwithstanding the different wording, the Belgian doctrine and legislator considers that the new provision does not change the Belgian approach vis-à-vis the right for the company to refuse to answer a question of a shareholder.[58] As previously mentioned, the German Aktiengesetz was not modified with respect to the right to ask questions. Section 131, (3) Aktiengesetz provides in a list of seven exceptions which the management board can invoke to refuse to answer the questions of the shareholders. The list is[59]:

"1. to the extent that providing such information is, according to sound business judgment, likely to cause material damage to the company or an affiliated enterprise;

2. to the extent that such information relates to tax valuations or the amount of certain taxes;

3. with regard to the difference between the value at which items are shown in the annual balance sheet and the higher market value of such items, unless the shareholders' meeting is to approve the annual financial statements;

4. with regard to the methods of classification and valuation, if disclosure of such methods in the notes suffices to provide a clear view of the actual condition of the company's assets, financial position and profitability within the meaning of § 264 (2) of the Commercial Code; the foregoing shall not apply if the shareholders' meeting is to approve the annual financial statements;

5. if provision thereof would render the management board criminally liable;

6. if in the case of a credit institution or financial services institution information about the applied balance sheet and valuation methods or calcu-

56 And the auditor has a duty of professional secrecy. Any violation of this duty can be criminally sanctioned.

57 Own translation.

58 F. Hellemans, "Het vraagrecht na de wet aandeelhoudersrechten: duidelijkheid verzekerd?", in C. Van Schoubroeck, W. Devroe, K. Geens, J. Stuyck (eds.), *Liber Amicorum Herman Cousy*, Antwerpen, Intersentia, 2011, pp. 1336–1337.

59 This list is taken from Norton Rose, *Stock Corporation Act – Translation as of 16 October 2009*, p. 78.

lations made in the annual financial statements, the management report, the consolidated annual financial statement or the group's management report need not be given;

7. if the information is continuously available on the company's internet page seven or more days prior to the shareholders' meeting as well as during the meeting."

For listed entities as defined in article 1 of the Directive, the exemptions must be interpreted in accordance with the exemptions of article 9, §2 of the Directive. It is relatively easy to interpret exemption 1 as a protection of the business interest and/or protection of confidentiality. Further exemption 5, although not having a similar exemption in the Directive, is easily read in accordance with the Shareholders' Directive. The second, third and fourth exemption that the management board can invoke to refuse to answer the question of the shareholder can hardly be read in accordance with the Directive. Information regarding tax valuations or the amount of certain taxes, the difference between the book value and market value of assets or the methods of classification and valuation will seldom need to be protected as business interest or confidential information.[60] In the legal doctrine exemption six is read in accordance with the Directive as to avoid a run on the bank which can be seen as a justifiable business interest.[61] Finally according to the German law is it sufficient to provide the information timely on the website of the company. The directive requires the information to be provided in a question and answer format.

The right to ask questions can be further limited through the powers of chairman of the general meeting who has the duty to ensure the proper order of the meeting. This right of the German chairman must be granted through the articles of association or the rules of procedure pursuant to § 129 Companies Act, as introduced through UMAG in 2005.[62] The chairman can limit the number of questions as well as the speaking time of the shareholder. In 2010 the German Supreme Court considered the limitation of the right to speak of each shareholder of 10 minutes if more than three shareholders stand up to the floor is acceptable in order to limit the meeting to a maximum of six

60 Compare C. Kersting, "Ausweitung des Fragerechts durch die Aktionärsrechterichtlinie", *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2009, p. 2322. However, not all legal scholars agree with this view (for an overview of different opinions see C. Kersting, *§131 Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Köln, Carl Heymanns Verlag 2010, p. 148, nr. 327, note 656).

61 Not all legal scholars agree with this view, see for example D. Zetzsche, "Die neue Aktionärsrechte-Richtlinie: Auf dem Weg zur Virtuellen Hauptversammlung", *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2007, p. 688.

62 Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts of 22 September 2005, Bundesgesetzblatt 2005, I, nr. 60.

hours.[63] The German Corporate Governance Code reads in that perspective: "*The chair of the meeting provides for the expedient running of the General Meeting. In this, the chair should be guided by the fact that an ordinary general meeting is completed after 4 to 6 hours at the latest*."[64] The legal change is a result of the abuse of the right to ask questions in some general meetings.[65] According to research of Schutzgemeinschaft der Kleinaktionäre of 2003, the average duration of the question and answer part of a general meeting of a DAX company was 7 hours, of a MDAX company 4 hours and 30 minutes and of a small German S-Dax company 4 hours and 5 minutes.[66] In the Netherlands a similar limitation of the right to speak is assumed the doctrine.[67] The shareholder must act pragmatic and take into account reasonableness and fairness.[68] Previously it was already indicated that the right to ask questions is in the Netherlands legally limited only by the overriding interest of the company.[69] The Dutch legislator does not provide in the exemption to provide in a Q&A section to limit the number of (superfluous) questions. It results that the shareholder always should receive an answer. A study of the general meetings of Dutch listed companies in 2008–2010 showed that the average duration of a meeting was 2 hours and 43 minutes with 15 minutes as a minimum and over 8 hours as a maximum.[70] Also in the UK it remains in the chairman's ability to control the meeting and rule on eg. the number of questions and/or the speaking time.[71] The French Commercial code does not provide in any exemptions for the board of directors or the chairman of the board to refuse to answer the questions of the shareholders with the

63 Bundesgerichtshof 8 February 2010, *Aktiengesellschaft*, 2010, p. 292; *Betriebsberater*, 2010, p. 385; *Der Betrieb*, 2010, p. 718.

64 Section 2.2.4. German Corporate Governance Code (*http://www.corporate-governance-code.de/eng/kodex/2.html*, last accessed 20 April 2012).

65 W. Meilicke and T. Heidel, "UMAG: 'Modernisierung' des Aktienrechts durch Beschränkung des Eigentumsschutzes der Aktionäre", *Der Betrieb*, 2004, p. 1479; T. Wachter, "Beschränkung des Frage– und Rederechts von Aktionären", *Der Betrieb*, 2010, p. 829.

66 SdK, *Stellungnahme der Schutzgemeinschaft der Kleinaktionäre e.V. (SdK) zum Entwurf eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts*, 30 March 2004, München, pp. 9–10 (*http://sdk.softbox.de/pdf/umag.pdf*, last accessed 20 april 2012).

67 For an detailed analysis see A. Klaassen, "Handreikeningen voor de voorzitter tot beperking van het spreekrecht van aandeelhouders", *Ondernemingsrecht*, 2011, pp. 66–76.

68 J. Maeijer, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon*, Zwolle, Tjeenk Willink, 2000, p. 313.

69 Article 107, §2 Book 2 Civil Code.

70 A. Klaassen, "Handreikeningen voor de voorzitter tot beperking van het spreekrecht van aandeelhouders", *Ondernemingsrecht*, 2011, p. 74. The maximum duration was reached in a large listed bank that needed a bail-out.

71 Institute of Chartered Secretaries & Administrators, Guidance on the Implementation of the Shareholder Rights Directive, London, 2009, p. 8.

exception of the questions that are already addressed in the Q&A section of the company. Therefore it can be argued that the board or chairman can only refuse to answer the questions of the company when the shareholder abuses the right to ask questions. It will depend on the interpretation of the courts as to the scope of the question rights what will be considered as abusive use. We think that the exceptions that the European directive provides can be of use for the board and chairman to refuse to answer on the basis of being adversarial to the corporate interest. In France, the Paris commercial court filed a verdict regarding the right to ask written questions to be answered during the general meeting of shareholders.[72] Whereas all written questions must be answered during the meeting[73], it is generally accepted that shareholders can ask (other oral) questions at the general meeting.[74] This shareholder right is almost unrestricted and the number of questions is certainly unrelated to the number of shares of the shareholder. In this court case the shareholder asked during one meeting 20 questions and during another meeting more than 50 questions.[75] However, like every right, the right to ask written questions can be abused. The abusive use of the right to ask questions is present when the right is used for other purposes than the purpose for which the legislator provided the right, which is in this particular case, to provide the shareholder the necessary information to participate in the company decision process. In this case presented to the court of Paris, the shareholder wanted to obtain an additional compensation for the shares in a squeeze-out started by a subsidiary of the company. The court considered that these questions had another purpose. Belgian courts adopted the same approach with respect to purpose of the right to question.[76]

The UK Companies Act almost literally transposed the Directive requirements. The company must not answer the questions of the shareholders if these questions "*(a) (i) interfere unduly with the preparation of the meeting, or (ii) involve the disclosure of confidential information; (b) if the answer has already been given on a website in the form of an answer to a question; or*

72 T. Com. Paris, 11 May 2004, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, nr. 31, 29 July 2004, p. 1154.

73 Article L225–108 Code de commerce.

74 M. Cozian. A. Viandier, *Droit des sociétés*, Paris, Editions Litec, 1996, nr. 826, p. 302.

75 The numbers come from the comment of A. Viandier, comment on T. Com. Paris, 11 May 2004, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, nr. 31, 29 July 2004, p. 1154, nr. 5.

76 Peace activists (each holding one share) asked a large number of questions during a general meeting of company that produces video walls and projectors. These products are of use in the military industry. The chairman of the meetings organized a vote to put a hold on the series of questions of these peace activists. The court upheld that the peace activists did not abuse their right to ask questions (Gent, 18 april 2002, *Tijdschrift voor Rechtspersoon en Vennootschap*, 2002, p. 255).

(c) if it is undesirable in the interest of the company or the good order of the meeting that the question be answered."[77] The remaining differences between the Directive and the Companies Act, like the right for the company to provide in a Q&A on *a* website, which could be read as *any* website, can be explained in accordance with the Directive as *a company's* website. For the remainder it is up to the chairman to ensure the proper order of the meeting. He still has the right to control the meeting but must take into account that shareholders can ask questions and that the answer is only refused if it fits under one of the exceptions.[78]

5. Timeframe and Modalities

The directive is silent as to when the questions can be raised as well when the questions must be answered. As regards the right to ask questions it is obvious that the agenda of the meeting must be available to the shareholders. The shareholders have the right to ask questions related to the agenda items. However, in many countries there are mandatory requirements as to the items that must be put to a vote at every annual general meeting. In theory, shareholders can already start asking questions earlier, if they are related to recurrent agenda items.

Belgian law allows both written questions as well as oral questions raised during the meeting. Written questions which can also take an electronic form, can only be send to the company after the publication of the convocation. For listed entities the term to address the company ends ultimately six days before the meeting, while non-listed entities can set another term in the articles of the association. During the meeting the shareholders can raise other questions or eventually ask further clarifications after the answer on the written question has been provided.[79] Only for written questions the Belgian legislator explicitly requires that either the board members or the registered auditors provide an answer. As the board members and the registered auditor had sufficient time to prepare the answer on written questions, any adjournment is not acceptable. For oral questions the board members or auditors must answer the questions but adjournments are possible although this "right"[80] should not be frivolously used.

77 Section 319A, (2) Companies Act.

78 Institute of Chartered Secretaries & Administrators, *ICSA Guidance on the Implementation of the Shareholder Rights Directive*, London, 2009, p. 8.

79 Explanatory memorandum, *Belgian Chamber* 2010–11, nr. 421/1, p. 37.

80 It is not explicitly provided and cannot be seen as a legal right. It is to be seen in as a specific exception to the duty to answer questions for instance when the question is so specific that no readily available answer can be provided at the meeting (compare F. Hellemans, "Het vraagrecht na de wet aandeelhoudersrechten: duidelijkheid verzekerd?",

The German approach is similar to the Belgian rule. Every shareholder has the right to ask questions which must be relevant for the assessment of the items on the agenda. The answers must be provided during the general meeting of shareholders. It follows that the questions can only be raised from the moment of publication of the convocation. However, the law is explained in a very formal way. The questions must be accessible for all shareholders. Questions that are posted to the company before the general meeting must be asked again during the meeting. The questions can be asked until the voting of the agenda item to which the question relates. Any obligation to inform the company of questions before the general meeting of shareholders is null and void. In the legal doctrine it is argued that an answer must be provided during the meeting and cannot be claimed on any other moment. The rigidity of the approach results in difficulties when the question is so specific that an immediate oral answer is not possible. It is recommended that a preliminary answer is provided and that, where appropriate, the shareholder receives in an electronic way or by written means a further answer but it must be taken care of that all shareholders can access the information in a similar way.[81] In the case of group law exceptions do exist.[82] In §131, 4 Aktiengesetz an exception has been provided in so far that information that has been provided to a shareholder outside the general meeting of shareholders and due to her position as shareholder, also will be provided to the general meeting, upon request. The requirement exists even if the information is not necessary to assess an item of the agenda. German legal literature indicates that the importance of the latter exception is insignificant.[83]

The French law is explicitly addressing the timeframe within which questions can be asked and answers must be provided. Next to oral questions that can be asked during the general meeting of shareholders, written questions must be send via registered mail with return receipt or electronic mail to the chairman of the board not later than the fourth business day before the general meeting.[84] These questions must be answered during the meeting. Next for questions regarding the operational management of the company or its subsidiaries and any matter that jeopardizes the viability of the company the addressee is the chairman of the board of directors or the management board and these questions can be asked throughout the year. The questions must be answered within one month.

---

in C. Van Schoubroeck, W. Devroe, K. Geens, J. Stuyck (eds.), *Liber Amicorum Herman Cousy*, Antwerpen, Intersentia, 2011, p. 1334).

81 See for an analysis C. Kersting, *§131 Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, pp. 219–224.

82 See § 308, 1, sentence 2 Aktiengesetz.

83 C. Kersting, *§131 Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, pp. 189–190, nr. 428.

84 Article R225–84 French Commercial Code.

The Dutch rules as to when the shareholders can address the management and supervisory board with questions was not very clear. The law provides the right to ask the floor during the general meeting but remains silent as to if the shareholders or general meeting can ask questions at any other time. In its court ruling of 9 July 2010 the Dutch Supreme Court explicitly decided that the shareholders only have the right to be informed during the general meeting of shareholders. There is no right to be provided with information at any other moment of the year.[85]

The UK Companies Act does not provide much guidance as to the modalities to ask and to answer questions. Questions must be raised during the meeting and the company must cause the question to be answered. It is read as if the section does not require that the answer is provided during the general meeting.[86] It is possible that the company ensures a proper answer immediately after the meeting or at a later moment. However, the chairman should make careful use of this assumed possibility so as to guarantee that the members can vote in a fully informed way. Therefore it is advised that chairman call in the help of the board members or other representatives of the company to answer as many questions at the meeting itself as possible.[87]

IV Use of the Right to Ask Questions

While section 3 shows the European Directive caused only partial harmonization of the right of shareholders to ask questions, it remains an open question as to the practices of this right to question. According to article 14 of the European Directive companies must disclose the voting results. Many companies limit the disclosure to this information. However, in the Netherlands the large majority of the companies disclose the full minutes of the meetings including all the questions that were raised. It allows a more detailed analysis of the use of the right to ask questions.[88] The minutes of the 2011 AGM meeting of 81 listed Dutch are publicly available via the website of the company.[89] The total number of questions was 2051 resulting in an average of 25.3 questions per AGM. Approximately 1/3 of the companies had to respond to between 20 and 30 questions. In one company out of five the

85 Dutch Supreme Court 9 July 2010, ASM International N.V., Jurisprudentie Ondernemingsrecht 2010/228.

86 Institute of Chartered Secretaries & Administrators, *ICSA Guidance on the Implementation of the Shareholder Rights Directive*, London, 2009, pp. 8–9.

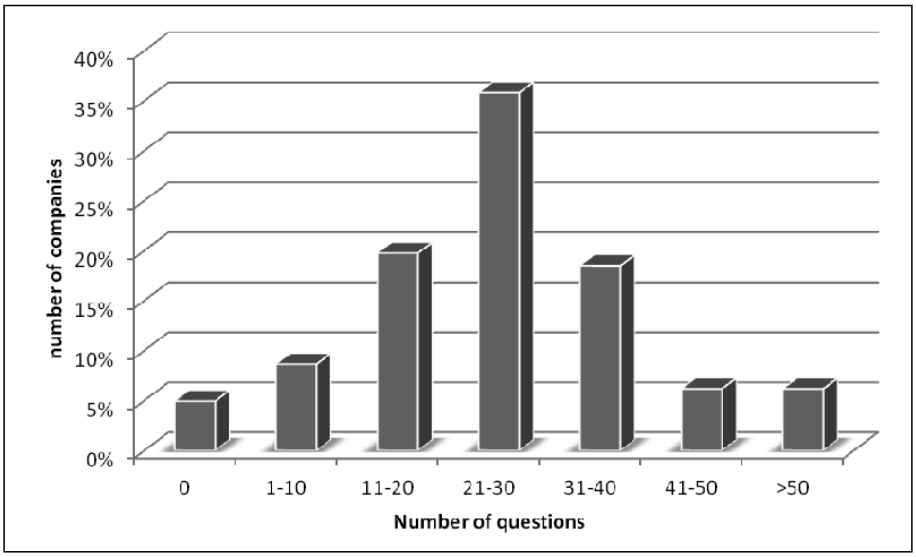
87 Institute of Chartered Secretaries & Administrators, *ICSA Guidance on the Implementation of the Shareholder Rights Directive*, p. 9.

88 We are grateful to Erik van Loon for providing research assistance.

89 12 companies published the minutes of the meeting with serious delay. Of those companies the minutes of the meeting of 2010 is included in the analysis.

number of questions was between 10 and 20 and another 20 percent of the companies received between 30 and 40 questions. In a limited number of companies shareholders did not ask any question while two companies experienced a total of more than 50 questions. The results of the number of questions per company are presented in figure 1. Most shareholders ask more than one question. The average number of questions per shareholder is six. There are significant differences between different shareholder classes as to the average number of questions each shareholder raises. While the average number of questions of individual shareholders is 11 questions and the representatives of small shareholders association even raises more than 15 questions at meetings in which they participate, (representatives) of institutional investors ask the boards on average 5,4 questions.

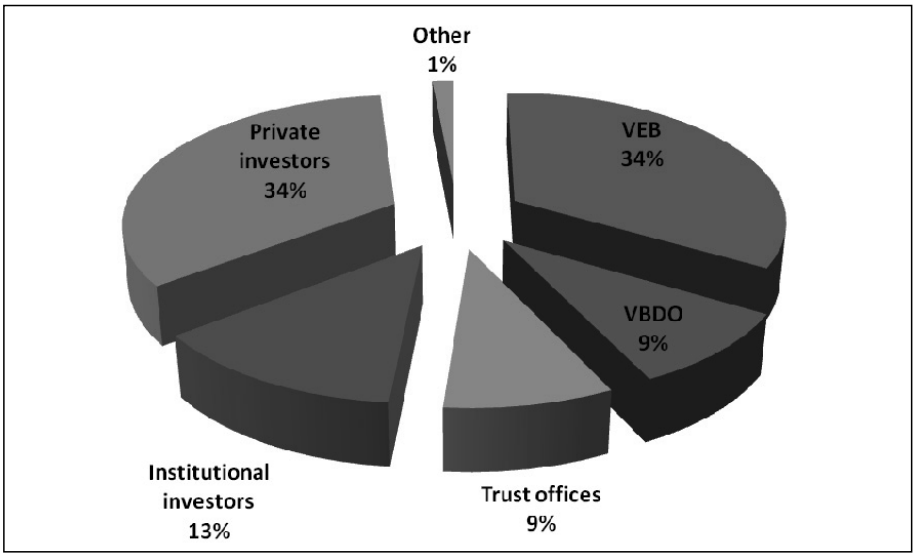
Figure 1: Number of questions at AGMs of the Dutch listed companies



In 80 minutes of the meetings the identity of the shareholder or the proxy is identified. In a large majority of the meetings small shareholders are represented by the "Vereniging voor Effectenbezitters" (VEB, Association for Securities Holders) (attending 89% of the meetings) and the "Vereniging van Beleggers voor Duurzame Ontwikkeling" (VBDO, the Association for Investors of Sustainable Development) (attending 56% of the meetings). These associations are very active in asking questions. Figure 2 provides some details on the identity of the shareholders or their representatives that ask questions. One third of all questions are raised by the VEB and VBDO raises 9% of all questions. Together with another third of the questions raised by private investors, it shows that the right to ask questions is particularly of importance

to small individual shareholders and their representatives. Three out of four questions are raised by this class of shareholders. (Representatives of) institutional investors are less active as questioners. Only 13% of all questions are raised by institutional investors, the large majority by representatives of mutual funds and far less by representatives of pension funds. According to Eumedion the ownership structure of (large) Dutch companies was as follows: 6% Dutch private investors, 10% Dutch non financial companies, 12% Dutch institutional investors and 72% foreign shareholders.[90] These data are not very detailed but it is obvious that Dutch private investors and their representatives are far more active shareholders measured through the number of questions than any other type of investors. It also suggests that the general meeting of shareholders must be considered as the most important mean for private investors to challenge the management board and the supervisory board and that other types of investors are either not active stewards or rely on other sources of information and meetings to be informed or discuss the corporate policies.

Figure 2: Identity of the questioner



90 Eumedion, *Evaluatie AVA seizoen 2010*, Amsterdam, 2010, p. 16 (*http://www.eumedion.nl/nl/public/kennisbank/ava-evaluaties/2010_ava_evaluatie.pdf*, last accessed 20 April 2012).

V Discussion and Policy Conclusion

Shareholder engagement and shareholder stewardship is high on the agenda of policymakers. In the green paper on corporate governance of April 2011, the European Commission addressed the issue of shareholder engagement as follows: "Shareholder engagement is generally understood as actively monitoring companies, *engaging in a dialogue with the company's board, and using shareholder rights*, including voting and cooperation with other shareholders, if need be to improve the governance of the investee company in the interests of long-term value creation." The means that shareholders can use to engage in a dialogue are relatively limited. An important mechanism is the right to speak at the general meeting, ask questions and receive answers.

The European Shareholders' Directive is a major step forward to provide this right to all shareholders participating in the meeting. Before the Directive was transposed there was no statutory duty for the chairman of the general meeting of a UK company to provide in an appropriate question and answer session. Conversely, the Directive provides a legal framework for companies to protect business secrets and interests first and above shareholder interests and deny shareholders the right to acquire (ideas for inter alia) business opportunities. The Directive also seeks to enhance efficiency of the meeting through Q&A internet sections as to prevent superfluous questions or pure formalities.

Equal treatment of shareholders of listed companies in different European Member States has not been reached. First, there is no harmonization as to the powers of the general meeting of shareholders. As the items on the agenda of the AGM differ and questions must be related to these items, shareholders cannot always obtain all information through the right to ask questions. However, via a sufficiently elastic explanation of the relationship of the question and the agenda item, this technical legal difference can be surmounted. Similarly other legal difficulties do not seem to be very problematic. While the equal treatment urges German companies to ensure that the written questions are available to all shareholders, French legal doctrine argues that the full question must not be disclosed in extenso as to prevent disruption of the good order of the meeting.[91] Further the provider of the answer is different – chairman, board of directors, director(s) – but the goal is to ensure that a proper answer is given. There are not indications that this goal is not reached.

More difficult to overcome are some of the different modalities. In the Netherlands the Supreme Court has explicitly denied the right of shareholders to ask questions outside the general meeting of shareholders, while the

91 P. Le Cannu and B. Dondero, *Droit des Sociétés*, Paris, Montchrestien, 2009, nr. 856.

French legislator provides shareholders several rights to address the chairman of the board of directors outside the general meeting. Finding the appropriate balance between the interests of the shareholders to see all questions being addressed while not jeopardizing the good order of the meeting remains an often more than difficult exercise. There seems to be different Q&A cultures in the different European countries as case law of the abusive use of the right to ask questions is almost non-existent in France, Belgium and the UK while it has put the legislator in action in Germany and the lawfulness of statutory restriction of the right to speak is already tested up to the Supreme Court.

Further, it is interesting to see that the shareholders have the right and even the duty to elect the auditor (and the company has to pay for his services), but with the exception of Belgium where the Companies Act explicitly provides this, shareholder have no the statutory right to directly address the auditor with questions.

The right to ask questions is an important right. Our analysis of the general meetings 2011 of Dutch listed entities illustrates that particularly individual shareholders make use of the right to ask questions during the meeting. Institutional investors are less interested to make use of the right to ask questions. Further research is required as to study why more powerful institutional investors do not need the right to ask questions as much as private investors. In the mean time, new developments might cause the use of the right to ask question of more relevance. In a recent case a major shareholder of Mabey and Johnson Ltd, Mabey Engineering (Holdings) Ltd settled with the Serious Fraud Office to pay back £130.000 pound it received as dividends "derived from contracts won through unlawful conduct".[92] In light of the stringent internal control, money laundering and anti-bribery rules that have been enacted in many countries recently, the settlement can be the driver for shareholders, and in particular institutional shareholders[93], to make more use of the right to ask questions as to prevent liability in case of shareholder gains from inappropriate company behavior.[94]

---

92 See *http://www.sfo.gov.uk/press-room/latest-press-releases/press-releases-2012/shareholder-agrees-civil-recovery-by-sfo-in-mabey--johnson.aspx* (last accessed 21 April 2012).

93 J. Pickworth and K. Coppens, "United Kingdom: UK Serious Fraud Office Increases The Burden On Institutional Investors", *http://www.mondaq.com/x/170872/Compliance/UK+Serious+Fraud+Office+Increases+The+Burden+On+Institutional+Investors* (last accessed 21 April 2012).

94 See for a number of relevant questions: S. Kabagambe, Corruption. Questions shareholders should be asking at the AGM, 13 january 2012, 2 p. (*http://www.ethiopianreview.com/index/20113/?p=72988*, last accessed 21 April 2012).

***Кристоф* ВАН ДЕР ЕЛСТ**
професор Пословног права и економије на Универзитетима у Тилбургу (Холандија) и Генту (Белгија)

ВРЕМЕ ЗА ПИТАЊЕ?

ПРАВО АКЦИОНАРА НА ПОСТАВЉАЊЕ ПИТАЊА КАО АДЕКВАТНО СРЕДСТВО УПРАВЉАЊА ДРУШТВОМ

Резиме

Право акционара на постављање питања је у многим европским земљама уређено правом акционарских друштава. Међутим, ово право је често значајно ограничено. У овом раду се прво приказује кратка историја права на постављање питања кроз компаративну перспективу. Затим се ово право сагледава као последица примене Директиве о правима акционара, а нарочито се обрађују следећа питања: ко може да постави питање, шта се поставља као питање, ко је дужник давања одговора, као и под којим условима друштва могу да одбију давање одговора. Право на постављање питања је у овом раду проучавано поређењем права Белгије, Француске, Холандије, Немачке и Велике Британије. У следећем делу рада аутор приказује начин коришћења овог права на скупштинским седницама холандских котираних друштава у 2011. години. У последњем делу аутор износи закључке. У светлу примене Директиве о правима акционара, у овом раду је анализа ограничена само на акционарска друштва чијим се акцијама тргује на регулисаном тржишту.

Кључне речи: *акционар, акционарско друштво, права акционара, Директива о правима акционара, право на постављање питања, скупштина акционарског друштва.*

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

ИСКЉУЧЕЊЕ ЧЛАНА ИЗ ДРУШТВА С ОГРАНИЧЕНОМ ОДГОВОРНОШЋУ ОДЛУКОМ СКУПШТИНЕ (КАДУЦИРАЊЕ)

Резиме

У нашем позитивном праву искључење члана из друштва с ограниченом одговорношћу се остваривало у истом поступку, независно од основа за искључење. Доношењем Закона о привредним друштвима из 2011. године одвојен је поступак искључења по основу одлуке скупштине друштва због неуношења улога у друштво, од искључења одлуком суда из других разлога. У раду се разматрају правне претпоставке и последице искључења члана скупштинском одлуком због неблаговременог уношења улога. Доцња са уношењем улога је објективног карактера. Важи како код новчаних, тако и код неновчаних улога. Одлуци о искључењу мора претходити писмени захтев друштва за уношење улога у накнадно одређеном року, под претњом искључења. Искључењем члану престају сва чланска права и обавезе, његов удео постаје сопствени удео друштва без икакве накнаде. Искључени члан, као и претходни власници удела, остаје одговоран друштву за уношење улога и додатне уплате. Поред тога друштво од искљученог члана може захтевати и накнаду штете настале због искључења.

Кључне речи: *друштво с ограниченом одговорношћу, искључење члана, правне претпоставке, одлука скупштине, последице искључења.*

I Уводне напомене

Члан друштва с ограниченом одговорношћу може бити искључен из друштва по два различита основа. Различитост основа у нашем праву, као и у већини других националних права, води не само различитим поступцима већ и различитим правним последицама искључења.

Први основ за искључење је неизвршавање обавезе уношења уписаног улога у друштво од стране члана. Искључење члана из друштва по том основу се остварује у тзв. поступку кадуцирања, тј. поступку који води само друштво. Одлуку о искључењу доноси само друштво, за искључење није потребно водити судски поступак. Правне последице искључења у оваквом поступку су за члана значајно теже него у другом, судском поступку.

Други основ за искључење представљају оправдани разлози за искључење предвиђени основачким актом друштва или законом. Ти разлози могу бити различити. У сваком случају они се не везују за неуношење улога у друштво већ се тичу других околности у вези са неким чланом друштва. У националним правима се оправдани разлози обично двојако одређују. Једним делом се утврђују у закону а другим делом аутономно, у оснивачком акту друштва. У нашем Закону о привредним друштвима је предвиђено да су оправдани разлози за искључење члана ако намерно или грубом непажњом проузрокује штету друштву или ако не извршава посебне дужности према друштву прописане законом или оснивачким актом или ако својим радњама или пропуштањем, противно оснивачком акту, закону или добрим пословним обичајима, спречава или у значајној мери отежава пословање друштва.[1] Када постоји неки од ових разлога друштво може само иницирати поступак искључења, али одлуку о искључењу члана доноси суд. Конкретно, друштво може само донети одлуку да против одређеног члана поднесе суду тужбу за искључење, а суд затим у одговарајућем поступку утврђује постојање и оправданост разлога за искључење члана и о томе доноси одговарајућу одлуку.

На тај начин се у наше право привредних друштава поново уводи двојност основа као и двојност поступака за искључење члана друштва с ограниченом одговорношћу. Наиме, таква двојност је била уређена у предратном праву, у Трговачком закону за Краљевину Југославију из 1937. године. Тај закон, додуше, никада није „добио обавезну снагу" али је у одговарајућем законодавном поступку био донет и „ступио је у живот" објављивањем у тадашњим „Службеним новинама".[2] Овај за-

1 В. чл. 196 ст 1 Закона о привредним друштвима из 2011. године (*Службени. ῑласник РС*, бр. 36/11 – у даљем тексту: ЗПД).

2 В. пар. 513 Трговачког закона за Краљевину Југославију из 1937. године.

кон је познавао поступак кадуцирања у случају неуношења улога члана[3] као и поступак судског искључења по тужби друштва у случају да члан не испуњава друге обавезе према друштву.[4] Након поновног увођења привредних (трговачких) друштава у наш правни систем, прихваћен је принцип јединствног уређивања поступка искључења члана, независно од тога да ли је основ за искључење неуношење улога или неки други оправдани разлог. Тако је у Закону о предузећима из 1996. године било предвиђено да скупштина чланова друштва с ограниченом одговорношћу може, већином од укупног броја гласова, искључити појединог члана из друштва „ако не испуни обавезе утврђене уговором о оснивању друштва или из других оправданих разлога" уз право искљученог члана да покрене спор пред судом у року од 30 дана од дана достављања одлуке о искључењу из друштва.[5] Закон о привредним друштвима из 2004. године је задржао принцип јединствености поступка искључења без обзира на основ, али је за све случајеве предвиђао судски поступак искључења. Скупштина друштва с ограниченом одговорношћу је тако могла донети одлуку да пред надлежним судом покрене поступак искључења појединог члана из друштва „ако члан друштва не испуни обавезу уношења уговореног улога одређену оснивачким актом или уговором чланова друштва или ако постоје други оправдани разлози".[6]

У овом раду се разматра само правне претпоставке и последице искључења члана друштва с ограниченом одговорношћу одлуком скупштине друштва због неуношења улога у друштво, тј. искључење члана у поступку кадуцирања.

II Претпоставке за искључење

Да би до кадуцирања уопште могло доћи неопходно је да претходно буду испуњене одређене претпоставке.

Прва од њих тиче се основа. До искључења члана друштва у поступку кадуцирања може доћи само ако не изврши у потпуности своју доспелу обавезу уношења улога у друштво. Према закону, лица која су оснивачким актом или на други начин преузела обавезу да уплате односно унесу у друштво одређени улог одговарају друштву за извршење те обавезе и у обавези су да накнаде штету која му је проузрокована пропуштањем или кашњењем у извршењу те обавезе.[7]

3 В. пар. 431 наведеног закона.

4 В. чл. 476 истог закона.

5 В. чл. 388 ст. 1 и 3 Закона о предузећима из 1996. године (*Службени лист СРЈ*, бр. 29/96, 33/96, 29/97, 59/98, 74/99, 9/01 и 36/02).

6 В. чл. 179 ст. 1 Закона о привредним друштвима из 2004. године (*Службени гласник РС*, бр. 125/04).

7 Чл. 46. ст 1 ЗПД.

Када се обавеза уношења улога сматра доспелом? Новчани и неновчани улог приликом оснивања друштва или повећања основног капитала се морају уплатити, односно унети у року одређеном у оснивачком акту, односно одлуци о повећању капитала, с тим да се тај рок рачуна од дана доношења оснивачког акта, односно одлуке о повећању капитала и да не може бити дужи пет година.[8] Доцња са уплатом односно уношењем улога у друштво је објективног карактера. Кривица за неблаговремено уношење улога се не утврђује, јер њено постојање није од значаја за право друштва да због неблаговременог уношења улога искључи члана.[9]

У нашем праву члан се може искључити из друштва у поступку кадуцирања не само онда када није благовремено *уплатио* свој улог, већ и онда када га није *унео*.[10] Другим речима речено, до кадуцирања може доћи како због неблаговременог уношења новчаних, тако и неновчаних улога. Ово решење одступа од уобичајених решења у упоредном праву. У немачком праву кадуцирање је могуће само код новчаних улога.[11] Исто важи и у аустријском праву.[12] Занимљиво је да је исто правило важило и према одредбама Трговачког закона за Краљевину Југославију из 1937. године. Могућност кадуцирања се и према том закону везила само за новчане уплате улога.[13]

Ипак, актуелно решење у нашем праву није без основа, имајући у виду да је основни циљ правила о кадуцирању обезбеђивање уношења улога у основни капитал и очување његове вредности. Наиме, правило о кадуцирању само због новчаних улога је карактеристично за правне системе у којима се улози у стварима и правима морају у друштво унети до његовог уписа у регистар, док се улози у новцу могу унети и накнадно. У нашем праву, међутим, обе врсте улога се у друштво с ограниченом одговорношћу могу уносити и након уписа друштва у ре-

8 Чл. 46 ст. 2 ЗПД.

9 За немачко право в. на пр. Günter Roth, Holger Altmeppen, *GmbH, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, 3. Auflage, München, 1997, стр. 253.

10 В. чл. 48 став 7 а у вези са чл. 46 став 1 ЗПД.

11 В. пар. 21 ст. 1 Закона о друштвима с ограниченом одговорношћу (*Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*) Немачке. Овакво решење је једногласно подржано и у теорији. Видети на пр.: Adolf Baumbach, Alfred Hueck, *GmbH-Gesetz*, 13. Auflage, München, 1970, стр. 108; G. Roth, H. Altmeppen, *нав. дело*, стр. 253; Heinz Rowedder, *Gesetz betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung – Kommentar*, 3. Auflage, München, 1997, стр. 464.

12 В. пар. 66 ст. 1 Закона о друштвима с ограниченом одговорношћу (*Gesetz über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*). Теорија и у овој земљи једнодушно подржава ово решење. В. на пр.: Max Gellis, *Kommentar zum GmbH-Gesetz*, Wien, 2000, стр. 529 и сл.

13 В. пар. 431 Трговачког закона за Краљевину Југославију.

гистар, а најкасније у року од пет година од дана доношења оснивачког акта, односно одлуке о повећању основног капитала. На тај начин обе категорије улога могу да угрозе основни капитал друштва, па је примена поступка кадуцирања и на неблаговремене неновчане улоге у оваквим системима оправдано.

Друга је претпоставка да друштво писмено обавести члана о наступању доцње и да га позове да обавезу изврши у накнадно одобреном року, под претњом искључења из друштва.

Позив (обавештење) мора садржавати изричито упозорење о искључењу из друштва у случају да се обавеза уношења улог не изврши ни у накнадно одобреном року. Уколико би ово упозорење изостало, друштво не би, и поред истека накнадно одобреног рока, могло донети пуноважну одлуку о искључењу члана из друштва.

Позив је формалан акт. Ако не би био учињен у писаном облику, не би производио правна дејства. Позив треба да садржи и износ новца односно врсту и количину неновчаног улога који члан треба да унесе у друштво у накнадном року. С тим у вези изражено је мишљење да друштво може захтевати мање од стварно дугованог и да је члан тада дужан да унесе мањи улог.[14] Овакво становиште није, међутим, прихватљиво јер не служи главном циљу кадуцирања – обезбеђењу формирања основног капитала и очувању његове вредности. Поред тога, оно је у колизији и са правилом да друштво не може члана ослободити (ни у целини ни делимично) обавезе уношења улога.

Трећа претпоставка је, дакле, одобравање накнадног рока за уношење улога. Рок који друштво одобрава за накнадно испуњење обавезе уношења улога не може бити краћи од 30 дана од дана слања писменог позива (обавештења). У нашем праву рок, дакле, почиње тећи од дана слања позива, а не од дана његовог пријема од стране члана, што може бити правно проблематично, имајући у виду другачија решења у упоредном праву.[15]

Поред писаног позива члану, друштво је дужно да тај позив у року од три дана од дана слања објави и на интернет страници регистра привредних субјеката, у трајању од најмање 30 дана.[16]

---

14 G. Roth, H. Altmeppen, *нав. дело*, стр. 254.

15 Овај позив у немачком праву је „*empfangsbedürftig*“, што значи да је неопходно да га члан прими да би могао производити правне последице. Упор. на пр. H. Rowedder, *нав. дело*, стр. 468; Max Hachenburg-Müller, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung/GmbH Großkommentar*, 7. Auflage, 1975–1984, напомена бр. 37 уз пар. 21; Franz Scholz-Volker Emmerich, *Kommentar zum GmbH-Gesetz*, 7. Auflage, 1986–1989, 8. Auflage, 1992, напомена бр. 19 уз пар. 21.

16 Чл. 48 ст. 6. ЗПД.

Посебно правило важи када више чланова друштва није испунило обавезу уношења улога. У том случају друштво је дужно да свим тим члановима истовремено достави писмени позив на накнадно испуњење обавезе уношења улога као и да им одреди исти рок за испуњење.[17] Овакво правило произлази из принципа једнаког третмана чланова друштва.

III Одлука о искључењу

Ако ни у накнадно остављеном року члан друштва не унесе недостајући део улога, надлежни орган га може искључити из друштва. Доношење одлуке о искључењу члана из друштва је *право* друштва али не и његова обавеза. Обавеза доношења одлуке о искључењу не постоји, на дипозицији је друштва да такву одлуку донесе или не. Утолико се друштво с ограниченом одговорношћу разликује од јавног акционарског друштва у којем се одлука о искључењу мора донети.[18] Повериоци друштва не би могли захтевати да друштво донесе одлуку о искључењу.[19]

Надлежни орган за доношење одлуке о искључењу је скупштина друштва. Она ову одлуку доноси двотрећинском већином гласова преосталих чланова друштва (члан о коме се одлучује не учествује у одлучивању), осим ако је оснивачким актом одређена друга већина.[20] Двотрећинска већина гласова је, дакле, законска претпоставка, која ће се захтевати ако актом о оснивању није предвиђена друга већина. Пошто се о закону говори о „другој већини" без додатног прецизирања, то се актом о оснивању може предвидети било која друга већина којом скупштина, иначе, може доносити своје одлуке (једногласно, вишом већином од законом претпостављене, већином од укупног броја гласова чланова, обичном већином гласова присутних чланова).

Посебно правило важи у случају да више чланова друштва није унело свој улог у друштво на време. Према закону, одлука о искључењу може се донети само у односу на све чланове друштва који нису извршили своју обавезу уношења улога ни у накнадно остављеном року.[21] Овакво правило полази од начела једнаког третмана чланова друштва. Наравно, да би се могла донети одлука морају бити испуњене претпоставке за њено доношење према сваком члану појединачно (доцња,

17 Чл. 48 ст. 4 ЗПД.

18 В. чл. 48 ст. 7 ЗПД.

19 Упор. G. Roth, H. Altmeppen, *нав. дело*, стр. 252.

20 В. чл. 195 ст. 1 ЗПД.

21 Чл. 195 ст. 2 ЗПД.

писмени позив, истек накнадно одређеног рока). Ово, додуше, колидира са правилом да друштво слободно процењује да ли ће неког члана искључити или не, али је законодавац очито у овом случају дао превагу принципу једнаког третмана чланова. Ово питање је, иначе, у правној теорији спорно. Према једном мишљењу друштву не треба наметати једнак третман за све при доношењу одлуке о искључењу, тј. треба му оставити могућност различитог одлучивања, зависно од процене сврсисходности и конкретних околности.[22] По другом мишљењу, међутим, принцип једнаког третмана треба да има превагу.[23]

Одлука о искључењу би члану морала бити саопштена. За саопштавање одлуке је одговорна управа друштва. Ово саопштавање би морало бити у писаној форми, ако што је то био случај и са позивом на накнадно испуњење обавезе уношења улога. У нашем закону, додуше, оваква правила не постоје, али би она требала важити на основу општих правних принципа. У теорији упоредног права се истиче да све до тренутка обавештавања члана о томе да је поступак кадуцирања спроведен и да је он искључен из друштва, члан може и после истека накнадно одобреног рока унети улог у друштво и на тај начин задржати удео, односно спречити искључење.[24]

Одлука о искључењу се може донети само ако члан друштва ни у накнадно одређеном року није унео недостајући део улога у друштво. Ако је он то учинио, а није на пр. платио камате или износ уговорне казне због закашњења, није извршио уговорене споредне чинидбе или није платио аџио (премију), одлука о искључењу се не би могла донети.[25] Друштву у тим случајевима остаје на располагању само тужба пред судом, али такав члан не може бити искључен.

IV Правне последице искључења

Доношење одлуке о искључењу члана из друштва производи више значајних правних последица.

Основна правна последица је да искључени члан престаје да буде власник удела. Нови власник удела искљученог члана постаје само друштво, *удео постаје сопствени удео друштва*, са свим последицама

22 Ово мишљење би се могло означити и као владајуће. В.: M. Hachenburg-Müller, *нав. дело*, напомена бр. 40 уз пар. 21; F. Scholz, V. Emmerich, *нав. дело*, напомена 21 уз пар. 21.

23 Ово мањинско мишљење је заступљено у: Markus Lutter, Peter Hommelhoff, *GmbH-Gesetz*, 14. Auflage, 1995, напомена 6 уз пар. 21.

24 В.: H. Rowedder, *нав. дело*, стр. 473.

25 В.: M. Hachenburg-Müller, *нав. дело*, напомена 2 уз пар. 21.

које таква трансформација удела доноси.[26] То такође значи да искључени члан друштва губи сва права по основу удела. Од тог тренутка престају његова имовинска и управљачка права. Губитком удела искључени члан губи и сва права која су била повезана с уделом. Искључени члан такође губи све чинидбе које је извршио према друштву, и то не само на име уношења улога већ и све додатне уплате, споредне чинидбе и др.

Због искључења члана одређене правне последице погађају и његове повериоце. Пошто искључени члан више није власник удела, његови повериоци не могу више рачунати с тим да своја потраживања према њему намире и из вредности тог удела. Посебан проблем, међутим, представљају привилеговања права трећих на уделу, пре свега заложно право. У немачком праву таква права на уделу искључењем члана такође престају. Разлози за овакву правну последицу леже у томе што законодавац даје предност испуњењу обавезе уплате улога у односу на права трећих лица.[27] У нашем праву привредних друштава нема никаквих правила која би се односила на такве случајеве, због чега остаје само могућност да се примене општа правила о залози на покретним стварима односно правима. Према тим општим правилима промена власника ствари или права нема утицаја на успостављено заложно право, што значи да би заложни повериоци задржали своје привилеговано право намирења из удела искљученог члана и после кадуцирања, без обзира што је искључени члан престао да буде власник удела, будући да је удео искљученог члана постао сопствени удео друштва.

Искљученом члану, међутим, не престају права која су настала на основу удела, али су се пре искључења од њега одвојила и постала самостална, као нпр. право на дивиденду које је искључени члан стекао одлуком скупштине друштва која је донета пре његовог искључења.[28]

Исто тако искључени члан има и сва права и обавезе према друштву која нису настала по основу удела, већ су чисто облигационог карактера. Тако нпр. права и обавезе из уговора о зајму друштву, уговора о испоруци робе и пружању услуга и даље стоје на располагању и искљученом члану и друштву. Ако се ради и трајном пословном односу може се евентуално поставити питање да ли је искључење члана довољан основ за отказ уговора, али се одговор на ово питање може дати само на основу конкретних околности сваког појединачног случаја.[29]

---

26 О правном режиму сопственог удела друштва с ограниченом одговорношћу види нпр. наше радове: Стеван Шогоров, „Стицање сопственог удела од стране друштва с ограниченом одговорношћу", *Право и привреда*, бр. 4–6/2010; Стеван Шогоров, „Правни статус сопственог удела друштва с ограниченом одговорношћу", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2010.

27 В.: A. Baumbach, A. Hueck, *нав. дело*, стр. 110.

28 Упор. G. Roth, H. Altmeppen, *нав. дело*, стр. 255.

29 В.: H. Rowedder, *нав. дело*, стр. 476.

С друге стране, међутим, од тренутка кадуцирања искључени члан се више не може оптеретити никаквом правном обавезом која произлази из чланства или је са њим повезана. То би, на пр. био случај са обавезама на додатне уплате које би тек након искључења члана доспевале, независно од тога што су оне можда биле јасно предвиђене као годишње обавезе сваког члана. Није, дакле битна њихова предвиђеност (пре свега уговором о оснивању) већ је битан тренутак њиховог настанка.

Трећа важна последица искључења члана је његова даља одговорност за имовинске обавезе које је, као члан, према друштву имао пре искључења. Он ће бити у обавези да уплати односно унесе уписани улог и изврши додатне уплате на које је био обавезан, ако је то неопходно за намирење поверилаца друштва.[30] Како се види, престанком чланства искључени члан се не ослобађа обавезе уношења улога. Ова норма треба да обезбеди формирање основног капитала у предвиђеној висини. Поред тога искључени члан ће бити и у обавези да изврши додатну уплату.

Законска норма из чл. 195 ст. 5 ЗПД није, међутим, сасвим јасна. Пошто она гласи да „искључени члан остаје у обавези да уплати односно унесе уписани улог и изврши додатне уплате на које је био обавезан, ако је то неопходно за намирење поверилаца друштва", питање је да ли се услов за актуализацију обавезе искљученог члана („ако је то неопходно за намирење поверилаца") односи само на обавезу додатне уплате или и на обавезу уношења улога. Ако би се односила и на обавезу уношење улога, то би могло да угрози принцип образовања основног капитала према утврђеној висини, ако би обавезе према повериоцима могле да се измире из других средстава друштва. Због тога у другим правима овакав услов за уношење улога искљученог члана не постоји.[31] Из истог разлога је и за наше право прихватљивије тумачење по којем би се услов примењивао само за додатне уплате, али не и за улог. Посебно је питање да ли би се додатна уплата враћала и искљученом члану, ако се касније буде враћала осталим члановима. По нашем мишљењу то би требао бити случај, јер након образовања основног капитала у предвиђеној висини нема више никаквог разлога за другачији третман искљученог члана.

Важна имовинскоправна последица искључења члана је и актуализовање одговорности претходног власника удела у погледу обавезе уношења улога и обавезе додатне уплате. Наиме, према закону, за извршење ових обавеза друштву одговара и претходни власник уде-

30 Чл. 195 ст. 5 ЗПД.

31 В. на пр. пар. 21 ст. 3 Закона о друштвима с ограниченом одговорношћу Немачке и пар 69 ст. 1 Закона о друштвима с ограниченом одговорношћу Аустрије.

ла члана друштва који је искључен.[32] Слично правило важи и у другим правима. Тако у немачком праву постоји правило да претходник искљученог члана (као и његови претходници) одговара на неизвршене обавезе искљученог члана али само у погледу обавезе уплате улога (не и за додатне уплате) и то само у случају да се друштво за уплату улога није могло намирити од искљученог члана.[33] Слично решење постоји и у аустријском праву.[34]

Посебно је питање да ли су искључени члан и његов претходник (претходници) одговорни као дужници истог реда или је искључени члан дужник првог, а његов претходник, односно претходници, дужници другог и каснијих редова. У немачком и аустријском праву дужник првог реда је само искључени члан. У нашем праву је ситуација изгледа другачија. Из одредбе чл. 195 ст. 6, а у вези са чл. 175 ст. 2 ЗПД би произлазило да би претходник (претходници) као преносилац удела, солидарно одговарао са искљученим чланом као стицаоцем удела за обавезе према друштву по основу свог неуплаћеног односно неунетог улога у основни капитал друштва, као и за обавезу додатних уплата у погледу тог удела, према стању на дан преноса удела.

Следећа важна последица искључења је право друштва да од искљученог члана захтева *накнаду штете* која је за друштво настала тим искључењем. То може бити свака штета која је за друштво због поступка кадуцирања настала. Ово право друштво може да оствари тужбом пред надлежним судом.

Коначно, постоји и статусноправна последица искључења. На основу одлуке о искључењу друштво може тражити брисање искљученог члана из регистра привредних субјеката.

---

32 В. чл. 195 ст. 6 ЗПД, с тим да претходник, као преносилац удела солидарно одговара са стицаоцем удела за обавезе према друштву по основу свог неуплаћеног односно неунетог улога у основни капитал друштва, као и за обавезу додатних уплата у погледу тог удела, према стању на дан преноса удела (чл. 175 ст. 2 ЗПД).

33 В. пар. 22 Закона о друштвима с ограниченом одговорношћу Немачке.

34 В. пар. 67 Закона о друштвима с ограниченом одговорношћу Аустрије.

***Stevan* ŠOGOROV, PhD**
Professor at the Faculty of Law University of Novi Sad

PRIVATE COMPANY MEMBER MEETING DECISION ON EXPULSION OF MEMBER

Summary

In Serbian post war law expulsion of private company member was regulated in same manner regardless of grounds for expulsion. According to 2011 Company Act there are two different procedures – one for expulsion based on members meeting decision because of non performance of contribution and other grounded on court decision for other reason. Legal presumptions and consequences of expulsion based on members meeting decision because of non performance of contribution are discussed in this article. Delay with contribution is objective in nature. It goes for cash contribution as well as contribution in kind. Decision on expulsion must be preceded by written request by private company for performance of contribution in additional period of time, with expulsion as sanction. Rights and duties of expelled member exist no longer, his share becomes own share of private company without compensation. Expelled member and previous owners of share are liable for performance of contribution and for additional payment. In addition private company has right for compensation of damage caused by expulsion.

Key words: *private company, expulsion of member, legal presumptions, shareholders meeting decision, consequences of expulsion.*

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

ЈЕДНАКО ГЛАСАЊЕ АКЦИОНАРА

Резиме

Законом о привредним друштвима Републике Србије из 2011. године предвиђена је обавеза акционара да на једнак начин гласа свим гласовима којима располаже. Са теоријског аспекта нема основа за овакво решење, с обзиром да свака акција представља посебан правни однос. На плану примене норме јављају се проблеми везани за плодоуживање на акцији пуномоћника и уговор о гласању.

Кључне речи: *акционар, право гласа.*

Законом о привредним друштвима из 2011. године је у домаћем праву прихваћен принцип једнаког гласања акционара. У чл. 360 ст. 7 предвиђено је да је акционар дужан да по конкретном питању гласа са свим гласовима којима располаже на исти начин осим у случају кумулативног гласања.

У даљим излагањим указачемо на теоријске и нормативне аспекте овог питања.

I Теоријски аспекти

У погледу обавезе једнаког гласања акционара треба разликовати две ситуације. Прва постоји у случају када акционар има више акција, док се о другој ради када акционар има једну акцију која даје више

гласова.[1] У погледу домаћег права од интереса је само прва ситуација, с обзиром на то да свака обична акција даје право на један глас (чл. 251 ст. 1). Ради целине излагања биће указано и на проблематику везану за акцију са више гласова.

Интензивна расправа у погледу допуштености неједнаког гласања, односно обавезе једнаког гласања акционара, везана је за одлуку из немачке судске праксе (*Reichsgericht*) из 1927. год. Споменута судска одлука се може сумирати у две тачке. Прво, даје се судска заштита одредбама статута којима се обавезује акционар да гласа једнако у случају да има више акција и друго, допуштено је делимично уздржавање. Оваква одлука се заснивала на одсуству оправданог и заштите вредног интереса акционара да гласа неједнако.[2] У погледу оваквог става судске праксе треба указати, пре свега, да је одлука у приличној мери контрадикторна. Није, наиме, могуће, правити разлику између неједнаког гласања и делимичног уздржавања. Ради се о томе да се право гласа врши давањем гласачке изјаве, која је једнострана изјава воље и једнострани правни посао. Не само изјава којом се гласа за или против предлога одлуке, него и уздржавање од гласања представља изјаву воље.[3] Једнако гласање значи постојање једнаке гласачке изјаве у погледу свих акција, што није случај ако се акционар делимично уздржао од гласања. Осим тога, могућност уздржавања од гласања није спорна с обзиром да акционар нема обавезу да гласа.[4]

У критици обавезе једнаког гласања основни аргумент је да, за разлику од друштава лица код којих је право гласа везано за члана друштва, када се ради о акционарским друштвима као друштвима капитала право гласа се везује за удео у друштву, односно акцију. Одатле произлази да у случају да акционар има више акција може и различито да гласа.[5] Неједнако гласање се заснива на томе да ово право није везано за личност, него за преносиво чланство. Слобода преносивости

1 Christian Armbrüster, „Zur uneinheitlichen Stimmrechtsausübung im Gesellschaftsrecht“, *Festschrift für Gerold Bezzenberger zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2000, стр. 5–6; Walter Schmidt, Joachim Meyer-Landrut, у: Gadow, *Aktiengesetz*, Berlin, 1961, стр. 793–794; Peter Böckli, *Das Aktienstimmrecht und Seine Ausübung durch Stellvertreter*, Basel, 1961, стр. 27.

2 Ch. Armbrüster, *нав. рад*, стр. 5; W. Schmidt, J. Meyer-Landrut, *нав. дело*, стр. 794.

3 Butzke Volker, *Die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft*, Stuttgart, 2011, стр. 176; Uwe Hüffer, *Aktiengesetz*, München, 1999, стр. 645; супротно: Timo Holzborn у: Tobias Bürgers, Torsten Körber, *Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz*, Heidelberg, 2008, стр. 872.

4 V. Butzke, *нав. дело*, стр. 177.

5 Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Recht*, Erster Band, Zweiter Teil, Die Juristische Person, Berlin, 1983, стр. 251; аргумент капиталске структуре друштва и код U. Hüffer, *нав. дело*, стр. 646; Gerald Spindler у: Karsten Schmidt, Marcus Lutter, *Aktiengesetz*, Köln, 2008, стр. 1523.

претпоставља да свако од њих представља самостално чланско место – више чланстава се не повезују услед тога што је њихов субјект исти.[6] Неједнако гласање ипак може бити индиција о томе да је акционар занемарио интересе друштва и гласао у свом интересу.[7] Ово је од значаја у случају да се ради о акционарима који поседују значајно учешће у основном капиталу, или акционару који је контролни акционар друштва с обзиром на посебне дужности према друштву, имајући у виду могућност злоупотребе њиховог положаја у друштву (чл. 61 и чл. 69).

У дискусији се узима у обзир и слобода вршења права гласа. Вршење права гласа акционара је начелно слободно. Слобода вршења права гласа не обухвата само како ће акционар гласати, већ и да ли ће гласати. Утолико пре члан друштва не може бити обавезан да гласа на одређени начин.[8] С обзиром на слободу гласања од значаја је видети какав је утицај неједанаког гласања на исход гласања. Тај утицај се одражава тако што неједнаким гласањем акционар редукује своју гласачку снагу, што се посебно односи на делимично уздржавање. Иста ситуација наступа и када се нема делимичног уздржавања, већ акционар једним делом својих гласова гласа за, а другим делом против. Тако акционар уместо да гласа 5 гласова за и 20 уздржаних, може да гласа 15 за и 10 против, с обзиром да се компензују гласови за и против.[9] Ово је и аргумент против делимичног уздржавања у контексту једнаког гласања. У оваквом систему који просту већину потребну за одлуку заснива само на датим гласовима, при чему се уздржавање од гласања не узима у обзир, подела гласова пола за, а пола против, изједначава се са потпуним уздржавањем. Тиме је акционар, на основу слободе гласања, свео свој гласачки утицај на нулу.[10] У другом систему, присутном у домаћем праву, проста већина се рачуна у односу на присутне или заступљене акционаре и узимају се у обзир само гласови за, док гласови против, као и уздржавнаје од гласања, само доприносе већој или мањој убедљивости резултата.[11]

Како смо раније указали, у споменутој судској одлуци, наглашава се да не постоји оправдани интерес акционар који би се огледао у неједнаком гласању. Насупрот томе, указује се да акционар може да има интерес за неједнаком гласањем,[12] односно да нема интерес за једнаким

6 P. Böckli, *нав. дело*, стр. 28–29.

7 W. Flume, *нав. дело*, стр. 251.

8 Ch. Armbrüster, *нав. рад*, стр. 14.

9 P. Böckli, *нав. дело*, стр. 29 напомена бр. 115.

10 Ch. Armbrüster, *нав. рад*, стр. 14.

11 P. Böckli *нав. дело*, стр. 29 напомена бр. 115.

12 Према W. Schmidt, J. Meyer-Landrut, *нав. дело*, стр. 794; Ch. Armbrüster, *нав. рад*, стр. 13.

гласањем.[13] У том контексту се указује на право на побијање скупштинске одлуке, које би, под одређеним претпоставкама, могло бити угрожено у случају неједнаког гласања. Према ранијим решењима у неким националним правима могућност подизања тужбе за поништај се негирала у случају да је акционар делом акција гласао за, док је другим делом акција гласао против предлога одлуке. Ово зато што је гласањем за изразио сагласност са одлуком.[14] Овакав приступ може бити од значаја за проблематику побијања скупштинске одлуке према Закону о привредним друштвима из 2004., који не предвиђа обавезу једнаког гласања, с обзиром да се као претпоставка побијања предвиђа гласање акционара против одлуке. У случају неједнаког гласања може се довести у питање испуњење претпоставке за побијање. Овај проблем није, међутим, последица једнаког или неједнаког гласања, већ лоше законске концепције побијање скупштинске одлуке. За разлику од тога, Закон о привредним друштвима из 2011. год. уз обавезу једнаког гласања, предвиђа да акционар не може побијати скупштинску одлуку ако је гласао за предлог одлуке (чл. 376). Акционар би, дакле, могао да гласа неједнако, односно да подели гласове тако што би делом акција гласао против предлога, а по преосталим акцијама се уздржао од гласања. На тај начин би акционар и неједнаким гласањем испунио услов да није гласао за предлог одлуке и не би угрозио своје право на побијање скупштинске одлуке. Ово показује да и у контексту побијања скупштинске одлуке акционар нема интерес за једнаким гласањем.

У погледу постојања интереса за неједнаком гласањем указује се на положај банака као фидуцијарних власника акција, када иступају у своје име и за рачун акционара. Оне имају несумњиви интерес за неједнаким гласањем, с обзиром на различите налоге које имају од појединих акционара.[15]

Када се разматра интерес за једнаким или неједнаким гласањем, указује се, осим интереса акционара, и на интерес друштва. Питање је, наиме, да ли, независно од одсуства догмаског приговора у погледу неједнаког гласања, неједнаком гласању противречи заштите вредан интерес друштва. Указује да могућност неједнаког гласања („играње“) доводи до тешкоћа у погледу утврђивања резултата гласања.[16] У делу теорије се, наиме, указивало да нејединствено гласање представља неозбиљно понашање акционара („играње и инат“).[17] У погледу приговора који се односе на озбиљност таквог понашања указивало се да

13 G. Spindler, *нав. дело*, стр. 1523.

14 W. Schmidt, J. Meyer-Landrut, *нав. дело*, стр. 794.

15 P. Böckli, *нав. дело*, стр. 28.

16 Према Ch. Armbrüster, *нав. рад*, стр. 20.

17 P. Böckli, *нав. дело*, стр. 26–27.

не постоји акцијскоправни принцип који би акционару забрањивао да испадне смешан. У вези са могућим угрожавањем интереса друштва за лаким утврђивањем исхода гласања указује се да се ради о чисто техничком питању и да интерес друштва остаје недирнут и у случају допуштености неједнаког гласања акционара.[18]

Везивање права гласа за акцију, а не за акционара, капиталска структура друштва и одсуство интереса акционара за једнаким гласањем представљају основе за доминирајући став у теорији према којем акционар са више акција може различито да гласа.[19]

У ранијим излагањима смо споменули да проблематика јединственог гласања има и други појавни облик, који представља ситуација у којој акционар има једну акцију, али која даје право на више гласова. Напоменули смо, такође, да ово питање није од интереса за домаће право, с обзиром да обична акција у домаћем праву даје право на један глас. Ради целине излагања указаћемо и на ово питање. При томе треба имати у виду да у погледу ове ситуације постоји мање контроверзи него када се ради о гласању по више акција.

У погледу случаја да акционар има једну акцију са више гласова истиче се да нема разлога различито третирати акционара са једном акцијом номинале 2.000, која даје право на два гласа, од акционара са две акције номинале 1.000 које свака даје право на један глас.[20] Ипак, сматрамо да треба имати у виду да се у другом случају ради о два чланска односа, док у првом случају постоји само један. Тим пре, што остаје могућност да акционар тражи поделу акције – две акције са номиналом од 1.000, ако жели да нејединствено врши право гласа. У том смислу се и истиче да акционар са једном акцијом не може да гласа другачије него једнако.[21] То значи да он све гласове по тој акцији мора да користи на једнак начин – за гласање за или за гласање против, или да буде уздржан. Није, дакле, могуће ни да акционар користи само део гласова по једној акцији, будући да би и тако неједнако гласао.

II Нормативни аспект

Независно од одсуства теоријске заснованости, Законом о привредним друштвима из 2011. год. прихваћен је принцип једнаког

18 Ch. Armbrüster, *нав. рад*, стр. 20.

19 W. Schmidt, J. Meyer-Landrut, *нав. дело*, стр. 794 и тамо наведена литература; P. Böckli, *нав. дело*, стр. 28; U. Hüffer, *нав. дело*, стр. 646; G. Spindler, *нав. дело*, стр. 1523; V. Butzke, *нав. дело*, стр. 177; T. Holzborn, *нав. дело*, стр. 872.

20 W. Schmidt, J. Meyer-Landrut, *нав. дело*, стр. 794.

21 P. Böckli, *нав. дело*, стр. 27; U. Hüffer, *нав. дело*, стр. 646; V. Butzke, *нав. дело*, стр. 178¸ G. Spindler, *нав. дело*, стр. 1523.

гласања. Предвиђена је обавеза акционара да по конкретном питању гласа са свим гласовима којима располаже на исти начин (чл. 360 ст. 7). Предвиђен је само један изузетак и то у погледу кумулативног гласања.

Прва напомена у вези са чл. 360 ст. 7 односи се на делимично уздржавања. Као што смо раније указали на природу гласања, односно гласачке изјаве, није могуће делимично уздржавања. Није, дакле, могуће истовремено постојање једнаког гласања и делимичног уздржавања – акционар мора да гласа на једнак начин са свим гласовима којима располаже.

Обавеза једнаког гласања терети акционара у погледу свих гласова којима „располаже". Основно питање је, зато, који су то гласова којима акционар располаже и у погледу којих може дати гласачку изјаву. С тим у вези треба имати у виду неколико ситуација.

1. Акционар и зависно друштво

Пре свега, обавеза једнаког гласања терети акционара у погледу гласова по акцијама које му припадају, односно по којима је уписан у Централни регистар. Ово се односи и на ситуацију када је акционар правно лице, а акционар је и његово зависно друштво. У таквој ситуацији акционару, који је матично друштво, урачунавају се гласови зависног друштва у којем има већинско учешће, према чл. 58 Закона о тржишту капитала из 2011. год. уз обавезу обавештавања. Матично, односно контролно, друштво ипак не може да врши право гласа у погледу акција које припадају зависном друштву, независно од утицаја које има на зависно друштво. Гласачка изјава коју даје контролно друштво може се односити само на акције које припадају њему. Зависно друштво је, такође, акционар и оно врши право гласа по акцијама које му припадају.

2. Права на акцији

У случају да на акцији постоје права у смислу залоге или плодоуживања, поставља се питање коме припада право гласа, односно да ли акционар располаже тим гласовима и да ли може дати гласачку изјаву у погледу тих гласова.

Када је залога у питању залога ситуација је, на нормативном плану, једноставна, с обзиром на постојање решења из чл. 361 према којем у случају заложених акција право гласа припада акционару као залогодавцу. Према томе, обавеза једнаког гласања акционара протеже се и на заложене акције.

Када је у питању плодоуживање ситуација је сложенија, првенствено због одсуства одговарајуће норме у Закону о привредним друштвима из 2011. год.,[22] за разлику од раније важећег Закона о предузећима у којем је било предвиђено да право гласа припада акционару (чл. 258 ст. 5), уз могућност давања „посебног овлашћења" плодоуживаоцу.

Плодоуживалац има захтев у погледу дивиденде, али не и у погледу ликвидационог остатка, као и добити остварене продајом акције.[23] Право на приоритетни упис акција нове емисије припада акционару.[24] Право гласа и остала управљачка права су спорна.[25] С једне стране гласање је мера управљања акцијом као предметом плодоуживања и то не противречи могућности да право гласа припада плодоуживаоцу. Правила о плодоуживању указују да је тешко спроводљиво одвајање управљања од поседа и права коришћења. Плодоуживалац је заинтересован само за дивиденду и његово вршење права гласа би било усмерено у правцу предлога који би омогућили краткорочну корист, без вођења рачуна о интересима акционарског друштва. Ово је прихватљиво, како с аспекта општих правила о плодоуживању, тако и с аспекта правила акцијског права, будући да је вршење права гласа, начелно, слободно. С друге стране, одлуке скупштине не односе се само на дивиденду, већ имају непосредан значај за целокупно право удела у друштву,[26] као предмета плодоуживања. Као последица тога јавила су се различита схватања у погледу вршења права гласа у случају плодоуживање на акцији. Тако се јавило мишљење према којем би право гласа требало заједнички да врше акционар и плодоуживалац, што се одбацује због разлога правне сигурности. Као неприхватљиво се оцењује и гледиште према којем би право гласа требали да врше акционар и плодоуживалац преко заједничког пуномоћника, са позивом на норму о заједничком пуномоћнику. Разлог за критику овог става лежи у томе што је норма о заједничком пуномоћнику везана за акцију са више власника (у домаћем праву чл. 256 Закона о привредним друштвима из 2011. год.). Последично, према владајућем мишљењу у теорији, право гласа у случају плодоуживања на акцији има акционар,[27] што је у складу са принципом јединства акције. Питање, међутим, остаје спорно с обзиром на чл. 10 Директиве 2004/109/ЕС (*Transparency Directive*) и националне прописе о хартијама од вредности донетим у складу с њом. Ради се обавези обавештавања о променама у гласачкој снази појединог акционара, која постоји и у погледу

22 Одговарајућа норма није постојала ни у Закону о привредним друштвима из 2004. год.

23 Rüdiger Veil y: Karsten Schmidt, Marcus Lutter, *Aktiengesetz*, Köln, 2008, стр. 330.

24 R. Veil, *нав. дело*, стр.1988; U. Hüffer, *нав. дело*, стр. 830.

25 R. Veil, *нав. дело*, стр. 330.

26 W. Schmidt, J. Meyer-Landrut, *нав. дело*, стр. 790.

27 U. Hüffer, *нав. дело*, стр. 64; W. Schmidt, J. Meyer-Landrut, *нав. дело*, стр. 790.

гласова по основу акција на којима лице има плодоуживање (чл. 58 Закона о тржишту капитала из 2011. год.). Ипак, у литератури се указује да питање коме припада право гласа у случају плодоуживања на акцији још није решено.[28] Ако би се на основу Закона о тржишту капитала сматрало да право гласа припада плодоуживаоцу, тада се обавеза акционара на једнако гласање не би односила на акције које му припадају, али на којим постоји плодоуживање. Насупрот томе, ако би и плодоуживалац био акционар, тада би његова обавеза на једнако гласање обухватала и акције које му не припадају, али на којима има плодоуживање.

3. Пуномоћје за гласање

У случају да акционар врши право гласа преко пуномоћника поставља се питање ко располаже гласовима. С једне стране, пуномоћник даје гласачку изјаву у име и за рачун акционара. То је, међутим, изјава његове воље, а не воље акционара, с обзиром да пуномоћник није гласник и не преноси туђу вољу. С друге стране, пуномоћник је обавезан да гласачку изјаву даје у складу са налогом који је добио од акционара. Та обавеза није корпоративне природе, него облигационо правне, с обзиром да настаје на основу уговорног односа акционара и пуномоћника. Зато је гласачка изјава пуноважна према друштву и када је дата противно добијеном налогу, уз могућност накнаде штете акционару због повреде уговора са пуномоћником.

Сматрамо да је акционар у обавези да давање налога изврши у складу са законом, односно да налог гласи на једнако гласање. Ако пуномоћник изврши примљени налог испуњена је обавеза на једнако гласање. Могуће је, међутим, да пуномоћник не изврши примљени налог, а да обавеза на једнако гласање ипак буде извршена. То ће на пр. бити ситуација када је акционар дао налог да се сви гласови дају за предлог одлуке, а пуномоћник гласачком изјавом све гласове да против предлога одлуке, или се уздржи у погледу свих гласова. Независно од испуњења законске обавезе акционар би могао да тражи накнаду штете због повреде уговора о налогу који има са пуномоћником. Питање је, међутим, каква ситуација настаје ако пуномоћник гласа неједнако. Обавеза једнаког гласања терети акционара, а не пуномоћника. Он не преноси вољу акционара него изјављује своју вољу којом он, а не акционар, располаже гласовима према друштву. На тај начин би се, путем пуномоћника, избегла законска обавеза акционара на једнако гласање. У циљу спречавања ове могућности била је потребна другачија формулација норме. У постојећој ситуацији домаћа судска пракса ће морати да покаже одређени ниво креативности, што је познато из упоредног права. Једна од могућности је да, у случају да пуномоћник гласа неједнако, заступање буде сматрано

28 R. Veil, *нав. дело*, стр. 330.

као симуловани правни посао закључен са циљем да се избегне законска забрана неједнаког гласања. Други приступ може да се заснива на ст. 1 и 2 чл. 344. У ст. 1 је предвиђено да се пуномоћје може дати за учешће у раду скупштине укључујући и право гласа, док се у ст. 2 предвиђа да пуномоћник из ст. 1 има иста права у погледу учешћа у раду скупштина као и акционар који га је овластио. Оваква регулатива је недовољно тачна, с обзиром да су право учествовања и право гласа различита права,[29] при чему није до краја јасна формулација чл. 251 где је предвиђено да обична акција даје право учешћа „и" гласања. Таква ситуација отвара могућност да учешће у смислу чл. 344 ст. 2 обухвата и право гласа, што би за последицу имало да обавеза једнаког гласања терети, не само акционара, него и пуномоћника.

Претходна разматрања се односе на постојање једног пуномоћника. Ситуација, међутим, може бити сложенија ако акционар има више пуномочника, што је омогућено Законом о привредним друштвима из 2011, за разлику од Закона о привредним друштвима из 2004. год. Акционар не мора дати налог и тада је сваки пуномоћник дужан да гласа савесно и у најбољем интересу акционара. Сваки од пуномоћника има своју процену тих околности, што може довести до тога да су њихове гласачке изјаве различите. Тако ако акционар има три пуномоћника, сваког за одређени број акција које поседује, може се десити да сваки од њих гласа једнако у погледу акција за које је утврђен као пуномоћник, али да су њихови гласови дати различито – један гласа све акције за, други све акције против, а трећи се уздржи по свим акцијама.

Ако један пуномоћник заступа више акционара он може да гласа различито у погледу акција појединих акционара, зависно од налога који добије (чл. 346). Ово се образлаже постојањем различитих налогодаваца и тада не постоји неједнако гласање. Истоветна ситуација постоји у погледу кастоди банке (чл. 348 ст. 2), при чему треба имати у виду недовољно јасну регулативу – кастоди банка је уписана у регистар као акционар, а законом је утврђена као „пуномоћник".

4. Уговори о гласању

Обавеза једнаког гласања у великој мери утиче и на обим обавезе акционара који је закључио уговор о гласању (чл. 359). Тако се поставило питање акционара који је закључио уговор о гласању и обавезао се да део својих гласова да према упутствима друге уговорне стране – да ли и остале своје гласове треба да оствари на исти начин, због захтева за једнаким гласањем, чиме би се проширило дејство његове уговорне

29 Детаљније види Зоран Арсић, „Учешће у скупштини акционарског друштва", *Право и привреда*, бр. 1–4/2005, стр. 20–26 и тамо наведена литература.

обавезе.[30] Исто питање се поставља у случају да акционар закључи уговор о гласању у погледу свих акција које има, а после закључења уговора стекне још једну или више акција.

III Правне последице повреде обавезе једнаког гласања

Обавеза једнаког гласања је императивна норма и њена повреда би по правилима облигационог права имала за последицу ништавост гласачке изјаве као једностраног правног посла. Ово само по себи не мора имати последица по донету скупштинску одлуку. Законом о привредним друштвима из 2011. год. предвиђено је да скупштинска одлука неће бити поништена у случају неважности појединих гласова, осим ако су они били одлучујући у погледу кворума или потребне већине за доношење одлуке (чл. 381). Ако је преостали број пуноважно датих гласова довољан за доношење одлуке нема ни релевантности, ни потенцијалног каузалитета између повреде закона и донете скупштинске одлуке.[31] То значи на пр. да, у случају одлуке која се доноси обичном већином, ако је остварена натполовична већина гласова акционара који имају право гласа, преостали акционари могу да гласају и неједнако без утицаја на донету скупштинску одлуку.

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

UNIFORM CASTING OF SHAREHOLDERS VOTES

Summary

According to Republic of Serbia Company Act 2011 shareholder has obligation to cast all votes he is entitled to in uniform manner. Theoretically there is no ground for such approach, because each share is separate legal relation between corporation and shareholder. From practical point of view there are considerable difficulties regarding interest in life on shares, proxy and voting contracts.

Key words: *shareholder, voting right.*

30 P. Böckli, *нав. дело*, стр. 28.

31 Детаљније Зоран Арсић, „Основи за рушљивост одлука скупштине акционарског друштва", *Правни живот*, бр. 11/2006, стр. 15–24.

др *Марко* РАЈЧЕВИЋ
професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци

ПРЕДУЗЕТНИК У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Резиме

У раду се даје приказ правног статуса предузетника у праву Републике Српске. Дато је образложење појма предузетника са аспекта важећег закона, приказане су процедуре покретања обављања предузетничких дјелатности, начин њиховог обављања, дати прикази елемената индивидуализације предузетника преко његовог сједишта и пословног имена, сагледан је статус предузетничке коморе као асоцијације предузетника и презентовани основи престанка обављања предузетничке дјелатности.

Кључне речи: *предузетник, предузетничка дјелатност, закон.*

I Уводне напомене

Ранији Закон о предузећима[1] регулисао је правни статус привредног друштва, јавног предузећа и предузетника. При томе је детаљно уредио правни статус привредних друштава капитала и лица као облика предузећа, а правни статус јавног предузећа и предузетника само у основним цртама дајући њихову дефиницију и одређујући сходну примјену заједничких одредаба Закона на те правне форме предузетништва. Нови Закон о привредним друштвима[2] уопште не спомиње ни

1 Закон о предузећима (*Службени гласник Републике Српске*, бр. 24/98, 62/02, 66/02, 38/03 и 97/04).

2 Закон о привредним друштвима (*Службени гласник Републике Српске*, бр. 127/08 и 100/11).

јавна предузећа ни предузетника. Ово зато што је правни статус јавних предузећа уређен посебним законом,[3] што је учињено и кад је у питању предузетник.[4] Разлог зашто су за ове форме предузетништва донесени посебни закони је у чињеници да је јавно предузеће, мада је у питању форма друштва капитала, због предмета дјелатности (од општег интереса), специфична у мјери која је захтјевала доношење специјалног закона, док је предузетник индивидуална форма обављања предузећа која је и раније посебним законом регулисана[5]. Осим тога, предузетник је физичко лице те му није мјесто у закону који регулише статус колективних предузетника (привредних друштава) јер су она правна лица.[6]

Предузетник је у теоретском погледу физичко лице које обавља, поред своје друге дјелатности, и неку профитну дјелатност у циљу стицања добити. Он је носилац предузећа (неког привредног подухвата) те осигурава директно или индиректно све елементе потребне за то предузеће (рад, капитал и управљање), сноси личну имовинску одговорност за дугове из предузетничке дјелатности према повјериоцима – он се поистовјећује са својим предузећем чинећи са њим једно тјело.[7] Привредно друштво је такође носилац предузећа, али је у питању колективни предузетник који се карактерише посебном правном структуром (у питању је правно лице) која омогућава посебну правну независност у односу на лица која су га основала или која су постали његови чланови.[8] Може се, дакле, рећи да су предузетник и привредно друштво правне форме привредних субјеката (индивидуалне и колективне), односно ради се о трговцима, али не у колоквијалном смислу (бави се трговином), већ у смислу предмета трговачког (трговинског) права.[9] Појам трговца одређен је са неколико кумулативних претпоставки: а) ради се о правном или физичком лицу; б) то лице самостално и трајно обавља привредну дјелатност у контексту дефиниције „уговора у привреди“ у Закону о облигационим односима[10]; в) то се чини због стицања добити и г) ријеч је о производњи, промету или вршењу услуга на тржишту.[11]

3 Закон о јавним предузећима (*Службени гласник Републике Српске*, бр. 74/05).

4 Закон о занатско-предузетничкој дјелатности (*Службени гласник Републике Српске*, бр. 117/11; даље у фуснотама: ЗЗПД).

5 Закон о самосталном привређивању (*Службени лист СРБиХ*, бр. 26/89 и 29/90), Закон о занатско-предузетничкој дјелатности (*Службени гласник Републике Српске*, бр. 72/07, пречишћени текст).

6 Мада је уобичајено у претежном броју националних законодавстава да се предузетник регулише са привредним друштвима као форма индивидуалног трговца.

7 У том смислу Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, Београд, 2011, стр. 43.

8 *Ibid*., стр. 43–44.

9 *Ibid*., стр. 42.

10 Закон о облигационим односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89 и *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93), чл. 25 ст. 2.

11 М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 42. Хрватски Закон о трговачким друштвима (*Народне новине*, бр. 111/93), у чл. 1 ст. 1, дефинише трговца на исти начин.

У овом раду сагледаћемо правни статус предузетника кроз прописе Републике Српске, у првом реду Закон о занатско предузетничкој дјелатности (даље ЗЗПД) који је ступио на снагу крајем 2011. године. Законом се уређују услови, почетак, начини и престанак обављања занатско-предузетничке дјелатности, образовање и оспособљавање предузетника, његово организовање и вођење регистра предузетника.[12]

II Појам предузетника

Предузетник је физичко лице које обавља предузетничку дјелатност у своје име и за свој рачун ради стицања добити и као такав је уписан у регистар предузетника. Из законског одређења појма предузетника произилазе слиједеће карактеристике предузетника: а) то је физичко лице; б) обавља предузетничку дјелатност; в) то чини у своје име и за свој рачун; г) ради стицања добити и д) уписан је у регистар предузетника.

Само физичко лице може бити предузетник. Међутим, то лице, да би обављало предузетничку дјелатност, мора испуњавати законом прописане услове, и то: а) да је пунољетан, б) да му правоснажном одлуком надлежног органа није изречена мјера забране обављања те дјелатности, в) да има општу здравствену способност и посебну здравствену способност ако је то законом прописано за обављање одређених дјелатности, г) да има одговарајућу стручну спрему или да запосли лице са одговарајућом стручном спремом ако је то посебним законом прописано за обављање одређених дјелатности и д) да посједује опрему, односно средства рада, кадрове и одговарајући пословни простор, осим ако природа дјелатности то не захтијева.[13] Правно лице, па то било и једночлано друштво, не може бити предузетник у смислу ЗЗПД.

По ЗЗПД предузетничка дјелатност је свака привредна дјелатност утврђена важећом класификацијом дјелатности коју физичко лице обавља производњом, прометом и пружањем услуга на тржишту ради стицања добити и за чије обављање није потребан други облик организовања.[14] Посебан облик предузетничке дјелатности је занатска дјелатност која обухвата занатску производњу, пружање занатских

12 ЗЗПД, чл. 6 ст. 1.

13 ЗЗПД, чл. 17 ст. 1.

14 ЗЗПД, чл. 4 ст. 1. Предузетник не би могао обављати неке дјелатности које су резервисане за правна лица. Тако не би могао обављати банкарске послове и послове осигурања, јер то могу чинити само привредна друштва капитала. Али, по Закону о посредовању у осигурању (*Службени гласник Републике Српске*, бр. 17/05), физичко лице може уз испуњење услова предвиђених законом бити заступник или брокер у осигурању, с тим да се мора регистровати код Агенције за осигурање

услуга, као и старе занате, умјетничке занате и домаћу радиност. Занатска производња је производња мањих серија производа уз коришћење машина и техничке опреме на начин који нема обиљежја индустријске производње. Занатске услуге обухватају поправку и одржавање производа, уређаја, објеката, као и вршење личних услуга. Старим занатима сматрају се дјелатности израде и дораде предмета претежно ручним радом, под условима и на начин којим се чува и одржава израз традиционалног народног стваралаштва, знања и вјештина. Умјетнички занати су дјелатности обликовања племенитих материјала, при чијој изради долази до изражаја лични укус и вјештина произвођача по замисли или нацрту ствараоца или другог лица. Домаћа радиност је дјелатност израде, дораде оплемењивања предмета код којих преовладава ручни рад и који имају естетско обиљежје народне умјетности.[15] У ранијем Закону о предузећима прављена је разлика између „великог" предузетника и приватног предузетника. По једним ауторима та разлика произилазила је због висине годишњег прихода и била је разлог зашто су се само „велики" предузетници регистровали у судском регистру.[16] По другом мишљењу разлика између предузетника и приватног предузетника (имаоца радње, обртника) произилазила је из дјелатности које су обављали. Тако, предузетник (трговац-појединац) се бавио производњом, прометом и вршењем услуга на тржишту, а приватни предузетник оним дјелатностима које су од користи за развој привредног живота, а које по традицији не спадају у привредне дјелатности, као што су: занатство, народна радиност, умјетничко обликовање предмета, грнчарство, филигранска дјелатност и слично.[17] Разлика која произилази између предузетника по ЗЗПД је разлика из послова занатско предузетничке дјелатности којима се предузетници баве. Предузетник је лице које обавља привредну дјелатност производње, промета и пружања услуга, а занатлија (приватни предузетник, обртник) обавља занатску производњу, пружа занатске услуге и бави се старим занатима, умјетничким занатима и домаћом радиношћу и то као претежним дјелатностима.[18]

Предузетничка дјелатност мора се обављати у своје име и за свој рачун. То је логична посљедица чињенице да је предузетник носилац

када од ње добије позитивно рјешење о захтјеву за регистрацију. Дакле, ради се о посебним предузетницима у овим пословима.

15 Дефиниције занатске производње, занатских услуга, старих заната, умјетничких заната и домаће радиности дати су у ЗЗПД, чл. 4 и 5. Занатске дјелатности по традицији не спадају у привредне дјелатности.

16 Мирко Васиљевић, *Пословно право*, Београд, 1997, стр. 28.

17 Луција Спировић-Јовановић, „Предузетник (трговац-појединац) према Закону о предузећима", *Право и привреда*, бр. 5–8/99, стр. 54.

18 ЗЗПД, чл. 4 ст. 6, којим је регулисано и стицање мајсторског звања (чл. 37–40).

предузећа (пословног подухвата). Отуда за обавезе из предузетничких дјелатности предузетник одговара својом имовином коју је ангажовао у том циљу, али и свом оном имовином коју није ангажовао, односно одговараће цјелокупном својом имовином. Одговорност за имовинске обавезе настале у вези са обављањем предузетничке дјелатности неће престати ни након брисања предузетника из регистра предузетника.[19] Мада предузетничке дјелатности мора обављати у своје име и за свој рачун то не значи да све послове у вези вршења предузетничких активности предузетник мора сам обављати. Напротив, најчешће ће морати запошљавати раднике који ће радни однос са предузетником као послодавцем уредити уговором о раду у складу са Законом о раду, колективним уговором и другим прописима којима се уређују радни односи. Предузетнику који обавља дјелатност старих и умјетничких заната, односно домаће радиности могу помагати чланови породичног домаћинства без заснивања радног односа, на начин да раде у његовом присуству. Подразумјева се да је предузетник тај који води пословање сам, али може писаним овлашћењем то повјерити пословођи који ће бити у радном односу код предузетника. Вођење послова може бити опште или ограничено на један или више издвојених пословних простора. Пословођа мора, ако су за обављање дјелатности предузетника прописани посебни услови у погледу стручне спреме и здравствене способности, испуњавати те услове јер пословођа води посао у име и за рачун предузетника, а мора се, по пријави пословође, уписати и у регистар предузетника.[20]

Упис у регистар предузетника је обавеза која произилази из самог ЗЗПД. Она је конститутивног карактера јер нико није предузетник док се не упише у регистар предузетника којег води надлежни орган јединице локалне самоуправе. У тај регистар уписују се подаци о предузетницима који су прописани ЗЗПД, а надлежни министар доноси правилник о садржају и начину вођења регистра.[21] Од регистра предузетника треба разликовати јединствени регистар предузетника који има третман јавне књиге која обједињава податке из свих регистара предузетника јединица локалне самоуправе, а води га предузетничка комора. Корисници података из тог регистра су: предузетници, Влада, министарства, јединице локалне самоуправе, развојне агенције и други субјекти који раде на унапређењу привреде.[22]

19 ЗЗПД, чл. 12 ст. 2 и 3.

20 ЗЗПД, чл. 27.

21 ЗЗПД, чл. 35.

22 ЗЗПД, чл. 36.

III Одобрење као формалан услов за обављање предузетничке дјелатности

Физичко лице које намјерава обављати предузетничку дјелатност мора поднијети прописан захтјев надлежном органу јединице локалне самоуправе за послове привреде на чијем подручју жели имати сједиште, како би добио рјешење о одобрењу обављања предузетничке дјелатности. Такав захтјев може поднијети и страни држављанин, а ако испуњава услове за обављање предузетничке дјелатности, надлежни орган јединице локалне самоуправе донијеће рјешење о одобрењу, те странац може почети са обављањем дјелатности уколико добије радну дозволу. Рјешење којим се предузетнику одобрава обављање дјелатности основ је уписа у регистар предузетника. Закон одређује да је предузетник дужан да почне са обављањем дјелатности најкасније у року од 30 дана од дана достављања рјешења, а испуњеност услова за обављање дјелатности провјерава надлежни инспекцијски орган у року од 45 дана од дана пријема рјешења о одобрењу обављања дјелатности.[23] Треба примјетити да предузетник стиче предузетнички статус од дана достављања рјешења, а не од момента уписа у судски регистар, чиме се указује на чињеницу да упис у регистар предузетника нема конститутивно дејство. Међутим, како је претходно напоменуто, из дефиниције предузетника произилази да је то физичко лице које је уписано у регистар предузетника и да не може имати тај статус док се не упише. Ове контрадикторне одредбе могу се помирити тако да се има тумачити да је надлежни орган јединице локалне самоуправе који издаје рјешење дужан извршити регистрацију предузетника прије доставе рјешења о одобрењу предузетнику. По одредбама Закона о занатско-предузетничкој дјелатности се рјешење о одобрењу обављања дјелатности доставља надлежној организационој јединици пореске управе, надлежном инспекцијском органу и занатско-предузетничкој комори у року од пет дана од дана издавања рјешења. Предузетник може да обавља само оне дјелатности које су наведене у рјешењу о одобрењу обављања дјелатности, јер у супротном чини прекршај за који се изриче новчана казна у износу предвиђеном ЗЗПД. Кад је посебним прописом, као услов за обављање предузетничке дјелатности, предвиђено прибављање одобрења, сагласности или другог акта надлежног органа, предузетник може почети са обављањем дјелатности по добијању одобрења, сагласности или другог акта надлежног органа, у супротном ће надлежни орган јединице локалне самоуправе закључком одбацити захтјев за издавање рјешења о одбрењу обављања предузетничке дјелатности.[24]

23 ЗЗПД, чл. 21 ст. 7 и 8.

24 ЗЗПД, чл. 21 ст. 9 у вези са чл. 22 ст. 1.

IV Начин обављања предузетничке дјелатности

Предузетничка дјелатност може се обављати као основно, допунско и додатно занимање.[25] Физичко лице које није у радном односу обавља предузетничку дјелатност као основно занимање, а као допунско занимање најдуже до половине седмичног пуног радног времена, под условом да је у радном односу код другог послодавца са пуним радним временом. Лице које је у радном односу на неким другим пословима или је корисник пензије може да као додатно занимање региструје и обавља предузетничку дјелатност ако запосли лице које испуњава услове за обављање тражене дјелатности.

Предузетничку дјелатност може заједнички обављати више физичких лица (ортака), а највише десет, о чему се закључује уговор.[26] Ради се дакле о уговору о ортаклуку као заједници ортака, а не удружењу њихове имовине. Имовина ортака стављена на располагање ортаклуку не може се третирати имовином ортаклука као таквог, она је и даље имовина ортака.[27] Закон о занатско-предузетничкој дјелатности садржи и битне елементе уговора којима се уређују међусобни односи ортака: име, презиме и јединствени матични број сваког ортака, шифру и назив претежне дјелатности и других дјелатности, пословно сједиште, оснивачка улагања и учешће у расподјели, заступање и представљање, услове и начин за приступање, односно иступање и начин престанка заједничког обављања дјелатности.[28] Сви ортаци потписују захтјев за издавање рјешења за обављање предузетничке дјелатности, а уз захтјев, осим доказа о испуњености услова прописаних ЗЗПД, приложиће се и ортачки уговор. Кад је за обављање предузетничке дјелатности неопходно задовољити услове у погледу стручне спреме, довољно је уз доказ о испуњености услова приложити и доказ да један од ортака има тражену стручну спрему или да запосле лице са одговарајућом стручном спремом. Заједничко обављање предузетничке дјелатности престаће кад се број ортака сведе на једног, у ком случају се може извршити промјена начина обављања дјелатности из заједничког (ортачког) у самостално обављање предузетничке дјелатности, на основу захтјева и уговора о раскиду заједничког обављања дјелатности, али могућа је и обрнута промјена (из самосталног, појединачног, у заједничко, ортачко, обављање дјелатности).[29] Одредбе ЗЗПД које се односе на индивидуал-

25 ЗЗПД, чл. 14.

26 ЗЗПД, чл. 16 ст. 1.

27 О ортаклуку више Богдан Лоза, *Облиīационо īраво*, Сарајево, 2000, стр. 508–511.

28 ЗЗПД, чл. 16 ст. 2.

29 ЗЗПД, чл. 16 ст. 6 и 7.

но обављање предузетничке дјелатности примјењују се и на заједничко обављање предузетничке дјелатности.

Предузетничка дјелатност може се обављати у пословном, стамбеном простору или без пословног простора. Када је потребан пословни простор онда је тај простор у облику радње, радионице, канцеларије, бироа, агенције, студија, пансиона, атељеа, салона, лабораторије и томе слично.[30] Предузетник који по правилу послује у пословном простору може обављати дјелатности и ван пословног простора, када је по природи саме дјелатности такво обављање могуће или уобичајено.[31]

Напоменуто је да предузетник обавља дјелатност сопственим средствима (предметима своје имовине), али може користити и средства рада и пословни простор по основу закупа или по другим основама. Предузетничка дјелатност мора се обављати у оквирима прописаног почетка и завршетка радног времена.

V Сједиште предузетника

Предузетник је привредни субјект и као такав мора имати сједиште. Сједиште је мјесто у коме предузетник обавља дјелатност а кад за обављање предузетничке дјелатности није потребан пословни простор, сједиштем ће се сматрати мјесто у којем предузетник има пребивалиште, што би била његова кућна адреса. Сједиште се може промијенити како на подручју јединице локалне самоуправе у којој обавља дјелатност, али се сједиште може пренијети на подручје друге локалне заједнице кад се тамо буде обављала (стално) предузетничка дјелатност. У случајевима промјене сједишта предузетник мора поднијети захтјев за промјену сједишта и рјешење о обављању дјелатности надлежном органу јединице локалне самоуправе на чијем подручју ће бити ново сједиште. Захтјев за промјену сједишта и рјешење о обављању дјелатности подноси се надлежном органу јединице локалне самоуправе на чијем подручју ће бити ново сједиште. Захтјев се мора ријешити у року од пет дана од дана пријема, односно надлежни органи ће у том року донијети рјешење и уписати предузетника у регистар, о чему ће обавјестити пореске органе, занатско-предузетничку комору као и орган претходног сједишта ако је промјена на подручју друге јединице локалне самоуправе, ради брисања

30 Ранији Закон о занатско-предузетничкој дјелатности (*Службени гласник Републике Српске*, бр. 72/07), одређивао је да је за обављање предузетничке дјелатности потребно оснивати радњу, али се под радњом подразумијевао одговарајући облик пословања и генерички појам којим се обухватало оно што сада важећи ЗЗПД сматра пословним простором.

31 ЗЗПД, чл. 7 ст. 3.

предузетника из регистра.[32] Сједиште за предузетника има у принципу онај значај који има и за правно лице као привредног субјекта.

VI Пословно име предузетника

Пословно име (фирма) је назив уписан у регистар код надлежног органа јединице локалне самоуправе под којим предузетник обавља своју дјелатност.[33] Обавезни елеменат пословног имена је име и презиме предузетника. Међутим, како у свакодневној пракси може доћи до подударања личног имена и презимена физичких лица која обављају предузетничку дјелатност, потребно је да се учини додатна индивидуализација фирми предузетника па ЗЗПД захтијева да се као обавезни елеменат у фирми предузетника наведе и назив као посебан идентификациони знак који се уписује у регистар, а који се, по правилу, везује за дјелатност предузетника или сам предузетник осмишљава тај назив независно од предузетничке дјелатности као производ његове имагинације и надахнућа. Обавезни елементи фирме су и, како ЗЗПД каже, опис дјелатности, ознака у виду скраћенице с. п. (самостални предузетник) и сједиште. Пословно име предузетника може садржавати и допунске (факултативне) елементе у виду посебних ознака (цртежа, слика, ознака којима се ближе одређује радња или дјелатност). Забрањени елементи фирме су називи и ознаке који су у супротности са важећим прописима и међународним конвенцијама, при чему ЗЗПД не даје објашњење којим. Фирма предузетника мора се разликовати од назива садржаног у фирми другог предузетника у тој мјери да не изазове забуну о идентитету са другим предузетником на подручју исте јединице локалне самоуправе, односно забуну у погледу дјелатности предузетника. Кад више предузетника заједнички обавља дјелатност, пословно име тад мора садржавати имена свих оснивача или једног или више њих и ознаку „и остали“. Фирма се мора истаћи на улазу у објекат у сједишту и издвојеном простору, односно на улазу у стамбени објекат, ако се дјелатност ту обавља. Кад предузетник обавља дјелатност изван сједишта, односно обавља дјелатност без пословног простора, дужан је да пословно име истакне на мјесту односно објекту гдје такву дјелатност обавља. Свака промјена садржине пословног имена мора се пријавити надлежном органу који ће донијети рјешење о промјени пословног име-

32 ЗЗПД, чл. 25.

33 ЗЗПД, чл. 26 ст 1. Закон не користи израз „фирма“ предузетника, али је тај израз већ одомаћен кад се ради о пословном имену како предузетника појединца тако и других привредних субјеката, нарочито комерцијалних привредних друштава, чак у толикој мјери да се у свакодневном лаичком говору фирма поистовјећује са субјектом – „ради у доброј фирми“.

на и уписати промјену у регистар предузетника. Из претходно изложенх правила везаних за пословно име предузетника јасно је да су то у суштини правила која се примјењују и на пословно име привредног друштва па зато је ЗЗПД прописао да се на питања која се односе на пословно име предузетника, а која тим законом нису уређена, примјењују одредбе Закона о привредним друштвима.[34]

VII Предузетничка комора

Предузетници се удружују у Комору као самосталну, стручно-пословну, невладину и непрофитну асоцијацију која заступа и усклађује заједничке интересе предузетника на подручју Републике Српске.[35] Законом о занатско-предузетничкој дјелатности Комори је повјерено вршење јавних овлашћења, она је правно лице и има сједиште у Бањој Луци. Рад Коморе је јаван. Предузетници аутоматизмом постају чланови Коморе кад се изврши упис у регистар предузетника. Комора се финансира из обавезне чланарине (која на годишњем нивоу не може бити већа од 24 конвертибилне марке), прихода од накнада за услуге које пружа Комора и других извора. Комора организује свој рад у једној или више јединица локалне самоуправе које су територијално везане посредством удружења предузетника као основних организационих јединица коморског система, које своју организацију уређују статутом. ЗЗПД детаљно су прописани задаци удружења и Коморе.[36] Органи Коморе су скупштина, управни одбор и директор чије су надлежности прописане ЗЗПД.[37] При Комори постоји и суд части. Комора има статут као основно организациони акт.[38]

VIII Основи престанка обављања предузетничке дјелатности

Предузетничка дјелатност у принципу се обавља трајно. Међутим, могуће је да у току пословања предузетник привремено престане да обавља своју дјелатност, али тај период не може бити дужи од шест мјесеци у периоду од двије године, о чему евиденцију води надлежни орган локалне заједнице.[39] Изузетно, због болести, стручног усавршавања,

34 ЗЗПД, чл. 26 ст. 9.

35 ЗЗПД, чл. 41.

36 Види ЗЗПД, чл. 45 и 46.

37 Види ЗЗПД, чл. 48 и 49.

38 ЗЗПД, чл. 51.

39 ЗЗПД, чл. 30 ст. 1 и 2.

породиљског одсуства тај рок може бити дужи (двије или три године). О привременом престанку и наставку пословања се на основу захтјева доноси рјешење од стране надлежног органа јединице локалне самоуправе које се мора уписати у предузетнички регистар.

Предузетник престаје да обавља дјелатност одјавом или по сили закона.

Захтјев за одјаву обављања дјелатности подноси се прије престанка рада надлежном органу јединице локалне самоуправе који доноси рјешење о престанку обављања дјелатности и брише предузетника из регистра.

Надлежни орган јединице локалне самоупаве на основу сазнања и утврђеног чињеничног стања доноси рјешење о престанку обављања дјелатности по сили закона и брише предузетника из регистра у слиједећим случајевима:[40]

а) смрт предузетника, ако не буде поднесен захтјев за наставак обављања дјелатности у року од 90 дана од дана смрти предузетника, што може учинити члан породичног домаћинства, односно насљедник, који ће у случају позитивног рјешења наставити дјелатност лично или посредством запосленог радника – привременог пословође, а то може трајати до окончања оставинског поступка, или најдуже двије године. Насљедник који је насљедио имовину којом је обављана предузетничка дјелатност, ако намјерава да настави обављање предузетничке дјелатности, мора надлежном органу јединице локалне самоуправе поднијети захтјев како би добио одобрење за обављање дјелатности;

б) ако се оставински поступак не оконча у року од двије године од дана смрти предузетника;

в) ако се у периоду од три мјесеца достављање два писмена надлежног органа јединице локалне самоуправе или органа управе упућено на адресу сједишта предузетника не може извршити и да је писмено које је требало бити уручено истакнуто 15 дана на огласној табли јединице локалне самоуправе;

г) кад је предузетнику правоснажним актом изречена заштитна мјера забране обављања дјелатности;

д) кад предузетник не поднесе захтјев за обављање дјелатности а не располаже пословним простором или средствима рада;

ђ) кад предузетник не пријави наставак рада након привременог престанка обављања дјелатности;

е) даном ступања на издржавање казне кад буде осуђен правоснажном пресудом на казну затвора дужу од шест мјесеци. У овом

40 ЗЗПД, чл. 32.

случају предузетник може наставити обављање дјелатности посредством пословође који испуњава услове за обављање дјелатности осуђеног предузетника;

ж) губитком пословне способности, ако не буде поднесен захтјев за наставак обављања дјелатности у року од 30 дана од дана кад је та неспособност утврђена;

з) кад страни држављанин не достави радну дозволу у року 30 дана од дана издавања рјешења о обављању предузетничке дјелатности;

и) кад предузетник у прописаном року не усклади пословање са ЗЗПД, а то је рок од годину дана од дана његовог ступања на снагу;[41]

ј) кад надлежни орган утврди да је предузетнику издато рјешење о обављању дјелатности на основу лажних исправа, које се односе на услове за обављање предузетничке дјелатности.

По Закону о стечајном поступку Републике Српске[42] стечајни поступак се може покретнути против правних али и физичких лица као дужника. Међутим, Закон прецизно дефинише ко се сматра физичким лицем против кога је могуће покренути стечајни поступак. Закон дужника-физичко лице зове дужником појединцем и одређује да се стечајни поступак може покренути против комплементара у командитном друштву и оснивача ортачког друштва. Дакле, није предвиђена могућност покретања стечајног поступка против предузетника, мада је раније Законом о стечајном поступку Републике Српске било предвиђено да се стечајни поступак може покренути и против њега. Каснијим измјенама и допунама тог закона ова категорија лица је изостављена.[43]

IX Закључак

Предузетник као физичко лице које обавља законом утврђене предузетничке дјелатности у праву Републике Српске има своје мјесто као један од привредних субјеката са специфичном правном позицијом. Та позиција условљена је традиционалном концепцијом појма трговца која је своје уобличење нашла кроз садржај посебног закона који регулише све аспекте правног статуса предузетника као носиоца предузетничких дјелатности.

---

41 ЗЗПД ступио је на снагу осмог дана од дана објављивања, а објављен је 25. новембра 2011. године.

42 Закон о стечајном поступку Републике Српске (*Службени гласник Републике Српске*, бр. 67/02, 77/02, 4/03 и 96/03).

43 Више о стечају предузетника, Владимир Чоловић, „Стечај предузетника", *Правни живот*, бр. 11/2005, стр. 371–386.

***Marko* RAJČEVIĆ, PhD**
Professor at the Faculty of Law, University of Banja Luka

ENTREPRENEUR IN THE REPUBLIC OF SRPSKA LAW

Summary

This paper outlines the legal status of entrepreneurs in the Republic of Srpska law. We have explained the concept of the entrepreneur in terms of the applicable law, presented procedures that are required to start the entrepreneurial activities, and the manner of their performance. In addition, we reviewed elements of entrepreneur's individualization through its headquarters and corporate name, and we overviewed the status of entrepreneurial chamber, as well as the basis of termination of entrepreneurial activities.

Key words: *entrepreneur, entrepreneurial activities, law.*

др *Витомир* ПОПОВИЋ
редовни професор и декан Правног факултета у Бања Луци

ЗАДРУГАРСТВО И ЊЕГОВ ЗНАЧАЈ ЗА РАЗВОЈ ПРИВРЕДЕ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

Резиме

Задруге представљају разни облици удружења произвођача основаних с циљем задовољавања и заштите привредних и других професионалних интереса. Овакав облик удружења се јавио у 19. вијеку, у Великој Британији 1843. године у Рочделу. На просторима бивше Југославије прва задружна заједница је основана у Словенији, тј. у Љубљани 1856. године и то у форми тзв. кредитне задруге занатлија. Задругарство је било развијено и имало великог значаја у бившој СФРЈ.

У Босни и Херцеговини и Републици Српској је ова област уређена нормативно, али се задругарство није развило у очекиваној мјери, иако би оно могло имати великог значаја за развој привреде у ширем смислу ријечи, затим повећање степена запослености. Нарочито би оно могло доћи до изражаја у области пољопривредне производње, сточарства, воћарства, виноградарства, рибарства, па је сасвим оправданим очекивати да ће задругарство у наредном периоду достићи много већи степен развијености и из дана у дан добијати на већем значају.

Кључне речи: *задруга, Република Српска, привреда.*

I Појам и историјски развој задругарства

У појмовном смислу задруге представљају удружења произвођача или потрошача основана са циљем да заштите своје привредне или друге

професионалне интересе. Први облици оваквих удружења су се почели јављати у 19. вијеку у Великој Британији, а затим и у другим земљама. Овај облик удруживања ће бити од великог значаја за развој привреде и на просторима бивше Југославије, а касније и у новоствореним држава насталим распадом ове бивше југословенске заједнице.

Прва таква задружна заједница је основана 1843. године у Рочделу, познатија као „Рочделски пионири". Она је почела са радом 1844. године, пошто су задругари обезбиједили извјесна средства за рад (просторије и извјесне залихе). Имала је 28 оснивача, а продавница коју су отворили 21.12.1844. године је имала свега пет артикала (младо масло, шећер, брашно, овсену кашу и свијеће). Продавницу су отварали навече, одређујући редом по једног од својих чланова да врши послове продавца.[1] Основни мотив оснивача се састојао у томе да се заједничким радом створе одређена средства и побољшају њихово породично стање. Предвиђало се сакупљање једне довољне своте капитала у удјелима који гласе на по једну фунту, да би се остварили следећи планови:

- оснивање једне продавнице за продају намирница, одијела, кућних потреба и др.;
- зидање, куповање или подизање неколико кућа у којима би могли становати они чланови који би жељели да један другоме помажу у побољшању социјалног и породичног стања;
- отпочињање производње таквих артикала за које би задруга била заинтересована у циљу запослења чланова који би били без посла, или који би били у невољи због учесталих редукција своје најамнине;
- куповина или закупљивање једног или више имања на селу, која ће обрађивати чланови који би се могли наћи без посла или чији би рад могао бити слабо плаћен;
- оснивање једног самосталног насеља уједињених интереса или помоћ другим задругама при оснивању таквих насеља;
- отварање једног трезвењачког хотела у једној од задружних кућа ради унапређења трезвености, итд.[2]

Овакав тип задруге ће бити од великог значаја не само за развој задругарства у Великој Британији, него и у другим земљама, а резултираће оснивањем Међународног задружног савеза у Лондону, 1895. године.

1 Поближе о томе видјети: F. Hall, V. P. Watkins, *Кооперација, преглед историје, принципа и организације коорпоративног покрета у Великој Британији и Ирској*, Задружна библиотека, Београд, 1939, стр. 102.

2 Поближе о томе видјети: *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, Службени лист СФРЈ, Београд, 1978, стр. 805.

Задругарство ће посебно мјесто и улогу имати у развоју социјалистичких земаља у које је спадала и бивша Југославија.

II Задругарство на подручју бивше Југославије

Непосредно након оснивања прве задруге у Великој Британији у Рочдела, познатије као „Рочделски пионири", 1856. године се оснива прва задруга у Љубљани, односно Словенији. Она је припадала тзв. типу кредитне задруге занатлија и градских потрошача по узору на задруге Шулце-Делича у Њемачкој, основане 1850. године. Непосредно након оснивања ове задруге, 1883. године је услиједило и доношење Закона о задругарству, али и оснивање првог задружног савеза у Цељу.

Прва Произвођачко-занатска и кредитна задруга у Србији је основана 1870. године, а 1895. године је основан Савез земљорадничких задруга у Смедереву.

У Хрватској је прва задруга основана 1898. године на острву Брачу. 1902. године је основана прва задруга у Црној Гори – Подгорица, село Милишићи.

У Македонији прва потрошачка задруга је основана у селу Робову 1908. године.

У Босни и Херцеговини прва задруга је основана у селу Орашју, код Босанског Шамца 1904. године, а друга у Невесињу 1906. године.[3]

Задругарство у старој Југославији је, зависно од тога како се формирало и настајало, тако и егзистирало. У правилу је било разједињено по свим основама. Нема дилеме да је оно могло имати некакав допринос у развоју привреде у цјелини, али не знатан, изузев у области виноградарства, мљекарства, воћарства, пчеларства, итд. У току 1919. године је основан Главни задружни савез за земље Срба, Хрвата и Словенаца, али како неки аутори из тог временског периода оцјењују, то је био више формални савез, него ли институција у пуном капацитету. 1937. године је донесен Закон о задругама који је у ствари имао за циљ да изврши унификацију прописа у овој области.[4]

У социјалистичкој Југославији задругама је поклањан велики значај и у том контексту је доношен читав низ законских и подзаконских прописа. Основни закон о задругама од 1946. (*Службени лист ФНРЈ*, бр. 59/46), Основни закон о земљорадничким задругама од 1949.

3 Поближе о томе видјети: Љ. Божић, *Аграрна политика са основама земљорадничког задругарства*, Веселин Маслеша, 1960, стр. 230–250.

4 У то вријеме је постојало 14 задружних закона, 4 уредбе и 5 правилника; поближе о томе видјети: Љ. Божић, *нав. дело*, стр. 245–246.

(*Службени лист ФНРЈ*, бр. 49/49), Уредба о имовинским односима и реорганизацији сељачких радних задруга од 1953. („Службени лист ФНРЈ“, бр. 14/53 и 20/54), Уредба о земљорадничким задругама од 1954. (*Службени лист ФНРЈ*, бр. 5/54 и 18/58 – пречишћени текст, измјене и допуне у *Службеном листу ФНРЈ*, бр. 49/59). У области пољопривреде постојало је више облика задруга: задруге општег типа, сељачке радне задруге које су разврставане у четири типа, специјализоване задруге и друге задружне организације.[5]

У временском периоду од 1950. до 1951. године у Југославији је било око 7.000 разних задруга са 429.784 учлањена домаћинства и највећом површином од 2.329.112 хектара или преко 16% укупне пољопривредне површине. Након тога овај број је смањиван.[6]

Међутим, дугорочно посматрано било који од ових облика задруга (сељачке радне задруге, земљорадничне радне задруге, итд.) није дао очекиване резултате, нити им је била поклањана одговарајућа пажња. Све до 1956. године када ће се оне почети бавити производњом једног или мањег броја пољопривредних производа и имати много веће могућности да унаприједе производњу и организују кооперацију са земљорадницима који се баве одређеним врстама пољопривредне производње (воћарство, виноградарство, пчеларство, мљекарство и сл.).

Значајан допринос у развоју задругарства у овом периоду ће дати оснивање задружних савеза и то како на нивоу тадашње федералне државе, затим срезова, покрајина, република, итд. Након тога, а нарочито послије доношења Уредбе о земљорадничким задругама од 3.10.1956. године, услиједиће формирање и пословних задружних савеза.[7] Пословни задружни савез је морало чинити најмање пет земљорадничких задруга и они су у правилу били специјализовани за одређену врсту пољопривредне производње, а могли су бити оснивани и за подручја више срезова.

Уставом СФРЈ из 1974. године је поклоњена посебна пажња друштвено-економском положају и удруживању земљорадника.[8] Овим одредбама је нарочито било зајемчено право располагања остваренim резултатима свога рада, задовољавања своје личне и друштвене потребе и остваривања социјалне сигурности на начелима узајмности и солидарности, односно земљорадници су били изједначени и имали исти

5 Поближе видјети: *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, стр. 806.

6 *Idem*.

7 *Службени лист ФНРЈ*, бр. 15/58.

8 Поближе о томе видјети члан 61 до 63 Устава СФРЈ из 1974. године.

положај и, у основи, иста права као и радници у удруженом раду друштвеним средствима. Ово ће нарочито добити своје значајно мјесто и у Закону о удруженом раду. Наиме, према члану 8. овог Закона предвиђено је да земљорадници и други радни људи који, обављају дјелатност личним радом средствима рада у својини грађана, свој рад и средства удружују у задруге или друге облике удруживања или се непосредно или преко задруге повезују у производњи и промету са организацијом удруженог рада и са њом трајно сарађују, имају на основу свога рада положај и права, обавезе и одговорности као и радници у организацијама удруженог рада, зависно од степена удружености рада и средстава и свог доприноса остваривању и повећању дохотка. Они имају на основу свога рада у начелу исти положај као и радници у удруженом раду друштвеним средствима.[9]

III Задругарство у Босни и Херцеговини и Републици Српској

У бившој Социјалистичкој Републици Босни и Херцеговини Закон о удруживању земљорадника је донијет 30.12.1974. године, а ступио на снагу 7.01.1975. године.[10]

Овај Закон предвиђа да у циљу побољшања свог економског положаја, организованог укључивања у социјалистичке самоуправне друштвено-економске односе, унапређења пољопривредне производње, организованог наступања на тржишту, и стварања услова за обезбјеђење потпуног здравственог и пензијског осигурања, земљорадници могу удруживати свој рад и средства рада са организацијама удруженог рада, у земљорадничким задругама и другим облицима удруживања земљорадника. При томе се истиче да је удруживање слободно. Предвиђено је да се имовински односи између организација удруженог рада, односно задруга и земљорадника уређују писменим уговором. Задруге и други облици удруживања врше дјелатност за своје чланове, а у складу са својим могућностима и статутом, односно уговором и за потребе других лица. Задругу могу основати најмање тридесет земљорадника који у њој удружују свој рад и средства рада. О оснивању задруге одлучује оснивачка скупштина коју сачињавају оснивачи (чл. 16 Закона о удруживању земљорадника).[11]

9 Видјети члан 8 Закона о удруженом раду (*Службени лист СФРЈ*, бр. 53/76 од 3.12.1976).

10 *Службени лист СР БиХ*, бр. 30/74 од 30.12.1974.

11 Закон о удруживању земљорадника (*Службени лист СР БиХ*, бр. 30/74, од 30.12.1974.).

На нивоу данашње Босне и Херцеговине донесен је 2002. године Општи закон о задругама. Ступањем на снагу овог Закона престали су да важе Закон о земљорадничким задругама Републике Српске и Закон о задругама Федерације БиХ.[12]

Према члану 1 Општег закона о задругама под задругом се подразумијева облик организовања добровољно удружених чланова – задругара ради задовољавања своје заједничке економске, социјалне и културне потребе и тежње, кроз заједничко посједовање и демократско контролисано привређивање – пословање. Задруга се може основати као општа и специјализована, а могу је у смислу члана 10 наведеног Закона основати најмање пет физичких и правних лица која испуњавају личне услове сходно задружним правилима, а правилима је могуће предвидјети да само физичка лица могу бити чланови. Међусобна права и обавезе задругара регулишу се закључивањем уговора о њеном оснивању.

Уговор о оснивању задруге садржи следеће одредбе о:

1) фирми и сједишту задруге;
2) именима, занимању и адреси оснивача;
3) имену лица које ће обављати послове привременог директора задруге;
4) дјелатности задруге;
5) износу средстава потребних за оснивање задруге и начину обезбјеђења тих средстава;
6) износу и облику улога појединог оснивача или износу средстава појединог оснивача;
7) одговорности задругара за обавезе задруге;
8) начину и року уплате;
9) начину сазивања и року у коме су оснивачи обавезни да сазову оснивачку скупштину, као и начину доношења одлука;
10) другим питањима значајним за оснивање задруге.

Статус задругара престаје иступањем из задруге, искључењем из задруге, смрћу задругара, преносом његових улога на другог члана или неког трећег и престанком задруге. Задругом управљају задругари са једнаким правом гласа, тј. један задругар један глас. У органе задруге, према овом Закону, спадају: скупштина, управни одбор, надзорни одбор и директор задруге.

На подручју данашње Републике Српске задругарство има дугогодишњу традицију, више од једног вијека и датира од 1888. године када су

12 *Службени лист Републике Српске*, бр. 18/99 и *Службене новине Федерације БиХ*, бр. 28/97.

жељезнички радници у Дервенти основали прву привредну установу у задружним основама. У периоду од 1946. до 1992. године земљорадничке задруге су дјеловале путем Главног савеза земљорадничких задруга НРБиХ, који каснијим трансформацијама мијења назив у Главни задружни савез НРБиХ, односно Задружни савез Босне и Херцеговине. У периоду од 1992. до 1999. године направљена је празнина у контроли рада и организовања задруга, тако да су исте биле препуштене самосталном дјеловању. Цијело ово вријеме земљорадничко задругарство се успјело одржати и било је значајан фактор развоја пољопривреде у Републици Српској.

На иницијативу земљорадничких задруга 1999. године, Народна Скупштина Републике Српске доноси Закон о земљорадничким задругама Републике Српске и долази до формирања Земљорадничког задружног савеза Републике Српске који наставља традицију организованог задругарства у Републици Српској. Доношењем Општег закона о задругарству БиХ 2003. године, Савез се трансформише у Задружни савез Републике Српске, а доношењем Закона о пољопривредним задругама Републике Српске 2008. године утврђена је обавеза усклађивања организације, пословања и трансформације у Пољопривредни задружни савез Републике Српске као кровне институције пољопривредног задругарства Републике Српске.[13]

Закон о пољопривредним задругама је у складу са Општим законом о задругама на нивоу Босне и Херцеговине и на идентичан начин дефинише пољопривредну задругу као облик организовања удружених чланова – задругара ради задовољавања своје заједничке економске, социјалне и културне потребе и циљева, заједничким посједовањем и демократским контролисаним привређивањем.

Своје међусобне односе задругари уређују на следећим принципима:

а) добровољности и отворености према чланству,

б) демократске контроле послова од чланова,

в) учешћа чланова у расподјели користи и покрићу штете у раду,

г) пословне аутономије и информисања чланова, и

д) сарадње међу задругама и бриге за заједништво.

И остале одредбе, које се односе на оснивање задруге, дјелатност, сједиште, фирму, стицање и престанак статуса задругара, управљање задругом, органе задруге, имовину, расподјелу добити и престанак задруге, итд., су у складу са Општим законом о задругама БиХ.

Органи управљања и руковођења у Задружном савезу Републике Српске су:

13 Доступно на адреси: *http://www.zadruznisavezrs.net/8,o-savezu.html.*

– Скупштина, као највиши орган управљања Савеза и чине је овлаштени представници 61 чланице у текућем мандату;
– Управни одбор, је орган управљања Савезом и има девет чланова;
– Надзорни одбор, надзире пословање Савеза и има пет чланова; и
– Предсједник савеза,

а њихов мандат управљања и руковођења траје четири године.

Административно-техничке и друге послове од значаја за рад Савеза обављају служба општих послова и стручна служба.

Савез делегира своје представнике у органе управљања и руковођења Задружног савеза БиХ.

IV Врсте задруга

Иако Општи закон о задругама БиХ не помиње нити на било који начин говори о врстама задруга, из саме дефиниције садржане у члану 1 би се могао извести закључак да се ради о широко постављеном појму који даје могућност организовања разних врста и облика задруга ради, како Закон каже, „задовољавања својих заједничких економских, социјалних, културних потреба, итд.“ Овако широко појмовно дефинисање везано је за период настанка првих задруга у 19. вијеку, које су се стварале и организовале у разним областима. Тако нпр. зависно од дјелатности коју обављају, задруге се могу класификовати на: земљорадничке – опште и специјализоване (житарске, воћарске, виноградарске, репарске, сточарске, пчеларске, домаће радиности и сл.), стамбене, потрошачке, занатске, здравствене, омладинске, студентске и ученичке, као и друге врсте задруга за обављање производње, промета робе и вршења услуга. Оне се могу основати и као штедно-кредитне, уз примјену релевантних закона о банкама и другим финансијским организацијама.

Зависно од циља оснивања и потребних средстава за оснивање и пословање, задруге се могу оснивати и пословати са удјелима и без удјела, у складу са уговором о оснивању и задружним правилима.

Зависно од циља пословања могу бити профитне и непрофитне.

Зависно од одговорности задругара за обавезе задруге она може бити са неограниченом одговорношћу задругара и ограниченом одговорношћу задругара, затим зависно од тога да ли се у неким земљама

могу основати као трговачка друштва, могу да се дијеле на друштва лица и друштва капитала, итд.[14]

V Значај задругарства за развој привреде Републике Српске

Историјски посматрано, зависно како се задругарство у појединим земљама развијало, оно је све више добијало на значају и у ширем смислу било у функцији развоја привреде. Оснивањем задруга не само да су се испуњавали одређени циљеви и разлози тог оснивања, него су задовољаване и све друге потребе, као нпр. економске, социјалне, културне, итд. У знатној мјери је долазило до ангажовања и запошљавања нове радне снаге, а зависно од врсте дјелатности којом се задруга бави, оне су могле бити и у функцији и од велике користи за рад неких индустријских и других предузећа. Другим ријечима, задруге нису биле формиране само у циљу задовољавања некаквих личних или заједничких потреба и интереса задругара, него и друштва у ширем смислу ријечи. У различитим временским периодима оне су имале већи или мањи значај, придавана им је, зависно од тог периода, одговарајућа пажња. У новије вријеме, нарочито у периоду власничких промјена и преструктуирања својине, њихов значај је сведен на минимум, тако да и поред постојања довољне правне регулативе на нивоу Босне и Херцеговине и Републике Српске, затим Федерације Босне и Херцеговине и Брчко Дистрикта, није дошло до значајнијег помака у развоју задругарства у односу на положај задругарства на просторима бивше Југославије. Међутим, без обзира на ову чињеницу, сасвим је оправданим очекивати, да ће задругарство добити припадајуће му мјесто и имати много већи значај у развоју привреде, а тиме и Републике Српске и то нарочито у областима пољопривредне производње, воћарства, пчеларства, повртларства, љековитог биља, сточарства, итд.

VI Закључак

Задруге представљају разни облици удружења произвођача основаних с циљем задовољавања и заштите привредних и других професионалних интереса. Овакав облик удружења се јавио у 19. вијеку, у Великој Британији 1843. године у Рочделу. На просторима бивше Југославије прва задружна заједница је основана у Словенији, тј. у Љубљани 1856. године и то у форми тзв. кредитне задруге занатлија. Задругарство је било развијено и имало великог значаја у бившој СФРЈ.

14 Поближе о томе видјети: Мирко Васиљевић, *Пословно право*, Београд, 2001, стр. 329–330.

У Босни и Херцеговини и Републици Српској је ова област уређена нормативно, али се задругарство није развило у очекиваној мјери, иако би оно могло имати великог значаја за развој привреде у ширем смислу ријечи, затим повећање степена запослености. Нарочито би оно могло доћи до изражаја у области пољопривредне производње, сточарства, воћарства, виноградарства, рибарства, па је сасвим оправданим очекивати да ће задругарство у наредном периоду достићи много већи степен развијености и из дана у дан добијати на већем значају.

***Vitomir* POPOVIĆ, PhD**
Professor and Dean of the Faculty of Law in Banja Luka

COOPERATIVES AND ITS IMPORTANCE FOR DEVELOPMENT OF COMMERCE OF REPUBLIC OF SRPSKA

Summary

Cooperatives represent different forms of association of manufacturers constituted with the aim to protect and satisfy business and other professional interests. This form of association appeared in the 19th century, in Great Britain in Rochdale in 1843. The first cooperative society in the territory of ex-Yugoslavia was founded in Slovenia, i.e. Ljubljana in 1856 in the form of a so-called Artisan Credit Cooperatives. Cooperatives were developed and had a great impact in ex-Yugoslavia.

In Bosnia and Herzegovina and the Republic of Srpska this area has been normatively regulated, but cooperatives have not been developed as expected, although they could have a major impact on the development of commerce, in broader sense of the word, through increasing the employment rate. Its contribution is highly recommended in the area of agricultural production, cattle breeding, fruit and vineyard, fish farming, thus it is quite natural to expect the cooperatives to achieve higher degree of development with recognized tendency to growth in the following period.

Key words: *cooperative, Republic of Srpska, commerce.*

др *Душица* ПАЛАЧКОВИЋ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

(„ЗАКОНСКО“) ЗАСТУПАЊЕ ПРИВРЕДНИХ ДРУШТАВА

Резиме

Заступање привредних друштава регулисано је низом одредаба новог Закона о привредним друштвима Републике Србије. Анализа ових решења, међутим, указује на извесне проблеме који могу настати у њиховој примени. Већ је и терминолошка одредница ЗПД – „законски (статутарни) заступник“, проблематична. Наиме, привредна друштва су, као правна лица, правно и пословно (са аспекта материјалног права), односно страначки и процесно пословно способна (са аспекта процесног права), те немају „нужне“ законске заступнике већ тзв. органе заступнике, чија улога није да својом вољом надоместе правно инсуфицијентну вољу ових субјеката. Имају, дакле, „заступнике правних лица“ као специфичну врсту заступника. Овај термин користи и део процене регулативе. Недостатак је, свакако, и изостанак изричитог признања правне и пословне способности ових субјеката.

У раду су поменута и извесна конкретна решења закона, какво је постојање „конклудентног заступања“, посебности заступања предузетника, пуномоћника по запослењу и прокуристе, уз указивање на извесне недоследности и недостатке регулативе. Уз то, констатује се и специфична „пренормираност“ управо у материји заступања и могући проблеми које изузетно велики број лица која могу бити у улози заступника привредних друштава може створити у пракси услед недовољно јасних овлашћења које свако од њих има.

Кључне речи: *привредно друштво, заступање, нужни заступник, орган заступник, „конклудентно“ заступање, пуномоћник по запослењу.*

Нови Закон о привредним друштвима Републике Србије[1] регулише заступање привредних друштава низом одредаба и уз одређени број новина.[2] Ипак, од неадекватности терминолошких одредница па надаље, постоје извесна решења која треба анализирати са аспекта теоријске заснованости, а, онда, и прихватљивости.

I Привредно друштво и заступник привредног друштва

Према ЗПД, привредно друштво дефинисано је као правно лице које обавља делатност у циљу стицања добити (чл. 2). Својство правног лица друштво стиче регистрацијом у складу са законом којим се уређује ова материја (чл. 3). Реч је о Закону о поступку регистрације у агенцији за привредне регистре.[3] Раније важећим Законом о регистрацији привредних субјеката изричито су наведена привредна друштава,[4] али

1 Закон о привредним друштвима, (*Сл. гласник РС*, бр. 36/2011 и 99/2011; у даљем тексту ЗПД) ступио је на снагу 1. фебруара 2012, осим чланова 344/9 и 586/1. т. 8, који ће се примењивати од 1. јануара 2014. Приметимо да Закон у наслову има искључиво „привредна друштва", што би требало да значи да су једино она предмет регулисања. Ипак, већ Део други ЗПД односи се на предузетника који, свакако, нити је правно лице (као физичко, потпуно пословно способно лице дефинише га ЗПД, одредбом чл. 83/1), нити је привредно друштво. При томе је ступањем на снагу ЗПД престао да важи Закон о приватним предузетницима, осим одредаба које се односе на ортачке радње, које ће престати да важе 1.1.2013. Приметимо, ипак, један пример нормативних нонсенса нашег правног система. Наиме, прелазним и завршним одредбама ЗПД, чл. 598, предвиђено је се од дана почетка примене овог Закона не примењује „одредба члана 214. т. 5 Закона о парничном поступку (*Сл. гласник РС*, бр. 125/04 и 111/09)... у погледу поступака ликвидације који буду покренути у складу са одредбама овог закона". Поменута одредба ЗПП односи се на прекид поступка по сили закона када наступе правне последице отварања поступка стечаја или ликвидације. Мада је и нови Закон о парничном поступку ступио на снагу истовремено када и ЗПД, односно 1. фебруара 2012, и даље, у моменту окончања овог рада, није учињена неопходна исправка у тексту ЗПД. Онеспокојавајуће!!!

2 Ипак, предмет овог рада нису бројна питања заступања, посебно низ питања о пуномоћницима и пуномоћју, прокури, али и процесним заступницима и њиховим овлашћењима. Одабир проблема који су предмет пажње условљен је важношћу, посебно на теоријском плану, али и задатим обимом рада.

3 Реч је о Закону о поступку регистрације у агенцији за привредне регистре, (*Сл. гласник РС*, бр. 99/2011), који је ступио на снагу 1. фебруара 2012, и заменио Закон о поступку регистрације привредних субјеката, (*Сл. гласник РС*, бр. 55/2004, 61/2005 и 111/2009 – др. закон).

4 Привредна друштва су, према овом пропису, као и према ЗПД, ортачко друштво, командитно друштво, друштво са ограниченом одговорношћу и акционарско друштво (видети одредбе чл. 8 ЗПД и чл. 4 Закона о регистрацији привредних субјеката). Закон о поступку регистрације у агенцији за привредне регистре не садржи врсте привредних друштава.

и предузетници, задруге, задружни савези и други субјекти који се уписују у Регистар у складу са законом (чл. 4). Важећи Закон, међутим не помиње ниједан организациони облик привредних субјеката већ, говорећи о „Предмету закона" наводи да су то „подаци и документа који су, у складу са посебним законом, предмет регистрације, евиденције и објављивања у регистрима и евиденцијама које води Агенција за привредне регистре..." (чл. 1), док одредбом чл. 2/2, за „податак" одређује да је „чињеница која је прописана као предмет регистрације или евиденције или која је од значаја за правни промет".

Приметимо да ЗПД не одређује изричито да привредна друштва имају правну и пословну способност. Уз то, у правном систему Србије тек је у изради Грађански законик па се у материји правне и пословне способности правних лица примењују Закон о облигационим односима и ЗПД. ЗОО,[5] одредбом чл. 2, тако, утврђује да стране у облигационим односима могу бити физичка и правна лица, што је посредно признање правне (а онда и страначке способности као процесног својства). Када су привредна друштва у питању, ЗПД, одредбом чл. 2 и 3 утврђује да је, прво, привредно друштво правно лице, и, друго, да стиче својство правног лица, како је речено, регистрацијом у складу са законом. Грађански законик ће, према доступној садржини његове Радне верзије[6] регулисати сва питања од значај за физичка и правна лица као субјекте грађанскоправних односа, па, дакле, и стицање пословне способности у оквиру Уводног дела.[7]

Насупрот томе, *Zakon o obveznim odnosima Republike Hrvatske*,[8] одредбама чл. 17 и 18 изричито регулише правну и пословну способност физичких и правних лица. Односно, правна лица („правне особе") сти-

5 Закон о облигационим односима РС, (*Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одл. УСЈ и 57/89; *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља).

6 Радна верзија Грађанског законика, односно Књига I, Рад на изради Грађанског законика Републике Србије, доступна на адреси Министарства правде РС, *http://mpravde.gov.rs/images/I%20knjiga.pdf*, претражено 9.2.2012, садржи „Оријентациони садржај Грађанског законика" (стр. 79), у коме се предвиђа да у „Општем делу" буду садржане одредбе о физичким и правним лицима као субјектима грађанско-правних односа. Но, у електронској верзији није још увек садржан овај део Грађанског законика у моменту писања овог рада, па нам конкретна решења нису позната.

7 У Књизи другој Радне верзије се, тако, помиње „специјална правна способност" правних лица, односно да правна лица само у оквиру те способности могу да закључују уговоре. Уговори закључени изван те способности су ништави, а друга страна може захтевати накнаду штете под условом да је савесна (ранији чл. 54 ЗОО), *http://www.mpravde.gov.rs/images/I%20knjiga.pdf*, стр. 81, претражено 9.2.2012. Но, чл. 54 ЗОО, говори да уговори закључени изван оквира правне способности немају правно дејство, а у поменутом ставу из радне верзије Грађанског законика помиње се да су ништави. Истовремено не помиње се пословна способност правних лица.

8 Zakon o obveznim odnosima Republike Hrvatske, (*Narodne novine*, br. 35/2005) доступно на адреси: *http://poslovni forum.hr/zakoni/zakoni-zoo-02.asp*, претражено 8.2.2012.

чу правну способност даном свог настанка који се утврђује посебним прописима (чл. 17/5), док је пословна, али и пословна процесна (нпр, парнична итд.) способност, правним лицима посредно призната одредбом чл. 18/5, којом је предвиђено да: „За правну особу вољу очитују њезина тијела у правним пословима и поступцима које подузимају у том својству.“ Такође, одредбом чл. 18/6 предвиђено је да, ако постоји сумња да ли је лице поступало у својству тела правног лица, сматраће се да јесте, ако треће лице није знало нити је с обзиром на околности имало довољно разлога да посумња да то лице поступа у том својству.

Допуну ових решења чине и одредбе *Zakona o trgovačkim društvima Republike Hrvatske*,[9] којима се изричито признаје правна, посредно одређује пословна способност и, коначно, признаје процесна пословна способност трговачким друштвима (чл. 4 и 5). За разлику од регулисања правне способности, што у скоро идентичном тексту садржи и наш ЗПД,[10] хрватски закон јасно дефинише да: „Трговачко друштво може у правном промету стјецати права и преузимати обвезе, може бити власником покретних и непокретних ствари, те може тужити и бити тужено пред државним или избраним судом“ (чл. 5). Наш ЗПД, пак, одредбом чл. 4/1, предвиђа да друштво „има претежну делатност, а може обављати и све друге делатности које нису законом забрањене независно од тога да ли су одређене оснивачким актом, односно статутом“, што се тек доста екстензивним тумачењем може разумети у смислу да може стицати права и преузимати обавезе, те да је пословно способно.

У односу на заступнике трговачких друштава *ZTD* користи термин „заступници по закону“, а не „законски заступници“, чиме се, ипак, прави разлика ове две врсте, односно приближава ставу правне теорије о тзв. заступницима органима или, управо као и Закон, „заступницима по закону, статуту и др.“

---

9 Zakon o trgovačkim društvima RH, (*Narodne novine,* 111/93 и 34/99) доступно на адреси: *http://www.poslovniforum.hr/zakoni/zakon_o_trgovackim_drustvima.asp*, претражено 9.2.2012. (даље у фуснотама: *ZTD*).

10 Сличну одредбу садржи и Закон о привредним друштвима Црне Горе, (*Сл. листи ЦГ*, бр. 06/02, 17/07 и 80/08 даље у фуснотама: ЗПД ЦГ, чл. 3), односно да акционарска друштва и друштва са ограниченом одговорношћу стичу својство правног лица даном регистрације, те да њихови делови немају то својство, доступно на адреси: *http://www.savjetzaprivatizaciju.me7me/pravniokvir/zprivdrust,* претражено 9.2.1012. Тако и Закон о привредним друштвима Републике Српске, (*Службени гласник РС*, бр. 125/04; даље у фуснотама: ЗПД Републике Српске), одредбом чл. 8 одређује да привредно друштво стиче својство правног лица тренутком уписа у судски регистар на начин прописан законом којим се уређује регистрација пословних субјекта, доступно на адреси: *http://www.aod.rs/levimeni/pravni_okvir/47.html*, претражено 9.2.2012.

ЗПД материју заступања привредних друштава регулише у оквиру првог дела („Основне одредбе“) под насловом 6: „Заступање и заступници“. При томе, разликује законског (статутарног) заступника (чл. 31), тзв. остале заступнике (чл. 32), пуномоћнике по запослењу (чл. 34) и прокуристе (чл. 35). Овоме свакако треба додати и могућност да се правним лицима, па дакле и привредним друштвима постави привремени заступник, одлуком суда и под условима из новог Закона о парничном поступку,[11] који има сва права и обавезе заступника привредног друштва, временски ограничено, а који је обавезно адвокат. [12]

Ипак, начин регулисања није јединствен. Наиме, одредбе које се односе на прокуру (прокуристу) и на пуномоћнике по запослењу лоциране су искључиво у оквиру Основних одредаба и односе се на све облике привредних друштава, док је за законско (статутарно) заступање друштава у оквиру „Основних одредаба“ само на најопштији начин утврђен, односно прихваћен овакав вид заступања, уз неколико специфичних решења, а о томе ко, конкретно, обавља функцију законског (статутарног) заступника ЗПД спецификује за сваки поједини облик привредних друштава у оквиру регулативе која се на тај облик односи.[13]

II Неприхватљивост термина „законски (статутарни) заступник“

Поменимо да се већ површним прегледом општих одредаба ЗПД о заступању и заступницима привредних друштава може закључити да се не разликују законски и статутарни заступници. Наиме, сам наслов овог дела је „Законски (статутарни) заступници“, при чему језичким тумачењем долазимо до неспорног закључка да су два употребљена термина истозначна. Са аспекта процесног заступања, које нас у овом раду примарно интересује, разлика ова два вида заступања је и у теорији, а то потврђује и регулатива парничног поступка, односно Закони из 2004. и 2011, неспорна. Тако, у теорији грађанског процесног права постоји сагласност о три специфичне врсте заступника – законски (или нужни)[14] заступник, заступник правног лица (а могао би се додати и за-

11 Закон о парничном поступку, (*Сл. гласник РС*, бр. 72/2011; даље у фуснотама: ЗПП/2011).

12 Видети чл. 81/3 ЗПП/2011.

13 Тако, нпр, за ортачка друштва видети чл. 111–114; за командитно друштво видети о комплементарима као заступницима чл. 131; за друштва са ограниченом одговорношћу видети чл. 221, 222, 223; за акционарско друштво видети чл. 388, 396/5 и 397 ЗПД.

14 Израз, као сасвим адекватан, користе Triva, Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 2004, стр. 318.

ступник предузетника, уз специфичности) и пуномоћник. [15] При томе, о заступницима се, када су правна лица у питању, говори управо као о „заступницима правних лица", а не, дакле, „законским заступницима" у смислу нужних заступника, како је то код пословно неспособних физичких лица. Разлог је више него оправдан – правна лица су, према ставу теорије грађанског процесног права, мада се до истог закључка може доћи и са аспекта теорије грађанског материјалног права, (по правилу) парнично способна, односно, претходно, пословно способна те, дакле, и не могу и не треба да имају „законског", у смислу „нужног" заступника. Или, законски, односно нужни заступници им нису потребни. Потребно је, наиме, да органи, односно тела правних лица, непосредно, на основу закона и/или интерних (општих) аката правних лица (нпр. статута, уговора о оснивању итд.), само „манифестирају према трећима правно релевантну вољу правне особе".[16] Или, „заступници правних лица", односно „органи заступници", „не надомештавају својом вољом правно инсуфицијентну вољу правног субјекта као код законског заступања (...) нити своје овлаштење на заступање темеље на овлаштењу које су добили од саме парнично способне странке, законског заступника неспособне странке или органа заступника способне странке као код пуномоћничког заступања".[17]

Поменимо да ЗПД ЦГ користи термин „заступник привредног друштва",[18] док хрватски *ZTD* користи термин „заступник трговачког друштва",[19] односно говори о „заступницима по закону", а термин „заступник привредног друштва" користи и ЗПД Републике Српске. [20]

ЗПП/2011 користи термин „заступник правног лица" (чл. 77), док ранији парнични закони, нпр. ЗПП из 1956, такође користе неадекватан термин „законски заступник правног лица" (чл. 73/3). Тиме је, најновијом процесном регулативом, заправо, усвојен став да су правна лица, а онда, дакле, и привредна друштва, парнично способна, те да им законски (нужни) заступник није потребан.[21] Део ЗПП у коме је лоцирана одредба о овом заступнику у ЗПП/2011 је део „Странке и заступници" па се

15 Тако: Triva, Dika, *нав. дело*, стр. 317–318; Dika, *Građansko parnično pravo – Stranke, njihovi zastupnici i treći u parničnom postupku*, Zagreb, 2008, стр. 177–179; Познић, Ракић-Водинелић, *Грађанско ūроцесно ūраво*, Београд, 2010, стр. 157–158.

16 Тако: Dika, *нав. дело*, стр. 182.

17 Тако: Dika, *нав. дело*, стр. 182.

18 Видети: чл. 25 ЗПД РЦГ.

19 Видети: чл. 41 *ZTD*.

20 Видети чл. 25 ЗПД Републике Српске.

21 О овоме видети више код Познић, Ракић-Водинелић, *нав. дело*, стр. 157, односно даљу аргументацију у прилог изнесеног става, а која се доноси на разлоге жалбе (ЗПП/2011, чл. 374/2. т. 9), односно ако странку која је правно лице није заступало

одредбе ове, Главе 4, односе и на заступнике правних лица. Реч је о лицу које је уписано у одговарајући регистар, а одређено је посебним прописом, општим, појединачним актом правног лица или одлуком суда (чл. 77 ЗПП/2011).

III Опште одредбе о заступању према ЗПД

Поред опште одреднице да су заступници друштва сва лица која су овим законом као таква одређена за поједине облике друштава (чл. 31/1), ЗПД уводи значајну новину, односно омогућава да, поред физичког лица, заступник друштва може бити и друго привредно друштво регистровано у Републици Србији (чл. 31/2). Послове заступања и у овом случају ће вршити непосредно физичко лице, односно директор, извршни директор, ортак, комплементар, у зависности од организационог облика привредног друштва коме се поверавају послови заступања, уз допуну из чл. 31/4, да то може бити и физичко лице које је овлашћено посебним пуномоћјем издатим у писаној форми. Уз неспорне предности оваквог заступања, међу којима су стварање услова за „професионализацију корпоративног управљања (...) и развој делатности бизнис менаџмент и консултантских комапнија које запошљавају, односно ангажују професионалне менаџере и консултанте", као и „бољи рад и побољшање ефикасности привредних друштава",[22] остаје, ипак, проблем посебно на терену процесног заступања, односно ограничења која у односу на пуномоћнике уводи нови ЗПП/2011, захтевајући да у поступку по ванредним правним лековима пуномоћник мора бити адвокат.[23] Из формулације следи да се у улози заступника не могу појавити друга правна лица. Такође, предвиђено је и ограничење да најмање један заступник привредног друштва мора бити физичко лице (чл. 31/3).

У категорији „осталих заступника" су, поред лица која су актом или одлуком надлежног органа друштва овлашћена на заступање и уписана у регистар и лице за које се може сматрати да га је друштво конклудентно овластило на заступање (чл. 32/1). У овом другом случају услов је да друштво „у континуитету" прихвата да овакво лице поступа као заступник на начин којим трећа лица доводи у уверење да има

овлашћено лице), као и на разлоге за понављање поступка (ЗПП/2011, чл. 426 т. 3), у идентичном тексту за заступника правног лица.

22 Алексић, „Нови оквир за корпоративно управљање", доступно на адреси: *http://www.bep.rs/documents/news/2012-03-06-novi-okvir-za-korporativno-upravljanje.pdf*, претражено 10.4.2012.

23 Видети: чл. 85/3 ЗПП/2011.

право на заступање". Тада ће се сматрати да га је друштво овластило на заступање, осим ако друштво не докаже да је трећи знао или могао знати за непостојање овлашћења за заступање. Ово је једна од могућности која поред тога што не фигурира у законима држава у окружењу, може створити и највише проблема. Наиме овде не може бити реч о пословодству без налога (чл. 220–228 ЗОО), с тога што нема битног услова да посао не трпи одлагање, те предстоји штета или пропуштање очигледне користи. Управо формулација „у континуитету" овоме противречи, а и она је по себи нејасна и може се тумачити на различите начине – у дужем времену, нпр, али у ком то „дужем" и др. Чини се да оваква допуна регулативе заступања није била неопходна с обзиром да је реч о лицу потпуно правно недефинисаног статуса. У односу на процесно заступање ово „личи" на *negotiorum gestor*-а, односно лице које нема пуномоћје, али предлаже суду да му допусти заступање што суд може учинити али, опет, уз услов да очекује да ће заступање бити оснажено накнадним одобрењем или подношењем пуномоћја.

ЗПД предвиђа и општа ограничења заступника (чл. 33), односно дужност поступања у складу са ограничењима овлашћења која утврђују акта друштва или одлуке надлежних органа друштва, те да се ова ограничења не могу истицати према трећим лицима, осим обавезног супотписа (нпр. прокуристе, како је поменуто у раду) уз услов да су регистрована у складу са законом о регистрацији.

Неспорно је, при томе, да заступници у процесном смислу трпе две врсте ограничења својих овлашћења – једна из ЗПП/2011, и, друга, из ЗПД. Наиме, одредбом чл. 78/1,[24] ЗПП/2011 предвиђа посебно овлашћење за најважније радње диспонирања тужбом, односно тужбеним захтевом, као и правним леком, уколико то посебни прописи захтевају.

IV Заступање предузетника

Интересантно је и решење ЗПД које се односи на заступање предузетника. Наиме, предузетник је увек пословно способно физичко лице (чл. 83), које, дакле, по претпоставци може предузимати све материјално-правне и процесно-правне радње пуноважно, осим ограничења у односу на ванредне правне лекове из ЗПП/2011, али може, „писаним овлашћењем", поверити пословођење пословно способном физичком лицу – пословођи, који, пак, има „својство" законског заступника (чл. 89/2,5). Приметимо да се у овој одредби заправо помињу два

24 Према: чл. 78/2 ЗПП/2011, ова ограничења односе се и на заступнике правних лица.

сасвим различита основа за заснивање овлашћења пословође – „писано овлашћење", које пре упућује на правни основ заснивања пуномоћја, али се, као последица, стиче „својство законског заступника". То свакако значи да се на пословођу примењују ограничења као и на заступнике привредног друштва (општа из чл. 33, евентуално посебна процесна ако захтевају посебни прописи). Уз то ЗПД, одредбом чл. 89/2, предвиђа да пословођење може бити поред општег и ограничено на једно или више издвојених места обављања делатности. Ово не конвенира процесној регулативи о могућим ограничењима заступника која се увек тичу процесних радњи. То може отворити проблем каква су заправо његова ограничења уколико је процесни заступник. А као лице које има својство заступника предузетника свакако га може заступати и у процесном смислу.

Пословођа мора бити у радном односу код предузетника, а изузетно ако је предузетник из оправданих разлога привремено одсутан, а нема запосленог пословођу, може опште пословођење поверити и члану свог домаћинства, привремено, односно за време одсуства, без обавезе да га запосли (чл. 89/3,4).

Такође, уколико су за обављање предузетничке делатности прописане посебне личне квалификације и пословођа их мора имати (чл. 89/5), али се не даје одговор на питање да ли их и претходно поменути члан домаћинства мора имати, с обзиром да му се поверава опште пословођење. Да ли, овакав, привремени пословођа, мора, ипак, бити регистрован нарочито у случају дужег одсуства предузетника? Да ли дуже одсуство подразумева издавање овлашћења новом пословођи?

V Пуномоћници по запослењу

ЗПД нема посебне одредбе о пуномоћницима привредних друштава, изузев о пуномоћницима по запослењу, као ни о издавању пуномоћја, осим специфичних, каква је нпр. забрана из чл. 222, у односу на директора друштва са ограниченом одговорношћу, односно да не може издати пуномоћје нити заступати друштво у спору у коме је супротна страна он или са њим повезано лице, када пуномоћје издаје скупштина. То упућује на тумачење у корист одредаба ЗОО о уговору о налогу који заступник може закључити, односно, када је процесно пуномоћје у питању, у корист одредаба ЗПП/2011 о пуномоћницима и пуномоћју. Ипак, напоменимо да, нпр, *ZTD* изричито предвиђа да трговачко друштво, а то значи заступник трговачког друштва, може дати пуномоћ другом лицу, те да то може чинити у границама овлашћења која су уписана у трговачки регистар (чл. 42/1), а таква одредба би и у ЗПД утицала на потпуност и прецизност.

Приметимо, такође, да тзв. „пуномоћници по запослењу“ односно лица која су запослена у друштву на пословима чије обављање у редовном пословању укључује и „закључење или испуњење одређених уговора или предузимање других правних радњи“, могу као пуномоћници друштва да обављају све такве радње у границама послова на којима раде и без посебног пуномоћја. Свакако да је овде реч о материјалноправним пословима, али додатак „предузимање других правних радњи“ из чл. 34/1, могао би створити проблем у односу на могућност предузимања процесних делатности (што су, свакако, правне радње), а што се, свакако, није хтело. Овде, наиме, није реч о пуномоћнику правног лица из чл. 85/2 ЗПП/2011, дакле дипломираном правнику са положеним правосудним испитом који процесно заступање може вршити за правно лице ако је у њему запослен, и којим је направљен изузетак од правила из чл. 85/1 ЗПП/2011, о томе да пуномоћник у парничном поступку увек мора бити адвокат. Реч је, наиме, о лицима која су, по правилу, у радном односу у привредном друштву на пословима продаје, пријема исплата од купаца и предаје робе, дакле закључују правне послове, односно испуњавају обавезе из закључених правних послова и примају испуњење уговорних обавеза, а до сада у законима који регулишу материју заступања субјеката привредноправних односа нису помињани,[25] па је оваква одредба ЗПД, односно да им не треба посебно пуномоћје за овакве правне радње свакако добро. При томе ЗПД даје право на заступање у претходном случају како физичком лицу које је у радном односу у друштву, тако и лицу које у друштву обавља само функцију.

Ипак, чини се да недостаје важно ограничење, какво садржи Закон о парничном поступку Републике Хрватске,[26] односно да лице које је у радном односу мора бити, уз то, потпуно пословно способно.

25 Видети код Цвјетићанин, *Коментар новог Закона о привредним друштвима*, доступно на адреси: *http://www.konsalting.rs*, 1.4.2012.

26 Видети чл. 89a Zakona o parničnom postupku Republike Hrvatske, доступно на адреси: *http://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/%5B20%zpp-procisceni2003rev.pdf*, 10.4.2012.

***Dušica* PALAČKOVIĆ, PhD**
Professor at the Faculty of Law University of Kragujevac

("LEGAL") REPRESENTATION OF BUSINESS ASSOCIATIONS

Summary

The representation of business associations in Serbia is regulated by a number of provisions from the new Republic of Serbia Law on business associations. Yet, the analysis of these legal solutions reveals certain problems that may arise in their application. Even the terminology itself – "legal (statutory) representative" is problematic. Namely, the business associations, as legal entities, have legal and business capacities (from the aspect of material law) as well as, the capacity to act as a party in a proceeding (from the aspect of procedure law), and therefore, they do not have legal representatives, but, so called, representing organs whose role is not to compensate, by their own will, the legal insufficiency of these subjects. It means that they have "the representatives of legal entities" as a specific type of representation. This term is also used in some procedure laws. Another deficiency of these provisions is the absence of the explicit recognition of legal and business capacities of these subjects.

In this work, the author also discusses some concrete solutions given in this Law, such as the existence of "concludent representation", procurists, specifics of entrepreneurs representation and legal representation by employment, where the author points to some inconsistencies and deficiencies of legal provisions. In addition, the author points to the specific „overregulation" of the matter of representation and to potential problems that may arise in practice due to a large number of persons that can assume the role of representatives of business associations without clearly defined authorizations.

Key words: *business organization, representation, necessary representative, representing organ, "concludent representation", legal representation by employment.*

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

ПРИНУДНА ЛИКВИДАЦИЈА ПРИВРЕДНОГ ДРУШТВА

Резиме

Аутор у свом раду доминантно анализира правни институт принудне ликвидације као једног од начина за престанак привредног друштва. У свом истраживању полази од решења српског Закона о привредним друштвима из 2011. године, уз компарацију са правним решењима у појединим земљама на територији бивше СФР Југославије.

У раду се анализирају извори права, појам и претпоставке за принудну ликвидацију, поступак у коме се спроводи, последице отварања поступка принудне ликвидације и брисања друштва из регистра, укључујући и одговорност чланова друштва након завршетка поступка ликвидације.

Кључне речи: *принудна ликвидација, добровољна ликвидација, ликвидација.*

I Увод

Привредно друштво се не гаси испуњењем неког од разлога за његов престанак. Нужно је да се спроведе одговарајући поступак како би се разрешили сви правни односи, с једне стране између друштва и поверилаца, а с друге стране између самих чланова друштва. Тај поступак назива се ликвидација.

Ликвидација је један од начина за престанак привредног друштва, када се након њеног спровођења и брисањем друштва из регистра гаси његов субјективитет, а његов имовина остаје очувана. У процесноправном смислу, ликвидација подразумева спровођење поступка у коме се имовина друштва прикупља и уновчава како би се исплатила сва његова дуговања, а након тога преостала средства друштва расподелила на начин предвиђен правилима друштва, с тим да се после спроведеног поступка друштво брише из регистра.

До ликвидације привредног друштва долази из разлога који нису финансијске природе, за разлику од стечаја до кога долази због инсолвентности. Ликвидација се може спровести само када друштво има довољно средстава за намирење свих својих обавеза, а спроводи се у законом и оснивачким актом утврђеним случајевима.

У упоредном праву постоје три приступа у покретању и спровођењу поступка ликвидације: први, ликвидацију покреће и спроводе сами власници друштва (власничка или добровољна ликвидација); други, ликвидацију друштва спроводи суд (судска или принудна ликвидација); трећи, обустављање добровољне или принудне ликвидације и покретање поступка стечаја од стране дужника, његових поверилаца или суда.[1] Осим критеријума ко доноси одлуку за покретање поступка ликвидације и субјекта који спроводи поступак ликвидације, постоје и други критеријуми за разврставање ликвидације на добровољну (власничку) и принудну (судску), као што су: разлози који престављају основ за покретање поступка ликвидације и који је субјект овлашћен да именује ликвидатора.

Покретање и спровођење поступка ликвидације има за циљ: да се утврди стање имовине друштва у ликвидацији; да се разреше његови имовинскоправни односи; да се његова имовина прикупи, а затим да се уновчи; да се наплате сва потраживања; да се измире сва дуговања; да се после измирења обавеза према повериоцима и ликвидатору, као и после накнаде ликвидационих трошкова, преостали ликвидациони вишак расподели члановима друштва.

У овом раду бавићемо се доминантно питањем принудне ликвидације.

II Извори права

Полазећи од чињенице да је основна претпоставка за спровођење ликвидације друштва да оно има довољно средстава за намирење

1 Енглески *Companies act* из 1929. године познавао је три врсте ликвидације: судску, добровољну и ликвидацију под судским надзором. М Зебић, *Престанак и ликвидација акцијских друштава*, Београд, 1935, стр. 138.

свих својих обавеза, може се констатовати да се она у пословној пракси најчешће спроводити као добровољна ликвидација. Ову врсту ликвидације, иначе, законодавац традиционално и у савременим условима искључиво или доминантно регулише. Такође, њу законодавац регулише са минимумом императивних одредаба којима се најчешће уређују следећа питања: покретање поступка, органи ликвидационог поступка, спровођење поступка, заштита интереса поверилаца, последице отварања и окончања поступка ликвидације и др.

У савременим условима пословна пракса указује на потребу јачања регулативе у овој материји, која све више иде у правцу јачања контроле од стране надлежних државних органа, посебно кад је реч о акционарском друштву.

Пошто се ликвидација спроводи над солвентним привредним друштвом, правило је да се она уређује законима о привредниним (трговачким) друштвима, а не законима о стечају. Међутим, пошто питање солвентности није увек извесно има оправдања да се ликвидација солвентног друштва регулише стечајним законодавством.[2] У контексту Закона о ликвидационом поступку Републике Српске (2002),[3] у правној теорији је изражено мишљење да уређење ове материје посебним законом представља новину у односу на претходно законско решење. Међутим, износи се став да је ликвидацију требало регулисати заједно са стечајем, из разлога што је такво законско решење практичније за примену прописа, тим пре што је посебан закон о ликвидационом поступку кратак (има 17 чланова) и што се одредбе закона о стечајом поступку сходно примењују и на ликвидациони поступак.[4] На пример, ово последње наведено решење садржи и право Словеније.

Полазећи од резултата упоредног истраживања земаља у окружењу, може се констатовати да су различити приступи националних законодавстава у регулисању правног института ликвидације. На пример, у Републици Српској је донет посебан Закон о ликвидационом поступку (2002). Како се овим законом регулишу материјалноправна и процесноправна питања, његов тачнији назив би гласио: закон о ликивидацији. Тај поступак се спроводи према правним лицима, искључиво од стране суда који је надлежан за спровођење стечајног поступка. Овим законом се на јединствен начин регулише поступак и добровољне и судске ликвидације.

2 М. Васиљевић, *Привредна друштва – домаће и упоредно право*, Београд, 1999, стр. 557–558.

3 Закон о ликвидационом поступку, (*Сл. гласник Републике Српске*, бр. 64/2002).

4 М. Рајчевић, „Стечај и ликвидација по прописима Републике Српске“, *Правни живот*, бр. 11/2003, стр. 54.

У Србији је Законом о привредним друштвима (2004)[5] регулисана само добровољна ликвидација, а испуштено је регулисање принудне ликвидације. Овај пропуст је уочен, па је новим Законом о привредним друштвима (2011) уређен и правни институт принудне ликвидације. Основни извор права за ликвидацију привредног друштва је Закон о привредним друштвима (2011),[6] којим се уређује ликвидација (добровољна ликвидцција) на јединствен начин за сва друштва (друштва лица и друштва капитала), на једном месту, у посебном делу и у посебном поглављу. Са неколико посебних одредаба, у посебном одељку, регулисана је и принудна ликвидација.[7] Међутим, треба констатовати да су код друштва лица (ортачко и командитно друштво) садржане посебне одредбе о ликвидацији, првенствено о принудној ликвидацији. На поједина питања ликвидације привредних друштава примењују се и други извори права: Закон о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре,[8] Закон о Агенцији за привредне регистре[9] и др.

У Словенији је институт ликвидације регулисан Законом о принудном поравнању, стечају и ликвидацији (1993),[10] у посебном делу, у оквиру кога се доминантно регулише материја стечаја и принудног поравнања. Ликвидациони поступак се спроводи пред надлежним судом, од стране надлежних органа (ликвидационог већа и ликвидационог управника) у случају добровољне и судске ликвидације.

Македонски законодавац је ликвидацију регулисао у Закону о трговачким друштвима (2004), у оквиру посебног поглавља, доминантно као добровољну (власничку), а само у назнакама као судску.[11]

У Црној Гори је у Закону о привредним друштвима (2002) регулисан институт добровољне ликвидације акционарског друштва, а на основу Закона о изменама и допунама Закона о привредним друштвима (2007) и скраћени поступак ликвидације.[12]

5 Закон о привредним друштвима (*Сл. їласник РС*, бр. 125/2004), чл. 347–365.

6 Закон о привредним друштвима (*Сл. їласник РС*, бр. 36/2011, даље у фуснотама: ЗОПД), чл. 524–548.

7 ЗОПД, чл. 546–548.

8 Закон о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре (*Сл. їласник РС*, бр. 99/2011).

9 Закон о Агенцији за привредне регистре (*Сл. їласник РС*, бр. 55/2004, 111/2009 и 99/2011).

10 Zakon o prisilni poravnavi, stečaju in likvidaciji (*Uradni list Republike Slovenije*, št. 67/1993, 39/1997 и 52/1999), чл. 176–183.

11 Закон за трговските друштва – пречишћени текст (*Сл. весник на Рейублика Македонија*, бр. 28/2004, 84/2005, 25/2007, 87/2008, 42/2010 и 48/2010), чл. 538–552.

12 Закон о привредним друштвима (*Сл. лисш ЦГ*, бр. 6/2002, 17/2007 и 80/2008), чл. 24–26.

III Појам и правне претпоставке за принудну ликвидацију

Начелно, принудна ликвидација (као и добровољна ликвидација) је посебан вид ликвидације за коју важе, осим посебних правила одређених законом, и правила која се примењују на редовну ликвидацију. Она се може вршити када су испуњени следећи услови: општи услови за ликвидацију и неки од законских разлога за принудну ликвидацију. Она се спроводи у законом предвиђеном поступку, који се спроводи од стране овлашћеног суда и/или других овлашћених субјеката.

Једна од значајнијих новина у нашем праву је регулисање принудне ликвидације. Законодавац је овај правни институт уредио кроз три питања, и то: разлози за покретање поступка, покретање поступка и последице брисања друштва из регистра у случају принудне ликвидације. Међутим, законодавац није појмовно одредио односно дефинисао принудну ликвидацију.[13] То нису учинили ни законодавци других истраживаних земаља у овом раду.

У нашем праву претпоставке за покретање поступка принудне ликвидације су: 1) да друштво има довољно средстава за покриће свих својих обавеза, 2) да је испуњен неки од законом утврђених разлога и 3) да је поступак покренут по службеној дужности од стране овлашћеног субјекта.

Над друштвом у поступку принудне ликвидације може се отворити стечај, у случају постојања стечајног разлога. Међутим, у домаћем праву уколико регистар у року од годину дана од дана објаве огласа не прими решење надлежног суда о отварању стечаја над друштвом у принудној ликвидацији, регистратор је дужан да по службеној дужности брише друштво из регистра.[14]

IV Поступак принудне ликвидације

Поступак принудне (судске) ликвидације претпоставља одређени временски период у коме се спроводи (рокови), одређене фазе кроз које пролази (радње) и субјекте који у њему учествују (органи, странке и други учесници). Овај поступак обухвата, између осталог: покретање поступка од законом овлашћених лица; испуњеност неког од законских разлога за принудну ликвидацију; надлежни орган који поступак спроводи; именовање ликвидатора; пријава регистру и њено објављивање; уношење у пословно име (фирму) назнаке „у ликвидацији“, тј. „у

13 ЗОПД, чл. 546–548

14 Види: ЗОПД, чл. 547 став 4 и Zakon o prisilni poravnavi, stečaju in likvidaciji, чл. 180 ст. 1.

принудној ликвидацији"; пријаву потраживања поверилаца и утврђивање тих потраживања; састављање биланса на почетку и на крају поступка; расподела имовине друштва које се ликвидира; намирење поверилаца; брисање друштва из регистра; чување пословних књига и др.

Какве је правне природе поступак принудне ликвидације? У појединим земљама он је судски ванпарнични поступак који спроводи стварно и месно надлежан суд под условима и на начин одређеним законом. У другим земљама он је посебна врста управног поступка који спроводе надлежни државни органи и друштво у поступку ликвидације.

1. Разлози за покретање поступка

У праву није могуће да се привредно друштво „напусти" од стране државе када је испуњен неки од разлога за његов престанак, тј. да његова имовина, дугови и други правни односи остану неразрешени. Због тога је нужно да се законом регулишу разлози који представљају основ за покретање ликвидације (добровољне и принудне). Постојањем неког од ових разлога друштво и даље постоји, али му је пословање ограничено и над њим се мора покренути и спровести поступак ликвидације.

Принудна ликвидација покреће се из законом предвиђених разлога. У праву Србије ти разлози су следећи: 1) ако је друштву правноснажним актом изречена мера забране обављања делатности, односно одузета дозвола, лиценца или одобрење за обављање одређене делатности, а друштво не региструје промену претежне делатности или не отпочне ликвидацију у року од 30 дана од дана правноснажности тог акта; 2) ако у року од 30 дана од дана истека времена на које је друштво основано друштво не региструје продужење времена трајања друштва или у истом року не отпочне ликвидацију; 3) ако ортачко друштво остане са једним ортаком, односно командитно друштво остане без комплементара или без командитора, а друштву у року од три месеца не приступи недостајући члан или у истом року друштво не промени правну форму у правну форму чије услове испуњава или у истом року не отпочне ликвидацију; 4) ако се основни капитал друштва смањи испод законског минималног износа, а друштво у року од шест месеци не повећа основни капитал најмање до минималног износа, или у истом року друштво не промени правну форму, или у истом року друштво не донесе одлуку о ликвидацији и такву промену у истом року региструје; 5) ако друштво не достави надлежном регистру годишње финансијске извештаје до краја пословне године за претходну пословну годину, односно ако не достави почетни ликвидациони биланс у складу са Законом о рачуноводству и ревизији; 6) ако је правноснажном пресудом утврђена ништавост регистрације оснивања друштва или ништавост оснивачког

акта друштва; 7) ако је правноснажном пресудом наложен престанак друштва, а друштво у року од 30 дана од дана правноснажности пресуде не отпочне ликвидацију; 8) ако друштво остане без законског заступника, а не региструје новог у року од три месеца од дана брисања законског заступника из регистра привредних субјеката; 9) ако друштво у ликвидацији остане без ликвидационог управника, а не региструје новог у року од три месеца од дана брисања ликвидационог управника из регистра привредних субјеката; 10) ако усвојени почетни ликвидациони извештај не буде достављен регистру привредних субјеката; 11) у другим случајевима предвиђеним законом.[15]

Код највећег броја напред наведених законских разлога за покретање поступка принудне ликвидације остављена је могућност друштву да, након што је неки од њих наступио, у законом предвиђеном року отпочне са редовном ликвидацијом или најпре донесе одлуку о редовној ликвидацији и такву промену региструје у регистар, а само у мањем броју случајева је предвиђена једина могућност да регистратор по службеној дужности преведе друштво у статус „у принудној ликвидацији". Значи, и кад се испуни неки од законских разлога за покретање принудне ликвидације, још увек постоји могућност да друштво избегне принудну ликвидацију, тј. да се над њим не мора покренути поступак принудне ликвидације, под условом да друштво у законом предвиђеном року отклони разлог за принудну ликвидацију, односно донесе одлуку и спроведе поступак добровољне ликвидације. Овакав став је већ исказан у домаћој правној теорији.[16] На пример, изреченом мером забране обављања делатности друштву нису суспендовани његови органи, а тиме и право да скупштина друштва донесе одлуку о покретању добровољне ликвидације. Због тога, наступање неког од законских разлога за покретање поступка принудне ликвидације не значи и аутоматски престанак тог друштва, већ је то само услов да овлашћени субјект покрене поступак принудне ликвидације.

Друга упоређивана законодавства по правилу наводе „јединствене разлоге" за покретање поступка (добровољне и судске) ликвидације. На пример, такав је случај са правом Републике Српске, а ликвидациони поступак се спроводи у следећим случајевима: 1) ако је правном лицу изречена мера забране обављања делатности због неиспуњавања услова за обављање делатности, а у року одређеном у изреченој мери не испуни те услове, односно не промени делатност; 2) ако су престали да постоје природни и други услови за обављање делатности; 3) ако је истекао рок за који је правно лице основано; 4) ако се правноснажном одлуком суда

15 ЗОПД, чл. 546.

16 Види: Г. Дилпарић, М. Павић, „Ликвидација друштва капитал на основу предлога мањинских чланова (акционара)", *Право и привреда*, бр. 5–8/1997, стр. 203–208.

утврди ништавост уписа у регистар; 5) одлуком скупштине, односно чланова; 6) ако правно лице није организовано у складу са законом; 7) у другим случајевима утврђеним законом.[17]

Законодавац Словеније у закону којим уређује ликвидацију садржи само један разлог за принудну ликвидацију: ако је суд донео правноснажну одлуку о ништавости уписа друштва у регистар. У том случају суд је дужан да по службеној дужности покрене ликвидациони поступак. Законодавац је оставио могућност да се другим законом и унутрашњим актом друштва одреде и други разлози за покретање поступка ликвидације.

2. Покретање поступка

Поступак принудне ликвидације покреће се од законом овлашћеног субјекта. У зависности од правног система, већи број лица може да се појави у улози подносиоца предлога за покретање поступка (принудне) ликвидације, с тим да се законом одређује ко се може појавити у својству предлагача.

У бившој СР Југославији, на основу решења у Закону о предузећима (1996) и Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији (1989), предлог за покретање поступка ликвидације могао је у неким случајевима да поднесе суд или надлежни орган друштвено-политичке заједнице, док су у другим случајевима то могли да учине чланови друштва, односно само друштво (предузеће).[18]

Законодавац Словеније изричито утврђује да се законом одређује ко се може појавити у својству предлагача, тј. „закон одређује ко предлаже почетак ликвидационог поступка". Међутим, уколико законом није одређен предлагач ликвидационог поступка, у том случају тај поступак је овлашћено да покрене лице или орган, који су донели одлуку о престанку правног лица. Уколико је правно лице престало на основу донете одлуке суда, у том случају предлог је дужно да поднесе лице коме је суд одлуку доставио. Најзад, ликвидациони поступак увек покреће суд по службеној дужности, уколико је правноснажном одлуком суда утврђена ништавост уписа друштва у судски регистар.[19] У овом последњем случају суд ће доставити своју правноснажну одлуку надлежном суду ради започињања поступка (принудне) ликвидације. На пример, у праву Републике Српске предлог за покретање ликвидационог поступка могу поднети: орган овлашћен за заступање; оснивач,

17 Закон о ликвидационом поступку, чл. 3.

18 Г. Дилпарић, М. Павић, *нав. чланак*, стр. 205.

19 Zakon o prisilni poravnavi, stečaju in likvidaciji, чл. 176.

односно овлашћени члан правног лица; суд који води регистар; други субјекти одређени законом.[20]

У праву Србије је такође законом одређен субјект за покретање поступка принудне ликвидације. Реч је о регистратору који води Регистар привредних субјеката, који по службеној дужности (*ex officio*) преводи друштво у статус „у принудној ликвидацији" и истовремено је дужно да објави оглас о принудној ликвидацији.[21]

У сваком случају, предлог за покретање поступка (принудне) ликвидације мора бити састављен у писаној форми, образложен и уз њега се мора доставити неопходна документација.[22]

3. Надлежни орган

У правној теорији је постављено питање који је суд стварно надлежан за спровођење поступка (принудне) ликвидације, стечајни или регистарски суд? У Словенији ликвидациони поступак спроводи стварно надлежни суд према месту седишта правног лица, а у Републици Српској тај поступак спроводи „суд који је према Закону о стечајном поступку надлежан за спровођење стечајног поступка". У оба случаја реч је о привредном, тј. стечајном суду као стварно надлежном за спровођење судског ликвидационог поступка.

У праву Србије законодавац није регулисао питање спровођења поступка принудне ликвидације, а Регистар привредних субјеката не води надлежни суд већ надлежни управни орган, тј. Агенција за привредне регистре. Регистратору, као службеном лицу које води наведени регистар, законом је стављено у дужност да покрене поступак по службеној дужности, преведе друштво у статус „у принудној ликвидацији" и истовремено објави оглас о принудној ликвидацији, али није уредио ко спроводи поступак принудне ликвидације. Да ли је наш законодавац имао у виду да се након спровођења наведених радњи од стране регистратора поступак наставља по правилима за добровољну ликвидацију?

4. Органи за спровођење поступка

У праву Републике Српске то су ликвидациони судија и ликвидациони управник (ликвидатор), а у праву Словеније ликвидационо веће и ликвидациони управник. У Србији законодавац ово питање

20 Закон о ликвидационом поступку, чл. 4.

21 ЗОПД, чл. 547 ст. 1.

22 Закон о ликвидационом поступку, чл. 4 ст. 2.

не регулише, нити упућује на сходну примену, осим што превиђа да је регистратор који води Регистар привредних субјеката дужан да по службеној дужности преведе друштво које испуњава неки од разлога за судску ликвидацију у статус „у принудној ликвидацији“ и истовремено да објави оглас о принудној ликвидацији на интернет страници регистра у непрекидном трајању од шест месеци. Нејасно је да ли се спроводи поступак принудне ликвидације и ко би, евентуално, требало да спроведе поступак принудне ликвидације, тј. ко је дужан да именује ликвидационог управника. Изгледа да је наш законодавац ову материју уредио кроз питања отварања поступка и брисања друштва из регистра. Прво, истовремено са превођењем друштва у статус „у принудној ликвидацији“, регистратор је дужан да објави оглас о принудној ликвидацији на интернет страници Регистра привредних субјеката. Друго, оглас се објављује у непрекидном трајању од шест месеци и садржи: 1) дан објаве огласа; 2) пословно име и матични број друштва; 3) разлог принудне ликвидације; 4) обавештење повериоцима да у року од шест месеци од дана објаве огласа могу поднети предлог за покретање стечаја надлежном суду у складу са законом којим се уређује стечај.[23] Треће, законодавац је одредио да потраживања поверилаца друштва према контролном члану друштва са ограниченом одговорношћу и контролном акционару акционарског друштва застаревају у року од три године од дана брисања друштва из регистра.

5. Трошкови спровођења поступка

У нашем праву се не регулише питање трошкова спровођења принудног ликвидационог поступка, већ се полази вероватно од претпоставке да се накнађују из ликвидационе масе друштва у поступку ликвидације. Законодавци Словеније и Републике Српске налазе за потребно да ово питање регулишу. Први има у виду случај покретања ликвидационог поступка по службеној дужности, у ком случају је суд дужан да својом одлуком наложи друштву да депонује примерену новчану суму ради покривања трошкова који ће настати започињањем ликвидационог поступка. Други има у виду ликвидациони поступак уопште, а регулише ово питање тако што одређује да је ликвидациони управник дужан да из ликвидационе масе најпре измири трошкове поступка, док се накнада трошкова ликвидационог управника и награда за његов рад одређују у складу са прописима о стечају.

23 ЗОПД, чл. 547 ст. 2.

V Принудна ликвидација ортачког и командитног друштва у праву Србије

Када се у праву Србије може донети судска одлука о ликвидацији ортачког друштва? По тужби неког од ортака надлежни суд може донети одлуку о покретању поступка ликвидације ортачког друштва, под условом да утврди да за то постоји оправдан разлог. Ништав је споразум којим се искључује или ограничава право ортака на подношење тужбе. Тужба се подноси против друштва и свих преосталих ортака, када за то постоји оправдан разлог. Оправдан разлог постоји ако суд нађе: 1) да је ортак повредио своју обавезу према друштву или другим ортацима (намерно или грубом непажњом), што се одразило на пословање друштва; 2) да је испуњење обавезе према друштву фактички немогуће; 3) да није могуће да друштво другачије настави пословање, а да то пословање буде у складу са законом и уговором о оснивању.[24]

Спровођењем поступка ликвидације ортака у својству правног лица брише се из регистра, чиме престаје његово својство ортака. Такође, спровођењем индивидуалног стечаја над ортаком, физичким лицем или трговачког стечаја над ортаком правним лицем, престаје својство ортака у ортачком друштву.

У функцији заштите интереса поверилаца, у домаћем праву је допуштено повериоцу који има доспело потраживање према ортаку по основу правноснажне и извршне пресуде да у писаној форми захтева од друштва да му исплати у новцу оно што би ортак примио у случају ликвидације друштва, али само до висине свог потраживања. У случају да у року од шест месеци од дана достављања захтева повериоца према ортаку друштво не изврши исплату повериоцу ортака, поверилац ортака може захтевати покретање „поступка принудне ликвидације друштва". У том поступку ликвидације поверилац ортака има право на исплату ликвидационог остатка који би припао ортаку, али само до висине свог потраживања, а ортак задржава право на исплату ликвидационог остатка у мери у којој прелази износ потраживања тог повериоца.

Промене у чланству командитног друштва одражавају се на његов статус. Наиме, ако из командитног друштва иступе сви комплементари а нови не буду примљени у року од шест месеца од дана иступања последњег комплементара, командиторима је допуштено да у даљем року од шест месеци донесу једногласну одлуку о промени правног облика у неком облику за друштво капитала. Међутим, ако командитори не поступе у складу са законом утврђеним условима, „према командитном друштву ће се покренути поступак принудне ликвидације". У

24 ЗОПД, чл. 118.

случају да из командитног друштва иступе сви командитори, друштво је дужно да у наредном року од три месеца прими новог командитора, а ако то није случај, у наредном року од три месеца дужно је да донесе једногласну одлуку о промени свог правног облика у ортачко друштво, а за случај да је остао само један комплементар он може да одлучи да се региструје као предузетник. Ако комплементари не поступе у складу са законом утврђеним условима, и у овом случају ће се према друштву покренути „поступак принудне ликвидације".[25]

VI Последице отварања и брисања друштва из регистра код принудне ликвидације

Покретање и спровођење поступка принудне ликвидације изазива низ правних последица за друштво. Законодавац Србије регулише само последице брисања друштва из регистра код принудне ликвидације а не и последице отварања тог поступка.

Које су последице отварања поступка принудне ликвидације? Статус друштва у поступку принудне ликвидацији утврђен је кроз неколико правила: прво, друштво наставља своје постојање као и пре покренутог поступка принудне ликвидације, с тим да оно не може предузимати нове послове, осим послова који су сагласни циљевима ликвидације, као што су продаја имовине, плаћања повериоцима, наплата потраживања и друге послове који су нужни за ликвидацију; друго, током ликвидације не плаћају се дивиденде члановима или акционарима, нити се имовина друштва расподељује члановима или акционарима пре плаћања свих потраживања поверилаца; треће, пословање друштва води законски заступник као и пре покренуте ликвидације, осим ако надлежни орган друштва или суд не именују ликвидационог управника; четврто, запослени остају на својим радним местима како би допринели извршавању послова у спровођењу ликвидације; пето, у пословном имену и/или у регистру истиче се статус друштва „у принудној ликвидацији" и др.

Које су последице брисања друштва из регистра у случају принудне ликвидације? Прво, имовина брисаног друштва постаје имовина чланова друштва у сразмери са њиховим уделима у капиталу друштва, а у случају ортачког друштва које нема капитал расподељује се на једнаке делове између ортака. Друго, чланови друштва своје односе у погледу имовине уређују уговором, при чему сваки члан друштва може тражити да надлежни суд у ванпарничном поступку изврши поделу те имовине. Треће, после брисања друштва из регистра, чланови брисаног друштва лица одговарају за обавезе друштва неограничено солидарно, а чланови

25 ЗОПД, чл. 137.

друштва капитала солидарно. Само изузетно, контролни члан друштва са ограниченом одговорношћу и контролни акционар акционарског друштва одговара неограничено солидарно за обавезе друштва и након брисања друштва из регистра. Четврто, потраживања поверилаца друштва према контролном члану друштва са ограниченом одговорношћу и контролном акционару акционарског друштва застаревају у року од три године од дана брисања друштва из регистра.

VII Одговорност чланова друштва по окончању (принудне) ликвидације

Ортаци и комплементари одговарају неограничено солидарно за обавезе друштва у ликвидацији и након брисања друштва из Регистра привредних субјеката, док командитори, чланови друштва са ограниченом одговорношћу и акционари одговарају солидарно за обавезе друштва, до висине примљеног износа из ликвидационог остатка. Потраживања поверилаца застаревају у року од три године од дана брисања друштва из регистра.[26]

Пословне књиге и документа друштва које је брисано услед окончања ликвидације чувају се у складу са прописима којима се уређује архивска грађа, а име и адреса лица коме су пословне књиге и документа поверени на чување региструју се у складу са законом о регистрацији. Заинтересована лица имају право на увид у пословне књиге и документа брисаног друштва о свом трошку.

Доношењем новог Закона о привредним друштвима (2011) у Србији отишло се корак напред у прецизирању регулисања добровољне ликвидације привредног друштва, а додатно је са неколико одредаба посебно регулисана принудна ликвидација, чиме је исправљен пропуст претходног законодавца у Закону о привредним друштвима (2004). Међутим, поједина питања остала су потпуно или недовољно регулисаним (нпр. спровођење поступка, органи за спровођење поступка, трошкови спровођења поступка).

26 ЗОПД, чл. 545.

***Ljubiša* DABIĆ, PhD**
Professor at the Faculty of Economy University of Belgrade

MANDATORY LIQUIDATION OF COMPANIES

Summary

The Author in his work dominantly analyzes legal institute of mandatory liquidation as one of the directions of cessation of companies. In his research, the author as initial point uses conclusion of the Company Law of Republic of Serbia from 2011, in comparison with the legal conclusions in certain countries of former SFR of Yugoslavia.

In his work, the author analyzes sources of Law, notion and assumptions for madatory liquidation, procedure in which is conveyed, consequences of initiation of procedure of mandatory liquidation and deletion of companies from the Registry, including the responsibility of member of companies after the closing of liquidation procedure.

Key words: *mandatory liquidation, voluntary liquidation, liquidation.*

др *Дијана* МАРКОВИЋ-БАЈАЛОВИЋ
редовни професор Правног факултета Универзитета Источно Сарајево и Факултета за европске правно-политичке студије Нови Сад

НИШТАВОСТ И/ИЛИ ПОБОЈНОСТ ОДЛУКА СКУПШТИНЕ АКЦИОНАРСКОГ ДРУШТВА

Резиме

Институти ништавости и побојности одлука скупштине акционарског друштва важан су инструмент контроле рада скупштине. То посебно долази до изражаја приликом спречавања злоупотреба контролног акционара, које се састоје у усмеравању рада скупштине, а тиме и самог друштва, ка циљевима који служе задовољавању његових себичних интереса. Аутор чланка анализира уређење института у правним системима Немачке, Аустрије и Хрватске, с једне стране, и у правним системима Србије и Републике Српске, с друге стране. Основна разлика је што се у првој групи правних система прави подела на апсолутно ништаве и побојне одлуке скупштине, док се у друга два правна система законима о привредним друштвима уређује само могућност побијања скупштинских одлука. Разликовање ништавих и побојних одлука изазива последице које се огледају првенствено на процесном плану, док се по својим материјалноправним дејствима ништаве и побојне одлуке изједначавају. Иако на теоријском нивоу разликовање ништавих и побојних одлука има оправдање, по својим практичним консеквенцама та подела безмало губи своју сврху.

Кључне речи: *скупштина акционарског друштва, ништавост, побојност.*

Институти ништавости и побијања одлуке скупштине акционарског друштва привлаче пажњу теорије и праксе, јер се њима остварује контрола законитости рада акционарског друштва, али и равнотежа интереса његових конституената: контролних и мањинских акционара, управе друштва, а у појединим законодавствима и поверилаца и запослених. Новим Законом о привредним друштвима[1] регулисан је искључиво институт побијања одлуке скупштине, а на сличан начин поступио је и законодавац Републике Српске.[2] Насупрот томе, у упоредном законодавству одлука скупштине акционарског друштва може бити ништава или побојна, зависно од тежине повреда које су учињене приликом њеног доношења. Поставља се питање оправданости једног и другог приступа, а циљ овог рада је да подстакне академску расправу и понуди одређене аргументе за њу.

I Ништаве и побојне одлуке скупштине акционарског друштва у упоредном законодавству

Упоредно законодавство о акционарским друштвима уређује институте ништавости и побојности одлука скупштине акционарског друштва, по аналогији са апсолутно ништавим и релативно ништавим (рушљивим) правним пословима.[3]

Ништави су правни послови који имају тешке правне недостаке, формалноправне или материјалноправне природе. Недостаци су такви да вређају опште интересе, због чега не могу производити никакво правно дејство. Ништавост наступа по самом закону и делује *erga omnes*, а судска одлука којом се утврђује ништавост има само декларативно дејство. Право на подношење тужбе за утврђење ништавости има свако лице које за то има правни интерес. Ништавост се може истицати и у неком другом спору, поводом приговора туженог, или изван спора. О разлозима ништавости суд или други орган пази по службеној дужности. Тако ће суд одбити упис у регистар чињеница које се заснивају на ништавој скупштинској одлуци. Ништав правни посао у правилу се не може накнадно конвалидирати, чак и ако у међувремену отпадне разлог ништавости. Ако је ништав правни посао извршен, мора се вратити оно што је по том основу примљено, јер се страна која је нешто примила по основу ништавог правног посла неосновано обогатила.

1 *Сл. ɩласник Рейублике Србије*, бр. 36/2011 и 99/2011.

2 *Сл. ɩласник Рейублике Срйске*, бр. 127/2008, 58/2009 и 100/2011.

3 О институту неважећих правних послова види: И. Бабић, *Облиɩационо йраво*, Београд, Сремска Каменица 2009, стр. 119–113; С. Перовић, *Облиɩационо йраво*, Београд, 1987, стр. 450–480; О. Станковић, В. Водинелић, *Увод у ɩрађанско йраво,* Београд, 2007, стр. 171–183.

Законодавства о акционарским друштвима која уређују институт ништавости одлуке скупштине акционарског друштва разлоге апсолутне ништавости таксативно прописују. Немачки и аустријски акцијски закони прописују као опште основе ништавости: повреду правила о сазивању скупштине; неуношење одлуке у записник са скупштине или трговачки регистар; супротност одлуке са суштином друштва, јавним интересом или прописима којима се штите повериоци друштва; супротност одлуке добрим обичајима.[4] На одговарајући начин уређени су разлози ништавости у хрватском Закону о трговачким друштвима.[5]

Наведени разлози ништавости могу се груписати у неколико група. Прве две групе разлога су формалноправног, док су преостали разлози материјалноправног карактера.

Прву групу чине пропусти учињени у припреми и одржавању седница скупштине, због којих је акционарима било онемогућено да учествују у раду скупштине и гласају, као што су повреда правила о сазивању скупштине и објављивању дневног реда и противправно удаљавање акционара са седнице скупштине. Сматра се да се ради о тешким повредама права, јер је право акционара на учешће у раду скупштине његово основно лично право, које му се не може одузети, нити ускратити.[6] Одлуке донете на седници скупштине која није прописно сазвана ипак ће бити пуноважне, ако су сви акционари присуствовали седници скупштине и нико не приговори доношењу одлуке.[7] Другачије решење било би супротно циљу законских норми о припреми

4 Пар. 241 немачког Акцијског закона (у даљем тексту: НАЗ) и пар. 191 аустријског Акцијског закона (у даљем тексту: ААЗ). Пар. 250, 253 и 256 НАЗ посебно су уређени основи за ништавост избора чланова надзорног одбора, ништавост одлуке о расподели добити и ништавост одлуке о усвајању завршног рачуна. У аустријском праву, ништавост одлука скупштине постојаће и када су донете супротно законским одредбама о условном повећању и смањењу основног капитала, као и ако одлуку о усвајању финансијског извештаја није испитао ревизор.

5 Чл. 355 Закона о трговачким друштвима (у даљем тексту: ЗТДХ). Тим чланом упућује се и на друге законске одредбе чија повреда има за последицу ништавост одлуке скупштине: о усвајању финансијског извештаја на који је ревизор ставио резерву, о доношењу одлуке о условном повећању основног капитала, о учешћу у добити нових акција издатих на основу одлуке о повећању основног капитала, о обавези уписа у регистар одлука о повећању и смањењу основног капитала. Разлози ништавости могу бити прописани и другим законом. Ј. Барбић, *Право друштава, Друштва капитала*, Загреб, 2005, стр. 814–815.

6 Тако се OECD принципима корпоративног управљања право на учешће у раду скупштине и право гласа убрајају међу основна права акционара (*OECD Principles of Corporate Governance*, par. IIA).

7 Ј. Барбић, *нав. дело*, стр. 819. Чл. 356 ст. 2 ХЗТД прописано је да је одлука пуноважна ако се сви акционари који нису присуствовали седници сагласе са одлуком. Сагласност може бити дата и изван седнице.

и одржавању седница скупштине, јер су оне прописане управо ради заштите права акционара да присуствује седници скупштине и учествује у доношењу одлука. Тај циљ је остварен када сви акционари присуствују седници скупштине, упркос томе што нису прописно позвани.

Друга група разлога тиче се пропуштања обавезе евидентирања и регистровања скупштинске одлуке на прописани начин. Правила о евидентирању скупштинских одлука у записнику са седнице скупштине и обавези уписивања у трговачком регистру штите правну сигурност и интересе трећих лица, јер омогућују акционарима и трећим лицима да се упознају са тачном садржином скупштинских одлука и обезбеђују веродостојан доказ о томе шта је скупштина одлучила. Наведени интереси нису угрожени, ако је разлог ништавости накнадно отклоњен. Супротно општим правилима о ништавим правним пословима, уписивањем одлуке у регистар она постаје пуноважна („оздрављена", *heilen* на немачком).[8] Исправније би било рећи да одлука која није евидентирана у записнику са седнице и уписана у регистар није ни настала. Она је, у смислу теорије грађанског права која прихвата тројну поделу неважећих правних послова, непостојећи правни посао, јер нису испуњени сви формални елементи потребни за њен настанак.[9] Евидентирањем одлуке у записник са седнице и уписом у регистар довршава се процес њеног настајања, те одлука тек тада почиње да производи правно дејство.

Трећа група разлога тиче се повреде прописа којима се штите повериоци друштва. Ако је садржина одлуке супротна императивним прописима којима се ограничава слобода акционара у расподели добити (нпр. непоштовање обавезе издвајања обавезних резерви), смањењу основног капитала, или приликом њеног доношења није испоштована обавеза ревизије финансијског извештаја, угрожен је легитимни интерес поверилаца да капитал друштва буде очуван, како би могли наплатити своја потраживања. Институт апсолутне ништавости много ефикасније штити интерес поверилаца у поређењу са тужбом за побијање дужникових правних радњи, правним средством које им стоји на располагању на основу општих правила облигационог права. Поверилац који подноси тужбу за утврђење ништавости не мора да доказује испуњеност посебних услова који се траже за подношење паулијанске тужбе.[10] Друго, пресуда донета на основу тужбе за утврђење ништавости делује према свима, док пресуда на основу побојне тужбе делује само у односу

8 Пар. 242 ст. 2 НАЗ; пар. 200 ст. 1 ААЗ; чл. 356 ст. 2 ХЗТД.

9 С. Перовић, *нав. дело*, стр. 449. У том смислу и Арсић, „Ништавост одлуке скупштине акционарског друштва", *Право и привреда*, бр. 1–4/2007, стр. 15.

10 Ти услови су: да је потраживање повериоца доспело, да је располагањем дужника угрожена могућност његовог намирења и да су дужник и треће лице према коме је извршено располагање несавесни, уколико је располагање теретно.

између тужиоца и туженог. Остаје, ипак, отворено питање да ли је целисходно штитити интересе поверилаца посебним институтима права привредних друштава, или њихову заштиту треба препустити општим институтима грађанског права? Треба приметити да се повериоци чије потраживање има основ у уговору могу заштитити уговорним средствима обезбеђења, а повериоци накнаде вануговорне штете такође могу бити заштићени путем различитих видова осигурања.

Четврту групу разлога чине повреде императивних прописа којима се уређује суштина акционарског друштва (бит, *Wesen*), као што су нпр. непоштовање правила о расподели надлежности органа акционарског друштва (доношење одлуке која је законом стављена у надлежност неког другог органа), о заштити права мањинских акционара, о праву запослених на учешће у одлучивању, о поступку усвајања измена оснивачког акта/статута друштва, о очувању минималног капитала и др.[11] Та правила установљена су превасходно ради успостављања равнотеже интереса већинског/контролног акционара и других носилаца легитимних интереса у акционарском друштву, као што су управа друштва, мањински акционари, повериоци, запослени и други, ограничавајући аутономију воље акционара у сфери организације друштва.

Коначно, последња група разлога обухваћена је генералном клаузулом. Ништаве су све скупштинске одлуке које су супротне јавном интересу или добрим обичајима (моралу). Супротност јавном интересу постојаће ако је приликом доношења одлуке повређено неко од општих правних начела: начело једнакости, начело савесности и поштења, начело забране злоупотребе права. Теорија није у потпуности сагласна у погледу домашаја наведених принципа у области права привредних друштава. Овде се као претходно питање поставља има ли акционар обавезу лојалности према друштву, односно да ли је приликом вршења својих гласачких права дужан да поступа узимањем у обзир интереса друштва? Класична правна теорија негирала је постојање обавезе лојалности акционара према друштву, јер: 1) између акционара не постоји близак лични однос као што је то случај са члановима друштва лица и, у мањој мери, друштва са ограниченом одговорношћу; 2) акционари немају никакве активне обавезе према друштву, чијим неизвршавањем би се могла повредити обавеза лојалности;[12] 3) акционар је власник свог права гласа и, следствено томе, може га користити искључиво за своје себичне

11 J. Pichler, E. Weninger, *Aktienrecht in der Managerpraxis*, Wien, 2002, стр. 228–229; K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, Köln, 1991, стр. 719–720.

12 A. Hueck, *Gesellschaftsrecht*, München, 1956, стр. 157. Види и: З. Арсић, „Основи за рушљивост одлука скупштине акционарског друштва“, *Правни живот*, бр. 11/2006, стр. 22.

интересе, чак и када су они супротни интересима друштва.[13] Савремена правна теорија и судска пракса ближа је ставу да акционари имају обавезу вршења акционарских права у складу са интересима друштва. Тако се у једној пресуди немачког суда констатује: „Акционар се приликом својих поступака мора осећати и понашати као члан заједнице, а обавеза лојалности према њој мора усмеравати све његове радње.“[14] Истина је да акционар нема обавезу да приликом гласања ставља интересе друштва испред својих интереса, али има обавезу да своје право гласа и друга права (нпр. право на информисање, право контроле законитости одлука органа друштва) не злоупотребљава. Злоупотреба ће постојати када контролни акционар вршењем права гласа остварује за себе користи на штету друштва или других акционара или онемогућава доношење одлука које су у интересу друштва или других акционара.[15] Примери таквих одлука су: ослобађање управе одговорности у случајевима тешких повреда законских или статутарних обавеза; избор за ревизора лица код кога постоји очигледна пристрасност или сукоб интереса; ускраћивање сагласности за пренос винкулираних акција без оправданог разлога; уздржавање акционара од гласања за ликвидацију друштва пошто се претходно сагласио са управом да се отуђи имовина друштва велике вредности.[16] Злоупотреба права гласа контролног акционара може бити основ за ништавост скупштинске одлуке ако су гласови контролног акционара омогућили доношење одлуке која је штетна за друштво или за остале акционаре.[17]

У погледу могућности позивања на ништавост немачко, аустријско и хрватско право садрже врло битно ограничење, у виду рока истицања ништавости, којим се одступа од општих правила о апсолутно ништавим правним пословима. Ако је разлог ништавости одлуке пропуст у сазивању скупштине, супротност садржине одлуке суштини друштва, интересима поверилаца, јавном интересу или добрим обичајима, право позивања на ништавост застарева у року од три године од дана уписа одлуке у судски регистар.[18] Институт конвалидирања ништа-

13 P. Davies, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, London, 2008, стр. 653.

14 Entscheidungen des Reichgerichts in Zivilsachen. Наведено према: Hueck, *ibid.*

15 T. Drygala, M. Staake, S. Szalai, *Kapitalgesellschaftenrecht*, Berlin, Heidelberg, 2012, стр. 536.

16 *Ibid.*

17 Уздржавање од гласања или гласање против одлука које су корисне за друштво и/или остале акционаре не може се санкционисати на тај начин. У тим случајевима у обзир долазе захтев суду да изрекне меру забране вршења радњи којима се вређа обавеза лојалности и да донесе одлуку којом ће се заменити глас акционара који одбија да гласа. Pichler, Weninger, *нав. дело*, стр. 217.

18 Пар. 242 ст. 2 НАЗ; пар. 200 ст. 2 ААЗ; чл. 356 ст. 2 ЗТДХ.

ве скупштинске одлуке прописан је у интересу правне сигурности.[19] Ограничење рока истицања ништавости има оправдање, будући да суд приликом уписа одлуке у судски регистар по службеној дужности пази на постојање разлога ништавости. Ако је, упркос томе, скупштинска одлука уписана у регистар и након тога није искоришћена могућност за покретање тужбе за утврђење ништавости у законском року од три године, наведени разлози ништавости неће се више моћи истицати. Оправдано је претпоставити да је прописани рок од три године довољно дуг да лица која за то имају правни интерес оспоре пуноважност скупштинске одлуке.

Побојне су скупштинске одлуке које су супротне закону или основним актима друштва (оснивачком акту, односно статуту), али повреда права није толико тешка да би ништавост постојала по самом закону, већ је потребно да суд по тужби овлашћеног лица донесе одлуку којом поништава скупштинску одлуку. Такве одлуке су пендентне, оне производе правно дејство све док не буду поништене од стране суда,[20] а одлука суда у односу на побојну скупштинску одлуку има дејство раскидног услова. Усвајањем тужбе за побијање побијана одлука постаје ништава. То је разлог због којег немачки, аустријски и хрватски законодавац међу разлозима ништавости скупштинских одлука наводе и проглашење ништавости скупштинске одлуке правоснажном одлуком суда донетом по тужби за побијање.[21]

За разлику од апсолутно ништавих скупштинских одлука, у погледу којих право на подношење тужбе припада сваком заинтересованом лицу, круг лица која могу подносити побојну тужбу је ограничен. Право подношења побојне тужбе имају: 1) акционари који су учествовали у раду скупштине и у записник изјавили своје противљење доношењу одлуке (приговорили), 2) акционар који није учествовао у раду скупштине, јер му је то било онемогућено, ако се одлука побија због пропуста у сазивању скупштине, 3) сваки акционар ако је поједини (контролни) акционар вршењем права гласа покушао за себе или треће лице остварити корист на штету друштва или трећих акционара и 4) управа друштва и сваки члан управе, односно надзорног одбора ако би спровођењем одлуке учинили противправну радњу.[22] Ова лица не морају доказивати правни интерес за подношење тужбе, јер им је активна легитимација дата по самом закону. Изузетно, тужено друштво може истаћи приговор недостатка правног интереса, ако тужилац злоупотребљава своје

19 T. Drygala *et al.*, *нав. дело*, стр. 503.

20 J. Barbić, *нав. дело*, стр. 839. Д. Миленовић, „Побијање одлука скупштине акционарског друштва", *Правни живот*, бр. 11/2006, стр. 27.

21 Пар. 241 тач. 5 НАЗ; пар. 199 тач. 5 ААЗ; чл. 355 тач. 5 ХЗТД.

22 Пар. 245 НАЗ; пар. 196 ААЗ; чл. 363 ЗТДХ.

право на подношење побојне тужбе. Рок за подношење тужбе је ограничен и износи 30 дана.[23] Рок је преклузиван, јер је материјалноправног карактера.[24]

Законом је одређено и правно дејство судске одлуке којом се скупштинска одлука проглашава ништавом. Одлука делује према свим акционарима друштва и члановима управе и надзорног, односно управног одбора, чак и када нису били странке у поступку.[25] Према ставу теорије ништавост скупштинске одлуке делује и према трећим лицима (*erga omnes*) и то повратно, од момента њеног доношења (*ex tunc*),[26] те се скупштинска одлука која је судском пресудом проглашена ништавом по својим правним дејствима изједначује са одлуком ништавом по самом закону. Наведено без изузетка важи у области корпоративних правних односа. Након доношења пресуде којом се скупштинска одлука проглашава ништавом правни односи унутар самог друштва и између друштва и акционара морају се вратити у оквире који су постојали пре доношења оспорене одлуке. Стога ће акционари имати обавезу повраћаја новца примљеног на име дивиденди исплаћених по основу поништене судске одлуке. Исто тако ће бити ништаве акције које су издате на основу поништене одлуке о повећању основног капитала. С друге стране, ништавост скупштинске одлуке нема утицаја на пуноважност облигационоправних односа између друштва и трећих лица.[27] На пример, судска пресуда којом се оглашава ништавом одлука о избору директора друштва нема утицаја на пуноважност правних послова које је директор закључио у име друштва са трећим лицима.

Општи основ побијања скупштинске одлуке је повреда закона или статута.[28] Недостаци због којих се скупштинска одлука може побијати могу бити формалноправне и материјалноправне природе. Пропусти

23 Рок тече од дана када је одлука донета, односно од дана сазнања за њу. Пар. 246 ст. 1 НАЗ; пар. 197 ст. 2 ААЗ; чл. 363 ст. 1 ЗТДХ.

24 Ј. Барбић, *нав. дело*, стр. 872. Преовлађујуће мишљење у немачкој правној теорији јесте да је подношење тужбе у року услов од кога зависи основаност тужбеног захтева. У приличној мери је заступљено и супротно мишљење да је реч о процесној претпоставци. Види: T. Drygala *et al.*, *нав. дело*, стр. 508.

У домаћој правној теорији рок за подношење тужбе је материјалноправни услов. Његовим пропуштањем гаси се субјективно право. Стога о испуњености тог услова треба одлучити мериторно, а у случају да услов није испуњен тужба се одбија као неоснована. Б. Познић, *Грађанско ūроцесно ūраво*, Београд, 1976, стр. 228.

25 Пар. 248 ст. 1 НАЗ; пар. 198 ст. 1 ААЗ; чл. 364 ст. 1 ЗТДХ.

26 Ј. Барбић, *нав. дело*, стр. 885–886; Д. Миленовић, *нав. чланак*, стр. 43.

27 З. Арсић, „Право на побијање одлуке скупштине акционарског друштва“, *Право и ūривреда*, бр. 5–9/2006, стр. 54.

28 Пар. 243 ст. 1 НАЗ; пар. 195 ААЗ; чл. 360 ст. 1 ЗТДХ.

учињени у поступку доношења одлуке могу бити разлог побијања ако су били од утицаја на резултат одлучивања.[29] Потребно је да постоји узрочно-последична веза између процедуралног недостатка и донете одлуке. Према ставу немачке правне теорије довољан је потенцијални каузалитет, односно да је процесни недостатак потенцијално могао утицати на исход одлучивања.[30] Овим се терет доказивања пребацује на тужено друштво, које може да доказује да процесни недостатак у конкретном случају није утицао на исход одлучивања (иако је потенцијално постојала таква могућност). Наведени критеријум од користи је ако је разлог побијања пуноважност гласова акционара, када тужено друштво може доказивати да би одлука била донета потребном већином и без оспорених гласова. У погледу других процесних недостатака, као што су пропусти у сазивању скупштине или информисању акционара, немачка судска пракса стоји на становишту да је потребно утврдити релевантност повређеног процедуралног правила за исход одлучивања. При том се мора имати у виду циљ повређеног правила и његов значај са становишта разумног акционара да оствари своје право на учествовање у формирању воље акционарског друштва.[31] Критеријум релевантности уграђен је у аустријско и хрватско законодавство приликом последњих измена закона.[32]

Материјалноправни недостаци су они који нису обухваћени законским разлозима за ништавост скупштинске одлуке. У литератури се као типичне повреде закона и статута наводе повреда начела једнаког третмана акционара и повреда обавезе лојалности,[33] што су исте оне врсте повреда које могу бити разлог асполутне ништавости, па се поставља питање разграничења побојних одлука од одлука које су ништаве по самом закону. Ово питање није само теоријског значаја, јер подвођење одређеног материјалног недостатка под разлоге за ништавост или побојност скупштинске одлуке има различите последице, превасходно процесног карактера. Примера ради, ако се повреда начела лојалности (злоупотреба права већине) подведе под разлог апсолутне ништавости, рок за подношење тужбе износи три године. Ако се подведе под обичну повреду закона, која је основ за побијање скупштинске одлуке, рок за подношење тужбе је знатно краћи и износи 30 дана од

29 K. Schmidt, *нав. дело*, стр. 722.

30 T. Drygala *et al.*, *нав. дело*, стр. 503.

31 *Ibidem*. Такође и З. Арсић, „Основи за рушљивост...“, стр. 18; Pichler, Weninger, *нав. дело*, стр. 224.

32 Пар. 195 ст. 4 ААЗ; чл. 360 ст. 4 ЗТДХ.

33 З. Арсић, *ibidem*, стр. 22–24; J. Barbić, *нав. дело*, стр. 846–847; T. Drygala *et al.*, *нав. дело*, стр. 504; Д. Миленовић, *нав. чланак*, стр. 30; Pichler, Weninger, *нав. дело*, стр. 223; K. Schmidt, *нав. дело*, стр. 722.

дана доношења одлуке или сазнања за постојање разлога за ништавост. Круг лица овлашћених за подношење тужбе за утврђење ништавости шири је од круга лица овлашених за подношење побојне тужбе. Тужбу за утврђење ништавости може поднети свако лице које докаже свој правни интерес, као и јавни тужилац, док побојну тужбу могу поднети само лица која су на то изричито овлашћена законом. Побојна одлука не може се тужбом побијати ако скупштина друштва у међувремену донесе нову одлуку којом потврђује претходну, а против нове одлуке није поднета тужба за побијање у законском року или је захтев за побијање правоснажно одбијен.[34] Наведено правило се не примењује ако је реч о апсолутно ништавим одлукама, јер се новом одлуком скупштине не може накнадно оснажити претходна ништава одлука. Пресуда донета поводом побојне тужбе је конститутивна, док је пресуда на основу тужбе за утврђење ништавости декларативног карактера, иако ово разликовање није од никаквог практичног значаја, јер се пресуда на основу побојне тужбе по својим дејствима изједначује са пресудом донетом на основу тужбе за утврђење ништавости.[35] Регистарски суд по службеној дужности води рачуна о постојању разлога апсолутне ништавости и дужан је да одбије упис у регистар ништаве одлуке. Побојне одлуке суд ће уписати у регистар и поред тога што је покренут спор за побијање, осим ако заинтересовано лице не издејствује привремену меру забране уписа у судски регистар.[36]

Наведене разлике разлог су детаљног уређивања посебних основа побијања, односно ништавости у упоредном законодавству. Тако је немачким, аустријским и хрватским законом изричито предвиђено да скупштинска одлука која је донета злоупотребом права контролног акционара на штету друштва и осталих акционара спада у ред побојних одлука. Гласање акционара у скупштини којим је за себе или другога покушао постићи корист на штету друштва или других акционара, а побијаном одлуком се то постиже представља посебан основ побијања.[37]

34 Пар. 244 НАЗ; чл. 361 ЗТДХ.

35 Између поступка по тужби за побијање (оглашавање ништавом) скупштинске одлуке и за утврђивање ништавости нема суштинске разлике. Суд не треба да одбаци тужбу због неуредности ако се тужбом захтева утврђење ништавости, уместо проглашење скупштинске одлуке ништавом. Исто тако суд неће направити грешку која може бити основ за поништај пресуде, ако у изреци пресуде одлуку огласи ништавом уместо да утврди њену ништавост. Г. Савић, „Побијање одлука скупштине привредног друштва – нека процесна питања“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2005, стр. 115.

36 Чл. 363 ст. 5 ЗТДХ. Види Д. Миленовић, *нав. чланак*, стр. 45.

37 Пар. 243, ст. 2 ААЗ; пар. 195 ст. 2 НАЗ; чл. 360 ст. 2 ЗТДХ. Наведено правило уведено је у немачко право законом из 1937. године, чиме је окончана теоријска расправа да ли злоупотреба моћи контролног акционара представља основ побијања или ништавости скупштинских одлука. K. Schmidt, *нав. дело*, стр. 722.

У хрватском праву мањински акционари могу побијати одлуку скупштине да се добит не дели акционарима.[38] Такође, сваки акционар може побијати одлуку о повећању основног капитала којом је у целини или делимично искључено право акционара да стичу акције, а износ за који се акције издају је непримерено низак.[39] Непоштовање појединих законских услова и поступка за избор чланова надзорног одбора представља основ за побијање скупштинске одлуке у аустријском праву,[40] док су у немачком и хрватском праву то основи за поништај.[41]

У недостатку других критеријума разграничења побојних и ништавих одлука, јединy мериторну одлуку о томе да ли одређени разлог чини основ за утврђење ништавости или за побијање скупштинске одлуке може донети суд. По правилу ће то бити када одлучује о томе да ли је тужба поднета у прописаном року, јер је рок за подношење побојне тужбе краћи, или када одлучује о постојању активне легитимације. Заинтересованом лицу остаје да ради сопствене правне сигурности поднесе побојну тужбу у законском року за њено подношење, под условом да је законом на то овлашћен. Остали заинтересовани за поништај имају само могућност да повреду начела једнаког третмана и обавезе лојалности истакну као евентуални разлог апсолутне ништавости скупштинске одлуке било у судском поступку, било изван њега.[42]

II Побојне одлуке у праву Србије

Законом о привредним друштвима Републике Србије из 2004. године[43] био је уређен искључиво институт побијања одлуке скупштине, прописивањем општих и посебних основа побијања и поступка побијања. Опште основе побијања чинили су формални и материјални недостаци скупштинске одлуке, аналогни основима ништавости у немачком, аустријском и хрватском праву: непоштовање правила о сазивању седнице скупштине и о начину доношења одлука уврђених законом, оснивачким актом и статутом друштва, супротност одлуке закону, оснивачком акту и статуту и други случајеви који су као основи побијања били прописани тим законом.[44] Посебне основе побијања представљали су избор органа друштва супротно закону, оснивачком акту или стату-

38 Чл. 365 ЗТДХ.

39 Чл. 366 ЗТДХ.

40 Пар. 195 ст. 1а ААЗ.

41 Пар. 250 ст. 1. НАЗ; чл. 358 ЗТДХ.

42 О могућностима за истицање ништавости види: K. Schmidt, *нав. дело*, стр. 720.

43 *Сл. ῑласник РС*, бр. 125/2004.

44 Чл. 303 Закона из 2004.

ту и доношење одлуке о усвајању финансијских извештаја, ако постоји супротност садржине финансијских извештаја прописима којима се искључиво или претежно штите повериоци друштва или је пропуштено да се обави ревизија финансијских извештаја када је по закону обавезна или да ревизију обаве за то овлашћена лица.[45] Свођење свих недостатака скупштинских одлука на основе за њихово побијање оспоравано је од стране теорије као некритичко преузимање страних решења.[46] Творци закона су у одбрану истицали аргумент да је поништај скупштинских одлука ипак могућ применом општих правила уговорног права.[47] Иако је наведени аргумент прихватљив, јасно је да се таквим решењем умањује правна сигурност, јер је сврха уређења института ништавости скупштинских одлука у праву привредних друштава да се дефинишу посебно тешке повреде закона које неминовно имају за последицу ништавост скупштинске одлуке. Судска пракса у Србији, међутим, заузела је неправилан став, по коме је Закон о привредним друштвима искључиви основ вођења судских поступака за проглашење ништавости одлука скупштине акционарског друштва. Тиме је институт апсолутне ништавости скупштинских одлука сасвим елиминисан из права привредних друштава Србије.[48]

Доношењем новог Закона о привредним друштвима Републике Србије (у даљем тексту: ЗПДС) постало је јасно да искључење института ништавости одлука скупштине акционарског друштва није краткотрајна епизода, јер је законодавац експлицитан у ставу да се одлука скупштине акционарског друштва може искључиво побијати тужбом. Основи побијања су слични оним који постоје у упоредном законодавству: повреде закона и статута приликом сазивања седнице или у начину доношења одлуке, онемогућавање акционару да учествује у раду седнице на којој је одлука донета, супротност садржине одлуке закону или статуту и злоупотреба права гласа која се огледа у доношењу или извршавању одлуке у намери да се себи или трећем лицу прибави корист на штету друштва или трећих акционара.[49] Овлашћење за подношење тужбе дато је свим акционарима и директорима или члановима надзорног одбора, ако би извршењем одлуке учинили кажњиво дело или би одговарали за штету. У односу на Закон из 2004. боље је уређено питање активне легитимације, јер право подношења побојне тужбе сада има сваки акционар, осим када је: 1) гласао за предложену одлуку, ако се

45 Чл. 304 Закона из 2004.

46 З. Арсић, „Основи за рушљивост...“, стр. 15.

47 М. Васиљевић, *Комūанијско ūраво*, Београд, 2009, стр. 386. Такође и З. Арсић, „Ништавост одлука скупштине“, стр. 11.

48 Решење Привредног апелационог суда, Пж. 107/2010 од 29.4.2010, *Судска ūракса ūривредних судова*, Билтен бр. 1/2011.

49 Чл. 376 ст. 1 ЗПДС.

та чињеница може доказати, 2) ако је присуствовао седници скупштине, а одлука се побија због тога што је био онемогућен да присуствује седници или 3) ако је престао да буде акционар након дана акционара. Законом је одређен субјективни и објективни рок за подношење тужбе. Субјективни рок износи 30 дана и тече од дана сазнања за одлуку, односно од дана када је одлука уписана у регистар. Наведени рок у складу је са решењима у упоредном законодавству. Оригиналност ЗПДС огледа се у увођењу објективног рока који је веома кратак, јер износи свега три месеца од дана када је одлука донета.[50] Тиме ће могућност подношења побојне тужбе у пракси бити битно ограничена, јер је лако замислива ситуација да акционар не сазна правовремено за донету одлуку, било зато што није уписана у регистар у року од три месеца, било зато што не подлеже обавези уписа. Побољшање у односу на претходно законско решење представља могућност доношења судске привремене мере забране уписа одлуке у регистар, односно забране извршења одлуке, по захтеву тужиоца.[51]

Допринос законодавца Србије регулисању института побијања одлука скупштине огледа се у прецизирању критеријума релевантности основа побијања.[52] Свака повреда материјалних одредаба закона представља основ за побијање скупштинске одлуке, док повреде статута или пословника о раду морају бити значајније. Повреде процедуралних правила, без обзира да ли су регулисане законом, статутом или пословником, не могу бити основ побијања ако су мањег значаја. Допуштена је могућност конвалидације побијане одлуке, доношењем нове одлуке којом се исправљају недостаци који су постојали приликом доношења побијане одлуке.[53] Коначно, одлука се неће моћи побијати ако би се судском пресудом којом се одлука проглашава ништавом изазвала већа

50 Чл. 376 ст. 3 ЗПДС.

51 Чл. 377 ст. 2 ЗПДС.

52 У члану 381 ЗПДС побројано је седам разлога у чијем присуству је суд дужан да одбије тужбу за побијање: 1) ако се одлуком врши мање значајна повреда статута или пословника о раду, а право лица овлашћеног на подношење тужбе није повређено или је повређено у мањој мери; 2) учешће у раду скупштине акционара који нису имали то право, осим ако је њихово учешће било од одлучујућег значаја за формирање кворума за рад скупштине или доношење одлуке; 3) у случају неважећих појединачних гласова или погрешног бројања гласова, осим ако су били одлучујући за постизање кворума или потребне већине за доношење одлуке; 4) у случају непотпуности или нетачности записника, осим ако је тиме онемогућено утврђивање садржине донете одлуке, односно утврђивања основа за њено побијање; 5) ако је побијана одлука замењена другом одлуком која је донета у складу са законом, статутом или пословником; 6) у случају одлуке о новој емисији акција јавном понудом, ако је емисија успела у смислу закона којим се уређује тржиште капитала; 7) у случају статусне промене, из разлога несразмере у замени акција, односно удела.

53 Конвалидација би и иначе била могућа, применом општих правила уговорног права, с обзиром да је реч о релативно ништавим правним пословима.

штета за друштво и акционаре, него да скупштинска одлука остане на снази. То су случајеви емисије акција јавном понудом и статусних промена, када би *restitutio in integrum* био врло компликован и повлачио велике трошкове. У свим наведеним случајевима оштећени акционар или члан органа друштва задржава право да захтева накнаду штете.

Законом се прецизирају правна дејства пресуде којом се одлука скупштине оглашава ништавом. Пресуда делује у корпоративним односима: према друштву, акционарима, директорима и члановима надзорног одбора. Она нема дејства према трећим савесним лицима, која задржавају права стечена на основу поништене одлуке.[54]

III Побојне одлуке у праву Републике Српске

Законодавац Републике Српске се приликом уређења института ништавости и побојности одлука скупштине акционарског друштва угледао како на своје западне, тако и источне суседе. За разлику од ЗПДС, Закон о привредним друштвима Републике Српске (у даљем тексту: ЗПДРС) познаје како институт ништавости, тако и институт побојности одлуке скупштине. Оба института уређена су у одељку који носи назив: „Ништавост и побијање одлуке скупштине акционара". Основи ништавости и побијања уређени су по угледу на ЗТДХ, али су посебни основи побијања (побијање избора директора и чланова управног одбора и побијање одлука о усвајању финансијских извештаја) преузети из ЗПДС из 2004. године. Приликом уређења основа за ништавост скупштинских одлука у члану 293 став 1, првих пет основа ништавости[55] повезано је везником „и" са последњим основом – да је одлука правоснажном пресудом, донесеном по тужби за побијање одлуке, проглашена ништавом. Језичким тумачењем изводи се закључак да је за ништавост скупштинске одлуке потребно да кумулативно буду испуњена два услова: да постоји један од пет законом утврђених основа ништавости и да је суд донео правоснажну пресуду којом одлуку скупштине проглашава ништавом. На тај начин су основи за ништавост скупштинске одлуке претворени у основе за побијање, јер је без обзира на разлог ништавости неопходно да суд својом пресудом огласи одлуку ништавом. Недоумицу

54 Чл. 379 ЗПДС.

55 То су следећи основи: а) ако скупштина није сазвана на законом прописан начин, осим ако су скупштини присуствовали сви акционари; б) ако је у доношењу одлуке учествовао акционар чије је право гласа требало бити искључено или му је право гласа забрањено у складу са законом; в) ако није уврштена у дневни ред на начин прописан законом; г) ако се њеним садржајем чини повреда прописа којима се искључиво или претежно штите интереси поверилаца или су донесени ради заштите јавног интереса; д) ако је одлука супротна моралу.

да ли је реч само о редакцијској омашци или, напротив, свесној намери законодавца, додатно појачава дикција другог става истог члана, у коме се каже да се „побијање одлука скупштине акционара врши пред надлежним судом: а) ако је ништава у смислу става 1. овог члана", али и „б) ако није донесена на начин предвиђен овим законом, оснивачким актом или статутом, в) ако је супротна закону, оснивачком акту или статуту и г) у другим случајевима утврђеним овим законом." Описану недоумицу могао би разјаснити суд, који би примењујући циљно тумачење могао да подржи становиште да је *ratio legis* био издвајање тешких повреда закона у доношењу скупштинских одлука, које чине основ за њихову ништавост, док основ за побијање представља свака друга повреда закона и аката друштва приликом доношења одлуке у формалном и материјалном смислу. Имајући у виду конзервативан став судова Србије у примени примени ЗПДС из 2004. године, тешко се може очекивати да ће судови Републике Српске показати спремност да преузму активну улогу тумача Закона о привредним друштвима. Отуда ће законске нејасноће морати да отклони сам законодавац приликом наредних измена Закона.

IV Закључна разматрања

Посматрани правни системи одликују се различитим приступима у уређењу института ништавих и побојних одлука скупштине акционарског друштва. Немачко, аустријско и хрватско законодавство доследно је у разликовању апсолутно ништавих и побојних одлука скупштине. У законодавству Србије утемељен је концепт у коме су све скупштинске одлуке подложне побијању, независно од природе и тежине недостатка. Законодавац Републике Српске (не)свесно се придружује том концепту.

На теоријском плану, законским решењима Србије и Републике Српске могу се упутити озбиљни приговори. Правни режим неважећих одлука скупштине акционарског друштва одступа од општег правног режима неважећих правних послова у грађанском праву, без посебног образложења зашто се то чини. Могло би се закључити да за законодавца Србије и Републике Српске ниједна повреда закона, аката друштва или добрих обичаја није довољно тешка да би имала за последицу апсолутну ништавост одлуке скупштине. Тиме се шаље лоша порука акционарима, јер у закону недостаје упозорење да њихово поступање приликом доношења одлука у скупштини мора бити у складу са општеважећим правним принципима. Скупштина акционара у складу са новим законским решењем постала је налик заштићеном резервату, јер поступање

скупштине може бити преиспитивано само у поступку контроле који покрену сами акционари или управа друштва.

На практичном нивоу, чини се да разликовање ништавих и побојних скупштинских одлука нема толики значај. Ово најпре стога што је и у правним системима које познају институт ништавости скупштинских одлука, подела на ништаве и побојне одлуке релативизована чињеницом да се ништавост која је наступила по бројним основима може конвалидирати (протеком рока или на други начин). Друго, основи ништавости скупштинских одлука представљају истовремено и основе за побијање, јер свака повреда закона, оснивачког акта и статута представља основ побијања, а практично се сви основи ништавости могу подвести под повреде закона и аката друштва, изузев повреде добрих обичаја (иако се и та повреда може подвести под повреду закона, јер закон обавезује на примену добрих обичаја). Треће, материјалноправна дејства ништавих и побојних одлука су истоветна. Стога, подела на ништаве и побојне одлуке повлачи последице превасходно на процесном плану. Најзначајније разлике тичу се рокова за подношење тужбе, круга лица овлашћених за подношење тужбе и могућности уписа одлука у трговачки регистар. Из круга овлашћених тужилаца искључена су трећа лица, али не треба заборавити да она имају могућност да поднесу тужбу за накнаду штете која им је проузрокована незаконитом одлуком органа друштва и тужбу за побијање дужникових правних радњи, чиме је њихов интерес адекватно заштићен. Ако се зна да у пракси спорове за поништај скупштинских одлука најчешће воде акционари, може се закључити да разликовање ништавих и побојних одлука има значаја само у погледу њиховог процесног положаја (комодитета), који се огледа у трајању рокова за подношење тужбе и неопходности да од суда траже привремену меру забране уписа одлуке о којој се води спор.

***Dijana* MARKOVIĆ-BAJALOVIĆ, PhD**
Professor at the Faculty of Law East Sarajevo and Faculty for European Legal-Political Studies in Novi Sad

NULLITY AND/OR VOIDNESS OF DECISIONS OF THE SHAREHOLDERS' MEETING

Summary

The institutes of nullity and voidness of the decisions of the shareholders' meeting are important instrument for the control of legallity of company's acts, which becomes particularly important in the cases of abuse of power of the majority/controlling shareholder, who uses his votes to influence impropreprly the work of the shareholders' meeting and the company itself to pursue his own selfish interest. The author of the article makes comparative analysis of the regulation of the institute in the legal systems of Germany, Austria, Croatia, Serbia and the Republic of Serpska. In the first three legals systems grounds for the absolute nullity, as well as for the voidness of decisions of the shareholders' meetings, are regulated, while legal systems of Serbia and the Republic of Serpska only provide for the possibility of their voidness. The consequences of disinguishing between null and void decisions are remarkable only during the court's proceeding, while the material effects of null and void decisions remain the same. Although distinction between null and void decisions on the theoreticall level seems justified, in practice the difference has almost lost its meaning.

Key words: *shareholders' meeting, corporation, nullity, voidness.*

др *Соња* БУНЧИЋ
ванредни професор Факултета техничких наука Универзитета у Новом Саду

***Милена* ГАЛЕТИН**
асистент Факултета за услужни бизнис, Едуконс Универзитет, Сремска Каменица

ПРАВО НА НАСТАЊИВАЊЕ У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ НАКОН СЛУЧАЈА *CARTESIO*: ДАЉА ХАРМОНИЗАЦИЈА*

Резиме

Право на настањивање привредних друштава на јединственом тржишту Европске уније, загарантовано је Уговором о оснивању ЕЗ. За примену и тумачење права на настањивање привредних друштава, веома је важна пракса Суда Европске уније. Двадесет година после прве пресуде у овој тематици, Суд Европске уније је, у случају Cartesio, показао да води рачуна о различитости правних система који постоје у државама чланицама, и да се управо ту различитост треба схватити као једну од највећих предности тржишта Европске уније јер доводи до њихове конкуренције и намеће активнију улогу националним законодавцима. Пресуда у случају Cartesio подстакла је даљу хармонизацију европског компанијског права у области права на настањивање привредних друштава, те се аутори у раду баве анализом различитих могућности које се намећу као потенцијална решења.

* Рад представља резултат истраживања у оквиру пројекта „Унапређење конкурентности Србије у процесу приступања Европској унији“, Министарство науке Републике Србије, бр. 47028 за период од 2011–2014.

Кључне речи: *право на настањивање привредних друштава, пракса Суда Европске уније, случај Cartesio, хармонизација права, компанијско право ЕУ.*

I Услови за позивање на право на настањивање

Могућност слободног кретања привредних друштава на европском тржишту заштићена је институтом *права на настањивање*. Ово право утемељено у Уговору о оснивању Европске заједнице (члан 43 и даље).[1] Из Уговора произлази да се привредна друштва могу користити правом на настањивање на два начина. Први, којим се дозвољава привредним друштвима да у другој држави чланици оснују ново друштво или пренесу седиште постојећег друштва. Други начин је да привредно друштво у другој држави оснује „друштво ћерку", огранак друштва или представништво. Дакле, од држава чланица захтева се да се према привредним друштвима односе у складу са начелом слободе кретања, као једној од основних слобода. Другим речима, забрањено је ограничавање слободе *права на настањивање* за она привредна друштва која су основана по праву неке од држава чланица и у оквиру Европске уније и имају регистровано седиште (*registered office*), место управљања (*central administration*) или место пословања (*principal place of business*).

У складу са изнетим начелима поставља се питање, да ли заштита одређених интереса које државе чланице сматрају битним за њихов правни и привредни систем, могу бити оправдање за постављање препрека основом начелу слободе кретања. Треба подсетити, да се правни системи држава чланица, у погледу компанијског права, у одређеној мери међусобно разликују. За примену и тумачење права на настањивање, веома је важна пракса Суда Европске уније. Својим пресудама, Суд је развио критеријуме за оцењивање да ли одређена национална мера значи препреку у мобилности привредних друштава. Кроз више случајева, Суд Европске уније суочавао се са ситуацијама када је друштво које је по својој „националности" припадало једној држави чланици наилазило на ограничавање права на настањивање у другој држави (случајеви: *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art*, *SEVIC System*), такозвани случајеви *имиграције*. Друга група случајева, познати као случајеви *емиграције* друштва, говорила је о захтеву друштва које је основано према праву једне државе чланице да премести место из којег управља друштвом у другу државу чланицу, а при том задржи свој „национални" субјективитет (случајеви *Daily Mail*, *Catresio*).

1 Видети чланове од 43–48 Уговора о оснивању ЕЗ.

II Значај одлуке Суда Европске уније у случају *Cartesio*

Одлука у случају *Cartesio* је први случај у којем Суд Европске уније анализира национална права у односу на одредбе Уговора о оснивању Европске уније, у ситуацији када компанија напушта државу оснивања. У својим претходним одлукама Суд Европске уније уопште није узео у разматрање питање да ли су национална правила која спречавају компанију да емигрира у складу са одредбама поменутог Уговора. Детаљним приказом и анализом случаја *Cartesio,* указаћемо да ни у овом, веома значајном случају, за одређење обима утицаја националних права, Суд није до краја одредио област њиховог деловања.

И поред наведеног, може се закључити да је случај *Cartesio*, на себи својствен начин, дао допринос компанијама да користе право на настањивање загарантовано Уговором о оснивању ЕУ, јер настоји да омогући компанијама да издрже структурне промене и очувају свој субјективитет и постојање. Случај *Cartesio* је оставио иза себе случај *Daily Mail* у коме компанија није могла да премести своје седиште без губљења правног субјективитета по праву државе оснивања, те је Суд одбио премештање седишта у потпуности. У случају *Cartesio*, компанији је била дата могућност да користи право на настањивање и изврши трансфер седишта, али уз промену меродавног права.

III Приказ и анализа случаја Суда Европске уније – случај *Cartesio*

1. Увод – о случају *Cartesio*[2]

Cartesio је компанија која је основана по мађарском праву, са регистрованим седиштем у Бајои, која је желела да премести своје седиште у

2 *Case C–210/06 Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*. Случај *Cartesio* је пружио Суду Европске уније могућност да поново испита, након двадесет година, своју пресуду у случају *Daily Mail* и изнесе свој коначни став у вези са ситуацијом када држава чланица има апсолутну слободу да забрани својим компанијама да премештају своје седиште у другу државу чланицу, али немају слободу да спрече компаније других држава чланица да остварују своје право на секундарно настањење на својој територији. Пресуде Суда Европске уније у вези са правом на настањивањем донете након пресуде у случају *Daily Mail* пружају увид у његово схватање овог права и тичу се различитих правних области које нису биле покривене хармонизованим правним мерама Европске уније, укључујући међународно приватно право и директно опорезивање компанија. О случају види више: B. Węgrzynowska, „Cartesio: Analysis of the Case", *European Journal of Legal Studies*, European University Institute, 2009, стр. 66–81; P. Novotná, *Freedom of Establishment after Cartesio*, Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika Spisy Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně, 2008; C. Gerner-Beuerle, M. Schillig, „The Mysteries of Freedom of Establishment after Cartesio", *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 59, No. 2, 2010; T.

Италију, али да и даље буде регистрована у Мађарској. Компанија је поднела захтев за премештање седишта, али је привредни суд у Мађарској одбио такав захтев са образложењем да је он у супротности са мађарским правом. Да би дошло до премештања стварног седишта компанија би прво требало да престане да постоји као мађарска компанија, а затим да се поново оснује у складу са правом Италије. Према праву Мађарске седиште компаније је место где се налази њена главна управа[3] и оно мора бити уписано у привредни регистар.[4] Компанија је уложила жалбу о којој је требало да одлучи другостепени суд у Сегедину. Међутим, он је одлучио да застане са поступком и обрати се Суду Европске уније упућујући му четири претходна питања.

Питања упућена Суду Европске уније су се односила на то да је према правним правилима Мађарске, мађарским компанијама и ортачким друштвима безусловно забрањено да преместе своје седиште у другу државу чланицу, било са или без промене меродавног права,[5] те да

Ratka, V. Wolfbauer, „Daily Mail: 'I am not dead yet!'", *Zeitschrift für Rechtsvergleichung, internationales Privatrecht und Europarecht*, 2009, стр. 57–64; J. Bohrenkämper, „Corporate Mobility across European Borders: Still no Freedom of Emigration for Companies?", *European Law Reporter*, 2009, стр. 82–92; V. Korom, P. Metzinger, „Freedom of Establishment for Companies: the European Court of Justice confirms and refines its Daily Mail Decision in the Cartesio Case C–210/06", *European Company and Financial Law Review*, Vol. 6, nº 1, 2009, стр. 125–160; P. Novotná, *Connecting Criteria After Cartesio*, Masarykova universita, 2009, стр. 233–234.

3 Случај *Cartesio*, para. 17. Ово указује да право Мађарске прихвата теорију стварног седишта. Међутим, чини се да је касније мађарско право прихватило теорију инкорпорације. Види: *Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office*, Commission staff working document, 2007, извор: *http://ec.europa.eu*.

4 Као што се види, нису постојала правна правила у Мађарској која би решила питање премештања седишта у другу државу и због тога компанија која је основана по мађарском праву није могла да премести своје седиште, осим да се прво спроведе поступак престанка компаније у Мађарској, а потом да се поново оснује у држави домаћину.

5 Суду правде Европске уније су у овом случају била упућена четири питања. Прва три су процедурална, те о њима неће бити речи, а последње се односило на забрану Мађарске да компанија *Cartesio* премести своју главну управу у другу државу чланицу ЕУ. Оно је обухватало следеће: 1. Уколико компанија, основана у Мађарској у складу са мађарским компанијским правом и уписана у привредни регистар Мађарске, жели да премести своје регистровано седиште у другу државу чланицу Европске уније, да ли је ово питање уређено комунитарним правилима или су, у недостатку истих, искључиво примењива национална правила? 2. Да ли мађарска компанија која захтева премештање свог регистрованог седишта у другу државу чланицу Европске уније може директно да се позове на комунитарно право (чланови 43 и 48 Уговора о оснивању ЕЗ)? 3. Уколико је одговор позитиван, да ли трансфер седишта може бити условљен одобрењем државе порекла или државе домаћина? 4. Да ли се чланови 43 и 48 Уговора о оснивању ЕЗ могу тумачити тако да су национална правила или поступци који праве разлику у уживању права компанија на основу тога где се налази њихово седиште, супротна праву Европске уније?

ли чланови 43 и 48 Уговора о оснивању ЕЗ могу да спрече државу чланицу да у потпуности забрани компанији, основаној по њеном праву, да премести место своје главне управе и контроле у другу државу чланицу Европске уније.

2. Премештање седишта и позивање на право на настањивање

Први проблем са којим се Суд Европске уније суочио у предмету *Cartesio* односио се на поље примене одредби Уговора о оснивању ЕЗ о слободи настањивања, односно да ли захтев компаније основане у складу са правом државе чланице Европске уније да премести своју главну управу у другу државу чланицу, потпада под чланове 43 и 48 Уговора о оснивању ЕЗ. У случају *Daily Mail*[6] Суд Европске уније је сматрао да захтев компаније основане у складу са правом државе чланице да премести свој центар управљања у другу државу чланицу, остаје ван поља деловања одредби Уговора о оснивању ЕЗ о праву на настањивање.[7] Осим тога, Суд Европске уније је потврдио своје становиште из пресуде *Daily Mail* да су компаније творевине националног права и да постоје захваљујући националном праву које уређује њихово оснивање и постојање.[8]

Суд је у случају *Cartesio* почео да преиспитује своју одлуку у случају *Daily Mail* и ристејтмент[9] у пресуди *Überseering*,[10] у којој је изнео

6 *C–81/87 –The Queen v Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC.*

7 Упркос сличности између случајева *Daily Mail* и *Cartesio*, Суд Европске уније је успео да уочи најбитније разлике. Наиме, случај *Daily Mail* се односио на покушај компаније која је основана у складу са правом Велике Британије да избегне пореске обавезе у тој држави, премештањем седишта у другу државу чланицу. Суд није прихватио примену одредаба Уговора о оснивању ЕЗ о слободи настањивања, те је сматрао да компанија *Daily Mail* нема право на такав трансфер. Штавише, Суд Европске уније је изричито потврдио да је прекогранично премештање седишта компанија *Daily Mail* планирала због пореских разлога, односно због избегавања плаћања пореза. Заправо, случај *Daily Mail* представља наметање одређених пореских ограничења када је у питању трансфер главне управе и контроле компаније у другу државу чланицу Европске уније. Са друге стране, као што је већ наведено, случај *Cartesio* се тицао мађарског права и праксе који уопште нису допуштали премештање седишта компаније у другу државу чланицу, било са, било без промене *lex societatis.*

8 Случај *Cartesio*, para. 104*;* случај *Daily Mail*, para. 19.

9 О ристејтментима (енгл. *restatements*) види више: М. Станивуковић, „Инструменти хармонизације и унификације права и њихов однос према колизионим нормама, с посебним освртом на Начела европског уговорног права“, *Зборник реферата са саветовања Начела европског уговорног права и југословенско право*, Крагујевац, 2001, стр. 84–85, као и на *www.okcu.edu.*

10 *C–208/00 – Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, Judgment of the Court of 5 November 2002, извор: *www.curia.europa.eu.*

да држава чланица, у случају да је компанија основана по њеном праву, може да ускрати право компанији да задржи правни субјективитет у својој држави уколико компанија премешта стварно седиште у другу државу чланицу.[11] У том смислу, Суд Европске уније истиче да је у тим предметима своје пресуде донео позивајући се на члан 48 Уговора о оснивању ЕЗ која прописује три тачке везивања као релевантне (регистровано седиште, главно место управљања, главно место пословања) за одговор на питање која компанија има право на настањивање,[12] и наводи да држава чланица треба да одреди тачку везивања још у време оснивања компаније како би могла да ужива право на настањивање, али и да би могла да задржи статус компаније основане према праву те државе чланице.[13] То значи и да држава чланица може да спречи компанију која је основана по њеном праву да задржи статус правног лица у тој држави чланици уколико премештањем седишта у другу државу чланицу долази до њеног поновног оснивања, чиме долази до губитка тачке везивања која је била одређена државом порекла.[14] Државе чланице имају ово овлашћење све док се правом Европске уније не дефинише јединствена тачка везивања према којој ће се одредити меродавно право за конкретну компанију. До тада, одговор на питање да ли се нека компанија може позивати на примену одредаба Уговора о оснивању ЕЗ о праву на настањивање, пружа само национално право.[15]

Суд Европске уније није прихватио предлог Комисије да се случај реши секундарним законодавством. Наиме, Комисија је сматрала да би се у случају *Cartesio* могле применити одредбе о премештању седишта из Уредбе о Европској економској интересној групацији, Уредбе о Статуту Европске компаније или Уредбе Савета Европе о Статуту о Европској задрузи, као и одредбе мађарских прописа који су на основу њих донети.[16] Према схватању Суда Европске уније, ове одредбе се могу применити када се премешта седиште компаније уз промену меродавног права, што у предмету *Cartesio* није случај.[17]

---

11 Случај *Cartesio*, para. 104–107 и случај *Überseering*, para. 70.

12 Случај *Cartesio*, para. 106.

13 Случај *Cartesio*, para. 110

14 Дакле, уколико компанија премешта стварно седиште у другу државу чланицу, кршећи тачку везивања одређену правом државе порекла, губи статус компаније основане по том праву, као и могућност позивања на право на настањивање.

15 Случај *Cartesio*, para. 109.

16 Случај *Cartesio*, para. 115, 116. Види и: *Council Regulation (EEC) No 2137/85 of 25 July 1985 on the European Economic Interest Grouping (EEIG) OJ L 124, Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company (SE) OJ L 294, Council Regulation (EC) No 1435/2003 of 22 July 2003 on the Statute for a European Cooperative Society (SCE) OJ L 207*; извор: *http://eur-lex.europa.eu.*

17 Случај *Cartesio*, para. 117, 118.

Општи правобранилац Мадуро у свом излагању наводи да је према члану 16 Закона о привредном регистру Мађарске седиште компаније место у којем се налази оперативни центар [18] друштва и да, стога, Мађарска прихвата теорију стварног седишта.[19] То значи да стварно седиште компаније мора да буде у Мађарској, а она може да оснива представништва и да спроводи своје пословне активности и у другим државама чланицама Европске уније. Према мишљењу општег правобраниоца, овде постоји кршење права на настањивање загарантованог Уговором о оснивању ЕЗ јер мађарска правила не дозвољавају премештање стварног седишта у другу државу чланицу Европске уније, већ само у оквиру своје територије, те не дозвољавају компанији *Cartesio* да се стално настани у другој држави чланици Европској унији на неодређено време.[20] Општи правобранилац указује и на став Суда Европске уније у случају *Daily Mail*, у којем је наведено да су компаније творевине националних права и да постоје само у оквиру националних одредби о организовању и функционисању. Премештање регистрованог или стварног седишта из једне у другу државу чланицу није регулисано правилима Европске уније, односно одредбама Уговора о оснивању ЕЗ, већ мора да буде решено будућим законодавством или конвенцијама. Међутим, Суд Европске уније није у својим пресудама у случајевима *Centros*, *Überseering* и *Inspire Art* прихватао став да се правила националних компанијских права налазе изван одредби права на настањивање које је загарантовано Уговором о оснивању ЕЗ. Он указује и на то да Суд Европске уније није на прави начин приказао разлику између ова три случаја и случаја *Daily Mail*.[21] По њему, државе чланице не би требало да под својом контролом држе судбину компанија од њиховог оснивања до престанка не водећи рачуна о последицама које утичу на коришћење права на настањивање. Овде се, пре свега, мисли на мала и средња предузећа.[22] По мишљењу општег правобраниоца, оно што је пресудно да би се одредило да ли се компанија може позивати на право на настањивање је да она тежи економској активности кроз стално настањење у другој држави чланици, на неодређено време.[23]

18 Тачка 1 и 3 Мишљења, назив који је употребљен је *operational headquaters*, док Суд Европске уније у пресуди касније спомиње само стварно седиште.

19 Види: *Law No CXLV of 1997 on the Commercial Register, Company Advertising and Legal Procedures in Commercial Registration Matters (a cégnyilvántartásról, a cégnyilvánosságról és a bírósági cégeljárásról szóló 1997. évi CXLV. tervény)*, члан 16 (1).

20 Случај *Cartesio*, para. 25 Мишљења.

21 Случај *Cartesio*, para. 16 Мишљења.

22 Случај *Cartesio*, para. 32, 33 и 34 Мишљења. Осим тога, општи праобранилац Мадуро сматра да у случају *Cartesio* не постоји ни ограничење у смислу постојања основа за заштиту јавног интереса, здравља или заштита интереса одређених лица.

23 Случај *Cartesio*, para. 25. Мишљење општег правобраниоца у овом случају је да правила мађарског права која дозвољавају мађарским компанијама да премештају

Јасно је, међутим, са значајним одступањима у случајевима *Daily Mail* и *Cartesio* да Суд Европске уније не искључује *a priori* било који сегмент права државе чланице на настањивање.[24] Уколико се посматрају сви случајеви након пресуде *Daily Mail* може се закључити да није постојало национално право које које је искључено из контроле комунитарног права. Шире схватање Суда о пољу примене слободе настањивања (које је супротно пресудама у случајевима *Daily Mail* и *Cartesio*) се може видети у пресуди *SEVIC Systems*.[25]

3. Враћање теорији стварног седишта и поштовање националног компанијског права

У случају *Cartesio* Суд Европске уније је спасао последње остатке теорије стварног седишта који су остали након (*Centros*[26]/*Überseering*/*Inspire Art*[27]) револуције и успео да спречи њено потпуно одумирање.[28] Као што је већ истакнуто, оваква пракса Суда Европске уније је са ове

своја стварна седишта само на територији Мађарске, нису дискриминаторска у погледу права на настањивање. Међутим, ако се посматра јавни интерес, она могу бити оправдана– у смислу спречавања злоупотребе и потребе да се заштите интереси поверилаца, запослених, мањинских акционара.

24 Случај *Cartesio*, para. 30 Мишљења

25 *Case C–411/03, SEVIC Systems AG*, *Judgment of the Grand Chamber of the Court of Justice of 13 December 2005, [2005] ECR I–10805;* У овом случају су немачка компанија *SEVIC System AG* и компанија *Security Vision Concept SA* из Луксембурга склопили уговор о припајању по коме је компанија из Луксембурга требало да престане да постоји без ликвидације и да пренесе целокупну своју имовину на немачку компанију које би наставило да постоји и послује као *SEVIC System AG*. Немачки Управни суд је одбио упис припајања у регистар јер је према немачком праву то било могуће само за компаније основане у СР Немачкој (немачки закон *Umwandlungsgesetz* – UmwG из 1994. године). Потом је компанија *SEVIC System AG* поднела тужбу суду (Langericht) против ове одлуке, који је одлучио да застане са поступком и упути претходно питање Суду Европске уније – да ли се чланови 43 и 48 Уговора о оснивању ЕЗ могу тумачити тако да је у супротности са правом на настањивање страној компанији одбити упис захтеваног припајања немачкој компанији у немачком судском регистру у складу са UmwG који предвиђа да се одредбе закона примењују само на статусне промене компанија основаних у СР Немачкој? Суд Европске уније је у овом случају заузео став да се одредбе чланова 43 и 48 Уговора о оснивању ЕЗ примењују и на ситуације прекограничних спајања и припајања компанија које су основане у различитим државама и да националним прописима држава чланица није дозвољено правити разлику између унутрашњих и прекограничних спајања и припајања, осим из разлога заштите јавног интереса.

26 *C–212/97 – Centros Ltd v Erhvervs–og Selskabsstyrelsen*, види везано за пресуду: Judgment of the Court of 9 March 1999, извор: *www.curia.europa.eu*.

27 *C–167/01 – Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v Inspire Art Ltd*., Judgment of the Court of 30 September 2003, извор: *www.curia.europa.eu*.

28 Види више: António Frada de Sousa, *нав. дело*, стр. 51.

три пресуде навела државе чланице да напуштају теорију стварног седишта. Међутим, случај *Cartesio* наметнуо је обавезу државама чланицама да морају, у складу са одредбама Уговора о оснивању ЕЗ о праву на настањивање, пружити својим компанијама најмање могућност премештања свог седишта у другу државу чланицу уз промену *lex societatis* кроз реинкорпорацију емигрирајуће компаније у форму компаније која се захтева у држави пријема. Иако тренутно само неколико држава чланица које прихватају теорију стварног седишта дозвољавају својим компанијама такво премештање, њихов број расте.[29]

Одлука у случају *Cartesio* је дала подстицај Европској комисији да изнесе предлог 14. Директиве о прекограничном премештању седишта. Наиме, уколико посматрамо тренутну ситуацију у Европској унији у вези са овом проблематиком, јасно је да би европски законодавац требало да преузме на себе стварање хармонизованих правила о прекограничном трансферу седишта компанија, пре свега, због различитости захтева који су предвиђени у државама чланицама – и то и за имигрирајуће и за емигрирајуће премештање седишта. Оно што још увек није познато је садржај будуће Директиве, као ни колики ће бити утицај пресуде *Cartesio* или да ли ће, можда, европски законодавац ићи и даље.

Сматрамо да је битно поновити да се случај *Cartesio* односи на основе компанијског права у вези за правним статусом компанија, а сама одлука Суда Европске уније одражава разлику између правних и физичких лица и указује да правна лица не могу бити третирана на исти начин као и физичка лица,[30] што даље има значајне последице у погледу могућности остваривања права на настањивање. Иако чланови 43 и 48 Уговора о оснивању ЕЗ јасно предвиђају да компаније имају исти третман као и физичка лица, компаније као творевине националног права су њиме и ограничене. Као што је већ истакнуто, не постоје компаније које имају држављанство Европске уније. Држављанство физичких лица се не мења услед кретања физичког лица, док на држављанство компанија утицај могу имати емиграција или имиграција компанија, у зависности од националних права држава порекла и држава пријема компанија, па су и сами услови за уживање слободе настањивања компанија много комплекснији.[31] Прво, компанија мора бити основана у складу са пра-

29 Види више: S. Leible, J. Hoffmann, „Cartesio – fortgeltende Sitztheorie, grenzüberschreitender Formwechsel und Verbot materiellrechtlicher Wegzugsbeschränkungen", *Betriebs-Berater*, 2009, стр. 58–63.

30 За разлику од физичких лица, компаније су субјекти права чија је егзистенција условљена правним правилима.

31 Види: J. Renauld, *Droit européen des sociétés*, Brussels, Bruylant et Vander, 1969, стр. 228.

вом неке од држава чланица и друго, мора имати регистровано седиште, главну управу или главно место пословања на територији Европске уније. Из овог се може извести закључак да се одредбе Уговора поуздају у права држава чланица.

У пресуди у случају *Cartesio* није само изнет концепт да су компаније творевине права, већ и да је национално право то које одређује оснивање и постојање компанија. Како остваривање права на настањивање утиче на област националног материјалног компанијског права и на материју сукоба закона, ове две области могу бити разматране као целина[32] или одвојено. Сматра се да је боље да се посматрају одвојено јер пресуда у случају *Cartesio* показује снажан утицај на национална права и то, пре свега, на супстанцијално право.

На основу свега изнетог може се закључити да је случај *Cartesio* на себи својствен начин дао свој допринос компанијама да користе право на настањивање загарантовано Уговором о оснивању ЕЗ јер, као што је већ наведено, настоји да омогући компанији да издржи структурне промене и очува својство правне личности и своје постојање.

IV Ситуација након случаја *Cartesio* и мере за хармонизацију прекограничног премештања седишта компаније – Четрнаеста Директива компанијског права

Суд Европске уније је у случајевима *Daily Mail* и *Cartesio* јасно истакао да се проблем прекограничног премештања регистрованог и/или стварног седишта компаније мора тицати комунитарног законодавства или конвенција.[33] Међутим, двадесет година након случаја *Daily Mail* још увек се чека на правни инструмент Европске уније који би директно могао да реши проблем. Највише што је урађено у овој области је био Предлог нацрта Директиве о прекограничном премештању регистрованог седишта из 2004. године (тзв. Четрнаеста директива компанијског права).[34] Осим тога, 2007. године престали су сви напори Европске комисије да је усвоји.[35] Комисија је донела ову одлуку упркос чињеници

32 Види: C. Gerner-Beuerle, M. Schilling, „The Mysteries of Freedom of Establishment After Cartesio", *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 59, No. 2, 2010, стр. 9.

33 Случај *Daily Mail*, para. 21–22 и случај *Cartesio*, para. 108.

34 У Акционом плану Комисије за модернизацију компанијског права из 2003. године доношење Директиве о прекограничном премештању регистрованог седишта је било представљено као краткорочни циљ. Види: *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union– A Plan to Move Forward, COM/2003/0284 final*, извор: *http://eur-lex.europa.eu*.

35 У октобру 2007. године европски комесар за унутрашње тржиште (*Mr Charlie McCreevy*) је одржао говор (SPEECH/07/592) у којем је потврдио да је Комисија

да се Европски парламент у својој Резолуцији од 4. јула 2006. године о развоју компанијског права, обратио Комисији са захтевом да ускоро представи предлог у вези са 14. Директивом компанијског права о прекограничном премештању регистрованог седишта компанија са ограниченом одговорношћу.[36]

Чини се да постоје два главна разлога због којих Комисија није развила стратегију о усвајању 14. Директиве о прекограничном премештању регистрованог седишта. Наиме, Комисија очигледно смата да компаније ступањем на снагу Директиве о прекограничном спајању 2005. године,[37] као и Уредбе о Статуту Европске компаније (SE)[38] имају на располагању правна средства да изврше прекогранични трансфер регистрованог седишта. Наиме, поменута Директива о прекограничном спајању пружа могућност компанијама са ограниченом одговорношћу у Европској унији да преместе своје регистровано седиште у другу државу чланицу са променом *lex societatis* кроз прекогранично спајање. Компанија која жели да изврши трансфер регистрованог седишта у другу државу чланицу ће бити припојена од стране компаније која је већ основана у држави опредељења.[39] Осим тога, Уредба о статуту SE омогућује јавним

одлучила да више не улаже напоре у усвајање дуго очекиване 14. Директиве компанијског права јер не постоји јасан економски интерес за то; види: *http://ec.europa.eu/internal_market/company/seat-transfer/index_en.htm*.

36 *European Parliament resolution of 4 July 2006 on recent developments and prospects in relation to company law*, P6_TA (2006) 0295 (OJ C 3003 E, 13.12.2006, стр. 114). Европски парламент је због тога у својој Резолуцији 25.октобра 2007. године о Европској приватној компанији и 14. Директиви компанијског права о прекограничном премештању седишта компаније изразио жаљење јер је Комисија, са знатним закашњењем, обавестила Парламент да она нема намеру да сачини правни предлог за 14. Директиву компанијског права, нити да предузима даље акције у вези са прекограничним трансфером седишта компаније – European Parliament Resolution of 25 October 2007 on the European Private Company and the Fourteenth Company Law Directive on the transfer of the company seat (P6_TA(2007)0491, *OJ* C 263E, 16.10.2008, стр. 671).

37 Directive 2005/56/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on cross-border mergers of limited liability companies, *Official Journal* L 310, 25.11.2005.

38 Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company i Council Directive 2001/86/EC of 8 October 2001 supplementing the Statute for a European company with regard to the involvement of employees, *Official Journal* L 294, 10.11.2001. Види и: M. Johnson, „Does Europe still need a Fourteenth Company Law Directive?", *Hertfordshire Law Journal*, vol 3, no. 2, 2005, стр. 18–44; M. Bouloukos, „The European Company (SE) as a Vehicle for Corporate Mobility within the EU: A Breakthrough in European Corporate Law?", *European Business Law Review*, Vol. 18, No 3, 2007, стр. 535–557; W-G. Ringe, „The European Company Statute in the Contex of Freedom of Establishment", *Journal of Corporate Law Studies*, Vol. 7, Part 2, 2007, стр. 185–212.

39 Види: *Mr Charlie McCreevy's Speech of the 3rd October 2007* – компаније са ограниченом одговорношћу имају могућност да преместе своје регистровано седиште кроз

компанијама са ограниченом одговорношћу да спроведу трансфер регистрованог седишта у другу државу чланицу након што су претворене у форму SE у држави оснивања. Уколико се ови, додуше, индиректни начини прекограничног премештања регистрованог седишта компаније покажу као ефикасни, према ставу Комисије, доношење 14. Директиве компанијског права би било непотребно. Други разлог оваквог поступања Комисије је тај што је она сматрала да ће Суд Европске уније разјаснити ову ситуацију када донесе пресуду у случају *Cartesio*. Најзад, Европски парламент је 2. фебруара 2012. године усвојио Резолуцију са препорукама Европској комисији о 14. Директиви компанијског права о прекограничном премештању седишта компаније. Време ће показати да ли ће сви ови напори Парламента резултирати на крају усвајањем Директиве.[40]

Суштину Директиве о прекограничном премештању регистрованог седишта чини могућност премештања регистрованог седишта компаније из једне у другу државу чланицу тако што се компанија која премешта своје седиште региструје у другој држави чланици и тамо стиче правну способност, а у држави порекла се брише из регистра и тиме губи правну способност. Њен циљ је да олакша премештање седишта избегавањем поступка ликвидације у држави оснивања и поступка поновног оснивања у држави у коју се премешта регистровано седиште. Према Предлогу Директиве о прекограничном премештању регистрованог седишта долази до промене меродавног права, а компанија чије се седиште премешта мора се прилагодити условима који су за такву врсту компанија предвиђени у држави пријема, уколико је то потребно.[41] Свакако да је поступак предвиђен 14. Директивом јефтинији и једноставнији од поступка престанка компаније и оснивања нове у

прекогранично спајање оснивањем огранака или филијала у држави у коју желе да се преместе и онда спроведу поступак спајања постојеће компаније са тим огранком, односно филијалом. Извор: *http://ec.europa.eu/internal_market/company/seat-transfer/index_en.htm.*

40 European Parliament resolution of 2 February 2012 with recommendations to the Commission on a 14th company law directive on the cross-border transfer of company seats (2011/2046(INI)), извор: *http://www.europarl.europa.eu*. Иначе, 2009. године Европски парламент је усвојио једну Резолуцију којом је поново позвао Комисију да пошаље у законодавну процедуре предлог директиве којом би се регулисало прекогранично премештање регистрованог седишта– види текст: European Parliament resolution of 10 March 2009 with recommendations to the Commission on the cross-border transfer of the registered office of a company (2008/2196(INI)), извор: *http://www.europarl.europa.eu*.

41 Тако би Директива, на пример, омогућавала да немачко друштво са ограниченом одговорношћу (GmbH-*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*) извршри трансфер свог регистрованог седишта у Велику Британију и истовремено се трансформише у друштво са ограниченом одговорношћу по британском праву (*Limited liability company*). То значи да је после трансфера регистрованог седишта компанија

другој држави чланици, односно оснивања нове компаније у другој држави чланици и спајање матичне компаније из прве државе чланице и нове компаније.[42]

Законодавац Европске уније има на располагању два правна приступа за прекогранично премештање регистрованог седишта компанија на територији Европске уније. Будућа 14. Директива компанијског права би могла или да дозволи компанијама да само преместе своје регистровано седиште у другу државу чланицу или да им дозволи трансфер регистрованог седишта, али уз истовремени трансфер и стварног седишта. Први приступ је окарактерисан као шири,[43] а други као ужи.[44]

уређена компанијским правом Велике Британије, а не више компанијским правом Немачке.

42 Извор: *http://www.europarl.europa.eu* и *http://ec.europa.eu/internal_market/company/seat-transfer/index_en.htm*.

43 Будућа 14. Директива би могла да усвоји шири приступ прекограничног премештања регистрованог седишта, у том смислу да се компанијама дозволи и премештање само регистрованог седишта из једне у другу државу чланицу са променом меродавног права. Према овом приступу, држава чланица не може захтевати да компанија која премешта своје регистровано седиште на њену територију, премеси тамо и своју главну управу. Дакле, компаније би имале могућност да преместе само своје регистровано седиште у државу чланицу у коју желе, са променом меродавног права које највише одговара компанији, у смислу финансијских погодности које се могу пружити са променом *lex societatis*. За државе чланице које прихватају теорију инкорпорације овај шири приступ не представља неки значајнији помак. Међутим, другачије је када су у питању државе чланице које прихватају теорију стварног седишта. За њих би овај овај приступ представљао највећи преокрет у њиховом правилима међународног приватног права. Види више: Commissions impact assessment on the cross-border transfer of registered office – report. Уредба о Сатуту SE не предвиђа могућност премештања само регистрованог седишта као што би то могло да буде у 14. Директиви компанијског права, уколико се она посматра кроз шири приступ. Као што је већ истакнуто, у Регулативи о Статуту SE се захтева да центар управљања SE и њено регистровано седиште буду на територији исте државе. (У предлогу Статута Европске приватне компаније предвиђено је да европски законодавац неће више захтевати подударност стварног и регистрованог седишта SE у истој држави чланици. Види: Proposal for a Council Regulation on the statute for a European private company, SEC(2008) 2098, SEC(2008) 2099, COM/2008/0396 final – CNS 2008/0130; *http://eur-lex.europa.eu*, *http://www.europeanprivatecompany.eu*). Усвајањем 14. Директиве компанијског права у овом ширем смислу би омогућило (отвореним) акционарским друштвима у Европској унији да само премештају своје регистровано седиште из једне у другу државу чланицу уз промену *lex societatis*, што за сада Уредбом о Статуту SE није могуће.

44 Према ужем приступу, држава чланица која прихвата теорију стварног седишта може да захтева од компаније која премешта своје регистровано седиште на њену територију, да премести и своје стварно седиште. Компаније могу да преместе само регистровано седиште када се премештају у државу чланицу која прихвата теорију инкорпорације, али када се премештање врши у државу чланицу која прихвата теорију стварног седишта морају да преместе оба седишта. У сваком случају, меро-

V Закључак

Суд Европске уније пред собом има веома захтеван задатак јер се у Уговору о оснивању ЕЗ често налазе недовољно јасне одредбе. На основу донетих пресуда стиче се утисак да праксу Суда Европске уније одликује недоследност и контрадикторност. Идеална ситуација би била када би у Европској унији постојала јединствена правила на основу којих би компаније могле слободно да премештају своја седишта из једне у другу државу чланицу, без обзира где се налази регистровано седиште.[45] То би, даље значило, да компаније више не треба сматрати као творевине националних права, већ компанијама Европске уније. Као што је већ познато, могућност оснивања таквих компанија већ постоји, али је још увек много већи број компанија основаних по неком од националних права држава чланица.

Иако се на први поглед чини да пресуда у случају *Cartesio* има негативан утицај на решавање проблема прекограничне промене седишта компанија у Европској унији, сматрамо да је, заправо, настављен континуитет у односу на претходне пресуде (*Centros*, *Überseering*, *Inspire Art*). Наиме, уже посматрано, неспорно је да је доношењем овакве пресуде отежано слободно кретање компанија на територији Европске уније, те је неминован негативан утицај и на примену права Европске уније од стране националних судова, али и на целокупно пословање. Међутим, као што је већ напоменуто Суд Европске уније је приликом доношења пресуде у случају *Cartesio* узео у обзир различитост правних система држава чланица и искористио све предности које из тих различитости произлазе. Шта више, у академским круговима се често говори и о потпуној унификацији компанијских права на нивоу Европске уније.[46] Дакле, временом ће се створити услови за потпуну слободу кретања компанија у Европској унији, а док до тога не дође, оне могу да користе

давно право – *lex societatis* се мења када се врши трансфер. Овај приступ, у суштини, одговара решењу нацрта предлога 14. Директиве о премештању регистрованог седишта компаније из једне у другу државу чланицу – види: The Commission's Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office, извор: *www.ec.europa.eu*.

45 Као препрека за усклађивање националних компанијских права се наводи да материја компанијског права није статична категорија, као и да је у питању право које је дуго било у надлежности националних судова који су специјализовани привредни судови, док суд Европске уније не познаје такву специјализацију и тумачи право Европске уније у циљу очувања и тумачења одредби Уговора о оснивању ЕЗ. Због тога је неопходно премостити јаз који постоји између ових судова узимајући у обзир тумачење судских пресуда; Види: К. Норт, *нав. дело*, стр. 13.

46 D. Babić, *нав. дело*, стр. 226.

своје право на настањивање у другим државама чланицама у обиму и на начин који тренутно постоји.[47]

***Sonja* BUNČIĆ, PhD**
Associate Professor at the Faculty of Technical Science, University of Novi Sad

***Milena* GALETIN**
Junior Faculty Member at the Faculty of Business in Services, Educons University, Sremska Kamenica

RIGHT OF ESTABLISHMENT IN THE EUROPEAN UNION AFTER *CARTESIO* CASE: FURTHER HARMONIZATION

Summary

The right of establishment of companies in the EU internal market is provided by the Treaty establishing the European Community. Case law of the Court of Justice of the European Union is very important for interpretation of this right. Twenty years after the first judgment in this legal area, the Court of the European Union in its case Cartesio shows that diversity of legal systems that exist in the Member States are taken into account. Moreover, this diversity should be seen as one of the main advantages of EU market because it leads to competition and impose a more active role of national legislators. The judgement in Cartesio case has induced further harmonization of the right of establishment of companies. The authors deal with analysis of different options as a possible solution.

Key words: *right of establishment of companies, Cartesio case, case law of the Court of the EU, harmonization, EU Company Law.*

47 Пред Судом Европске уније се очекује и питање везано за саодлучивање запослених. Наиме, уколико Суд Европске уније утврди да правила о саодлучивању запослених не могу бити препрека за остваривање права на настањивање, то може имати веома велики утицај на материјална компанијска права; *ibid*, стр. 248. Осим тога, битно је нагласити и то да је од момента добијања статуса кандидата Републике Србије за чланство у Европској унији, проучавање и праћење праксе Суда Европске уније постало императив за све правнике, у зависности од материје којом се баве.

***Јелена* ЛЕПЕТИЋ**
асистент Правног факултета Универзитета у Београду

ЗЛАТНЕ АКЦИЈЕ У КОМПАНИЈСКОМ ПРАВУ СРБИЈЕ*

Резиме

Државни протекционизам у компанијском праву је постао актуелна тема од изузетног значаја у светлу економских криза и множења иностраних државних фондова. У овом раду аутор указује на постојеће проблеме неадекватне примене института златних акција као облика државног протекционизма у Србији. Након дефинисања државног протекционизма и прегледа његових облика, аутор дефинише златне акције, утврђује њихове карактеристике и правну природу. Акценат је стављен на коришћење златних акција у пракси иако нису предвиђене законом. На тај начин отвара се питање да ли се држава може понашати као било који други правни субјекат, независно од њеног атрибута власти, имајући у виду поступање државе као акционара уопште. На крају, аутор указује на потребу законског регулисања златних акција у праву Србије законом којим се регулише питање приватизације.

Кључне речи: *златне акције, протекционизам, приватизација, држава као акционар.*

---

* Рад је настао у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „*Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске уније – правни, економски, политички и социолошки аспекти (2012)*“.

I Постављање проблема

Да би заштитила свој интерес, односно очувала одлучујући утицај, у компанијама које су настале у процесу приватизације и које тек треба да настану у процесу либерализације јавног сектора привреде, држава за себе задржава посебна права и након спровођења, тј. окончања поменутих процеса. Такво понашање државе може се назвати протекционистичким, док би се појам који обухвата различите начине на које држава штити своје интересе могао назвати протекционизам. Протекционизам је „систем трговачке политике коме је циљ заштићивање домаћих производа од иностране конкуренције путем увођења високих увозних царина на страну робу а снижавањем извозних итд.“[1] Два главна разлога за популарност државног протекционизма, тј. увођење различитих мера које побољшавају конкурентску позицију домаћих компанија, у последње време су оснивање иностраних државних фондова и појава економских криза.[2] Сама реч протекционизам обично има негативну конотацију, али то не значи да држава не треба да се меша у привреду никада и ни под којим условима. Није једноставно разграничити ситуације у којима је потребна или чак пожељна акција или реакција државе од оних када то није случај, имајући у виду чињеницу да држава некад мора адекватно одговорити ради заштите сопствених интереса.[3] У том смислу, може се поставити питање да ли држава поступајући на тај начин крши своје обавезе с аспекта домаћег права и права Европске уније. Држава може легитимно поступати не само као регулатор тржишта, већ и као улагач, равноправно са осталим учесницима на тржишту. Уколико за себе задржи нека посебна права, настају разне хибридне творевине као резултат мешања јавног и приватног права, те некада није једноставно разлучити да ли је поступање државе резултат коришћења атрибута власти или

1 Милан Вујаклија, *Лексикон страних речи и израза*, Београд, 1991, стр. 733. Иста дефиниција и у Brian A. Garner (ed.), *Black's Law Dictionary*, St. Paul, 2007, стр. 1260.

2 Вид. Klaus J. Hopt, „European Company and Financial Law: Obsservation an European Politics, Protectionism, and the Financial Crises“, у: Ulf Bernitz, Wolf-Georg Ringe (eds.), *Company Law and Economic Protectionism*, *New Challenges to European Integration*, Oxford-New York, 2010, стр. 14; Crispin Waymouth, „Is 'Protectionism' a Useful Concept for Company Law and Foreign Investment Policy? An EU Perspective“, у: Ulf Bernitz, Wolf-Georg Ringe (eds.), *Company Law and Economic Protectionism*, *New Challenges to European Integration*, Oxford-New York, 2010, стр. 37; Wolf-Georg Ringe, „Deviations from Ownership-Control Proportionality – Economic Protectionism Revisited“, у: Ulf Bernitz, Wolf-Georg Ringe (eds.), *Company Law and Economic Protectionism*, *New Challenges to European Integration*, Oxford-New York, 2010, стр. 209.

3 Вид. нпр. Jasper Lau Hansen, „Cross-Border Restructuring – Company Law between Treaty Freedom and State Protectionism“, у: Ulf Bernitz, Wolf-Georg Ringe (eds.), *Company Law and Economic Protectionism*, *New Challenges to European Integration*, Oxford-New York, 2010, стр. 177.

не. Постојање друштвеног капитала, неокончана приватизација, златне акције препознате у пракси као користан облик протекционизма државе, иако нису законска категорија, стварају специфичан амбијент (не) погодан за улагање.

II Златне акције као облик државног протекционизма

Држава као акционар за себе обезбеђује привилегије, тј. утиче на пословање приватизованих привредних субјеката на више начина: 1) стратешким управљањем – установљавањем права вета, којим може спречити доношење или обуставити спровођење одлуке која би значајно утицала на пословање друшта (нпр. продаја имовине); 2) установљавањем специјалног гласачког права – онемогућавањем осталих акционара да користе право гласа преко одређеног броја или забраном стицања гласачких права преко одређеног броја и 3) учествовањем у управљању компанијом – постављањем члана управног одбора.[4] Можемо закључити да се привилеговање државе обезбеђује неком врстом специјалног права гласа, које је ставља у неравноправан положај у односу на остале акционаре. Предвиђање посебних права, односно привилегија за државу представља изузетак од начела равноправности акционара, а посебна гласачка права изузетак од правила једна акција један глас. Те привилегије могу имати различите облике, у зависности од карактеристика правних правила у области компанијског права.

Уопштено говорећи, оснивачким актом, односно уговором о оснивању друштва може бити ограничено право гласа, уколико се на тај начин не крше одредбе закона који регулише ту материју. Тако, може се предвидети максималан број акција које може стећи један акционар, што последично ограничава и право гласа тог акционара (енгл. *holding ceiling*), али се може и ограничити само право гласа, без обзира на број поседованих акција или величину удела у капиталу, те се такве мере могу назвати механизмима за јачање контроле (енгл. *control enhancing mechanisms*).[5] Тачније, механизми за јачање контроле су механизми на основу којих настаје диспропорција, односно несразмера између висине капитала – броја акција или величине удела и права гласа власника, тј. на основу којих власник стиче већу контролу од оне која одговара његовом капитал учешћу.[6] Златне акције (енгл. *golden shares*, фр. *l'action spécifique*),

4 Вид. Jonathan Rickford, „Protectionism, Capital Freedom, and the Internal Market", у: Ulf Bernitz, Wolf-Georg Ringe (eds.), *Company Law and Economic Protectionism*, *New Challenges to European Integration*, Oxford-New York, 2010, стр. 58.

5 Вид. J. L. Hansen, *нав. чланак*, стр. 180.

6 Вид. део 2.1.1 (12) Радног документа Комисије о сразмери капитала и контроле у котираним друштвима, Брисел, 12.12.2007, стр. 10 (*Commission of the European*

би спадале у механизме за очување контроле као поткатегорије механизама за јачање контроле, уколико је држава акционар.[7]

Према томе, државни протекционизам постоји у случају предвиђања: права вета државе, без обзира на број поседованих акција, које онемогућава већинског акционара да донесе одлуку без пристанка државе као мањинског акционара; права државе на постављање директора, без обзира на број гласова, чиме се држави омогућује да управља компанијом у већој мери него осталим мањинским акционарима; одредби за спречавање других акционара да утичу на доношење одлука ограничавањем њиховог права гласа без обзира на висину улагања или забраном стицања акција са правом гласа преко одређеног процента. Акције државе које јој дају једно или више претходно набројаних права, називају се златне акције, па се могу назвати обликом државног протекционизма. Иако би држава као акционар требало да буде третирана као и остали акционари, субјекти приватног права, она је повлашћена управо ради чињенице да је субјект јавног права чији је интерес потребно посебно заштитити, независно од интереса самог привредног друштва. Већински акционари имају право стратешког управљања и учествовања у управљању на основу свог улагања, па се у у том случају не ради о привилегији. Уколико се ради о мањинском акционару, који на основу различитих механизама остварује поменута права као да је већински, онда се ради о посебним правима.

III Држава као акционар

Уставом Републике Србије из 2006. год. прокламовано је начело равноправности свих облика својине у чл. 86.[8] Тако државна својина као облик јавне својине има једнаку правну заштиту као приватна и задружна својина. Државна својина, својина аутономне покрајине и својина јединице локалне самоуправе представљају јавну својину што значи да је државна својина облик јавне својине.[9] У Србији је 2011. усвојен Закон о јавној својини према коме предмет јавне својине представљају, поред осталог, друге ствари и имовинска права, у које не спадају природна богатства, добра од општег интереса, мреже или ствари које користе органи или организације Републике Србије, аутономне покрајине

Communities, Commission Staff Working Document, Impact Assessment on the Proportionality between Capital and Control in Listed Companies, SEC(2007) 1705).

7 Ulf Bernitz, „Mechanisms of Ownership Control and the Issue of Disproportionate Distribution of Power", у: Ulf Bernitz, Wolf-Georg Ringe (eds.), *Company Law and Economic Protectionism*, *New Challenges to European Integration*, Oxford-New York, 2010, стр. 196.

8 Устав Републике Србије (*Службени гласник РС*, бр. 98/2006).

9 Устав РС, чл. 86 ст. 1.

и јединице локалне самоуправе.[10] Република Србија може улагати у друштва капитала средства у јавној својини и тако постати акционар акционарског друштва или члан друштва са ограниченом одговорношћу.[11] Када се ради о закону којим се регулишу привредна друштва у Србији, посебна права Владе помињу се само у контексту приватизације, односно својинске трансформације, а не и посебна права државе у редовним токовима пословања, нпр. након поступка приватизације.[12]

Закон о јавној својини уређује, између осталог, могућност државе да улаже средства у јавна предузећа и друштва капитала која обављају делатност од општег интереса. Држава може улагати средства и у друштва капитала која не обављају делатност од општег интереса према чл. 43 истог Закона. Важност претходно наведене одредбе је велика, јер ставља државу у исту раван са осталим инвеститорима на тржишту. То значи да држава треба да се руководи принципом максимизације профита када се ради о улагању у друштва капитала која не обављају делатност од општег интереса, тј. да она поступа *iure gestionis*, а *не iure imperii*, те с тога не може бити ни повлашћенија у односу на друге учеснике на тржишту.[13] Може се закључити да држава остварује улогу привредника на два начина: кроз оснивање јавних предузећа и улагањем у друштва капитала, на основу чега постаје члан, односно акционар друштва.[14]

Држава може постати акционар или члан друштва са ограниченом одговорношћу на више начина, али би се тешко пронашао разлог због кога би држава била члан друштва лица, због правила о одговорности.[15] Према врсти намере, држава може постати акционар из комерцијалних побуда, односно улагања ради стицања профита или бар очувања вредности капитала, али и из некомерцијалних разлога, нпр. ради спречавања повишене незапослености и очувања других државних интереса. Према постојећем друштвеном уређену или наслеђу, држава може постати акционар у поступку приватизације, као што је то случај у транзицио-

10 Закон о јавној својини (*Службени гласник РС*, бр. 72/2011).

11 Закон о јавној својини, чл. 14.

12 Закон о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 36/2011 и 99/2011).

13 Вид. Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, Београд, 2011, стр. 24; Јакша Барбић, *Право друштава, Књига прва, Општи део*, Загреб, 2008, стр. 14; Нина Широла, Синиша Петровић, „Држава и трговачко друштво", *Зборник Правног факултета у Загребу*, бр. 3–4/2010, стр. 659.

14 Вид. Небојша Јовановић, „Држава као акционар", у: Мирко Васиљевић, Вук Радовић (ур.), *Корпоративно управљање*, Београд, 2008, стр. 131–132. О јавним предузећима вид. нпр. Дијана Марковић-Бајаловић, „Начела либерализације јавног сектора привреде – У складу са правном регулативом Европске уније", *Право и привреда*, бр. 5–8/2004, стр. 192–193. Вид. Закон о јавним предузећима и обављању делатности од општег интереса (*Службени гласник РС*, бр. 25/2000, 25/2002, 107/2005).

15 Вид. Н. Широла, С. Петровић, *нав. чланак*, стр. 661.

ним привредама или у оквиру редовног пословања у капиталистичким друштвима. Овде долази до мешања јавног и приватног права, па је некада тешко разграничити да ли држава поступа *iure gestionis* или *iure imperii*. Држава може оснивати акционарска друштва и да би обезбедила нормално функционисање тржишта, дакле у својству регулатора.[16]

IV Правни основ за предвиђање посебних права

Привилегије за државу као акционара могу настати на основу закона али и на уговорној основи, путем оснивачког акта или уговора о оснивању, или могу бити предвиђене статутом акционарског друштва, уколико је то дозвољено законом који регулише привредна друштва.[17] Тако се у закону који регулише привредна друштва привилеговање може предвидети у делу који се односи на равноправност акционара и на право гласа. Од општег правила којим се предвиђа равноправност, може се одступити ако је то предвиђено другим законом (*lex specialis*), а најчешће се ради о закону којим се регулише питање приватизације у коме се предвиђају посебна права за државу ради заштите општег интереса. Држава на тај начин стиче посебна права користећи атрибут власти, тј. поступа *iure imperii*. Једино у случају да акционари приликом оснивања акционарског душтва, у коме је држава мањински акционар без привилегија, или касније у статуту предвиде посебно право државе као једног од акционара, држава би тада у вршењу тих права поступала *iure gestionis*, без обзира на дату јој привилегију. Напред наведено важи и за случај када посебна права стекне субјект приватног права који врши делатност од општег интереса, а коју му је на вршење поверила држава, јер поступа за државу у том смислу.[18] Дакле, држава може вршити власт не само непосредно, када је она акционар, већ и посредно, када је нпр. акционар неко тело или предузеће које је основала држава, као и у случају када држава нема капитал у привредном друштву, али му је поверила обављање делатности од општег интереса на основу чега су за то друштво конституисана посебна права. Императивност одредби Закона о привредним друштвима, посебно када се ради о јавном акционарском друштву, затим чињеница да држава може учествовати на тржишту у својству регулатора и улагача, али и да је држава понекад привилегована као акционар након спровођења приватизације, говори у прилог

16 Тако је нпр. основан Централни регистар, депо и клиринг хартија од вредности као затворено акционарско друштво Законом о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената (*Службени гласник РС*, бр. 47/2006).

17 Посебно о подели случајева пред Судом правде Европске уније према сличном критеријуму вид. J. Rickford, *нав. чланак*, стр. 59–79.

18 *Ibid.*, стр. 78.

чињеници да је елемент „јавног“ присутан у компанијском праву.[19] То такође потврђује и значајан однос компанијског и управног права, чије се норме често допуњавају.

V Златне акцији у теорији и пракси

1. Појам, карактеристике и правна природа

Права која акције дају могу бити различита да би задовољила потребе улагача у посебним ситуацијама.[20] Држава може бити власник акције која даје већа права у односу на величину капитала и на тај начин обезбедити појачану контролу над привредним друштвом. Ако држава поседују такву акцију, та акција се може назвати златном, што се не би могло рећи за случај када држава поседује акције које не дају посебна права. Можемо закључити да није свака акција коју поседује држава златна, иако се у литератури златне акције дефинишу најчешће као акције које поседује држава.[21] Златне акције би се могле дефинисати и као акције путем којих се држава обезбеђује од непожељне продаје приватизованих привредних друштава.[22] Постоје и мишљења да се ради о обичним акцијама које дају посебна права.[23] С друге стране, могле би се дефинисати и као једна од мера одбране, у најширем смислу, акционарског друштва од преузимања контроле.[24] Златне акције губе карактер „златних“ продајом другом власнику. Специјалан карактер имају само за време док су у рукама државе, па им је и привременост једна од карактеристика. Према томе, три критеријума су правно релевантна за њихово разврставање у посебну категорију: особеност лица које држи акције, посебна права која дају и привремен карактер. У сваком случају,

19 Тако и U. Bernitz, *нав. чланак*, стр. 191.

20 Вид. Andreas Cahn, David C. Donald, *Comparative Company Law, Text and Cases on the Law Governing Corporations in Germany, the UK and the USA*, Cambridge, 2010, стр. 266.

21 Вид. нпр. J. L. Hansen, *нав. чланак*, стр. 182.

22 Вид. М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 268.

23 Тако Maurice Cozian, Alain Viandier, Florence Deboissy, *Droit des sociétés*, Paris, 2005, стр. 382.

24 О појму мера одбране од преузимања контроле вид. Вук Радовић, *Мере одбране акционарског друштва од преузимања конроле*, Београд, 2008, стр. 17. О златним акцијама у контексту преузимања вид. Дионис Јурић, Антонија Зубовић, „Протупреузимателjске мјере и положај управе циљног друштва у поступку преузимања дионичког друштва“, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, бр. 1/1991, стр. 317.

ради се о посебној врсти акција,[25] а не о посебним правима, јер саме акције дају одређена права. Имајући у виду наведене карактеристике, може се закључити да су према правној природи златне акције посебна врста акција.

Компаније са златним акцијама су резултат заштите националног интереса, а не интереса саме компаније. Златне акције представљају меру протекционизма државе након спровођења поступка приватизације. Према томе, такве хибридне творевине су од посебног интересовања и јавног, а не само приватног права.[26] У законодавству Републике Србије, златне акције нису уведене у правни живот ни Законом о привредним друштвима, нити Законом о тржишту капитала, али ни Законом о приватизацији.[27] Да закључимо, златне акције су посебна врста акција које представљају механизам за очување државне контроле које дају једно или више специјалних гласачких права држави док су у њеном поседу.

2. Златне акције у пракси

Иако нису законом предвиђена категорија, златне акције су коришћени инструмент државног протекционизма у Србији. Помињу се као инструмент који је могуће користити у процесу управљања сајамских институција у Стратегији развоја трговине Републике Србије из 2009. године.[28] Није јасно због чега законом нису уведене у правни систем Србије, макар као привремено решење, због процеса транзиције и недовршене приватизације, ако се већ помињу у Стратегији. Ако се на претходно дода да економско уређење према Уставу Србије почива, између осталог, на тржишној привреди, отвореном и слободном тржишту и равноправности приватне и других облика својине, поставља се питање да ли би привилеговање државне својине, у овом случају предвиђање златних акција било уставно.[29] У том смислу, могло би се тврдити да не би било оправдано ни предвиђање златних акција посебним законом, пошто се ради о привилеговању државе као акционара.

25 Тако Татјана Јованић, „Златне акције и неки облици државне контроле над пословањем приватизованих предузећа која обављају делатности од општег интереса", *Право и привреда*, бр. 5–8/2004, стр. 249.

26 Слично, *Ibid.*, стр. 253.

27 Закон о тржишту капитала (*Службени гласник РС*, бр. 31/11); Закон о приватизацији (*Службени гласник РС*, бр. 38/2001, 18/2003, 45/2005, 123/2007).

28 Стратегија развоја трговине Републике Србије (*Службени гласник РС*, бр. 15/2009), део III, 3.2. У Стратегији се, између осталог, наводи да је потребно на адекватан начин обезбедити модел интеракције државних органа и тржишних институција у процесу транзиције.

29 Устав РС, чл. 82 ст. 1 и чл. 86.

Јасно је да је до тренутне ситуације дошло ради процеса својинске трансформације у Србији, као и да постоји потреба да се заштити државни интерес у појединим областима у којима је дошло до приватизације, као нпр. у сектору енергетике и телекомуникација. Не доводећи у питање потребу, односно оправданост увођења инструмената такве врсте, поставља се питање да ли је у Србији предвиђен адекватан законски оквир заштите државних интереса.[30] До тренутка уласка у Европску унију, након чега неће бити могуће користити златне акције као облик државног протекционизма у мери у којој је то сада могуће, потребно је предвидети јасна законска решења овог питања.

Пример предвиђања посебних права за државу, у виду златних акција постоји у „НИС-у" а.д. Нови Сад (скраћено пословно име), односно Друштву за истраживање, производњу, прераду, дистрибуцију и промет нафте и нафтних деривата и истраживање и производњу природног гаса „Нафтна индустрија Србије", основано Одлуком Владе 2005. године (даље: НИС).[31] Република Србија као оснивач НИС-а, чија овлашћења врши Влада преко овлашћених представника, била је власник свих акција (ради се о обичним акцијама са номиналном вредношћу сваке у износу од 10.000 динара). Средства за оснивање и рад друштва чинила су средства којима је пословало Јавно предузеће „Нафтна индустрија Србије".[32] Овом Одлуком нису била предвиђена посебна права државе као оснивача и јединог власника овог затвореног акционарског друштва. Након што је закључен уговор о продаји акција НИС-а између Републике Србије и ОАД Газпром Нефта 2008. године, оснивачки акт је промењен. Уговором о продаји предвиђене су привилегије за Републику Србију, у смислу стратешког управљања, онемогућавањем доношења одређених одлука без позитивног гласа РС док год поседује 10% или више акција. Конкретно се ради о: усвајању финансијских извештаја и извештаја ревизора, изменама оснивачког акта и Статута, повећању и смањењу капитала, статусних промена, стицању и располагању имовином велике вредности, промени регистрованог седишта и основне делатности и престанку друштва. Када се ради о учествовању и управљању и контроли као посебном механизму заштите, РС је задржала право да именује интерног ревизора или да именује председника и већину чла-

30 О адекватности увођења златних акција у правне системе држава у региону вид. Владимир Савковић, „Златне акције у праву Европске уније", *Правни живот*, бр. 11/2011, стр. 177.

31 Одлука Владе бр. 023–4377/2005–1 од 7. јула 2005. године (*Службени гласник РС*, бр. 60/2005). Златна акција постоји и у Предузећу за телекомуникације „Телеком Србија" а.д., које је основало Јавно предузеће ПТТ саобраћаја „Србија" 1997. године. Вид. податке о историјату настанка златне акције у Телекому доступне на адреси: *http://www.telekom.rs/AboutUs/AboutUs.aspx?temp=0&sid=1&id=112*, 22.2.2012.

32 Вид. Одлуку о оснивању НИС-а, чл. 6.

нова надзорног одбора, док поседује 10% капитала. Претходно важи и у случају измене закона којим се уређује структура органа управљања и начин доношења одлука.[33] У измењеном и допуњеном Оснивачком акту из 2010. године и даље су предвиђена иста права РС, као и у Статуту из 2010.[34] Позитиван глас РС потребан је и за доношење одлуке о ограничавању или укидању права пречег уписа акција.[35] Претходне одредбе нарушавају правило једна акција један глас, из разлога што и поред чињенице да државе у једном тренутку има само 10% капитала, одређене одлуке се не могу донети без њене сагласности, као да је држава као акционар надгласала остале акционаре. Ово би се могло третирати као право вета државе или као вишеструко право гласа, јер је ефекат исти. У сваком случају, правило једна акција један глас је на овај начин обесмишљено. Основно питање је да ли се на основу аутономије воље може одступити од принципа равноправности акционара када се ради о праву гласа, предвиђеног Законом о привредним друштвима, с обзиром на чињеницу да та могућност није предвиђена Споразумом између Владе Републике Србије и Владе Руске Федерације о сарадњи у области нафтне и гасне привреде из 2008. године.[36]

3. Златне акције у теорији

Предвиђање привилегија било које врсте држави или неком другом акционару у оснивачком акту, уговору о оснивању или статуту друштва доводи у питање начело равноправности акционара, названог начело једнаког третмана акционара према коме се сви акционари имају третирати на једнак начин под једнаким околностима, у складу са Законом о привредним друштвима.[37] Начело равноправности акционара је императивне природе када се ради о праву гласа акционара, што се да

33 Вид. Уговор, одредба 4.4, доступан на интернет адреси: *http://www.media.srbija.gov.rs/medsrp/dokumenti/ugovor_nis.pdf*.

34 Вид. измењени и допуњени Оснивачки акт, чл. 9.3, 10, 12.10, 13.2, 13.5, 15.3 и 20.4, доступан на адреси: *http://www.nis.rs/wp-content/uploads/2011/12/osnivacki-akt.pdf* и Статут НИС-а, чл. 3.13, 6.1, 9.7, 13.5, доступан на адреси: *http://www.nis.rs/wp-content/uploads/2012/01/statute.pdf*.

35 Вид. измењени и допуњени Оснивачки акт, чл. 10.

36 Да је златна акција предвиђена овим Споразумом законитост предвиђања посебних права за Републику Србију не би могла бити оспорена, јер се потврђени међународни уговори налазе одмах иза Устава Србије. Вид. Решење Уставног суда, ИУМ број 159/2008 од 16. јула 2009. године (*Службени гласник РС*, бр. 82/20009). Споразум је доступан на адреси: *http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_sekcija.php?id=81909*, 1.3.2012.

37 Закон о привредним друштвима, чл. 269. Једнак третман акционара исте класе помиње се и у контексту смањења капитала у чл. 318.

закључити из законске формулације.[38] Предвиђање посебних гласачких права доводи до кршења принципа једна акција један глас, промовисаног у Закону.[39] У правним системима појединих држава законом може бити допуштено одступање од правила једна акција један глас.[40] Важно је напоменути, да би право на равноправан третман требало да имају и мањински и страни акционари.[41]

Интересантно је да начело равноправности власника капитала, односно њихово право на једнак третман, ако су у истом правном положају, није на јединствен начин регулисано у делу Закона који се односи на друштва са ограниченом одговорношћу и у делу који се односи на акционарска друштва. Када се изврши поређење законске формулације поменутог начела у том смислу, може се приметити да се у делу Закона који се односи на друштва са ограниченом одговорношћу наводи да су права члана друштва сразмерна учешћу удела тог члана у основном капиталу друштва осим ако је другачије предвиђено оснивачким актом.[42] Другачија је ситуација када се ради о акционарским друштвима, јер се не помиње могућност да оснивачким актом буде другачије предвиђено. Правило које се односи на друштво са ограниченом одговорношћу је евидентно диспозитивне природе, па чланови могу уговорити другачије без посебних ограничења, док су акционари ипак ограниченији у том смислу, па могу ограничити домет овог правила само у Законом прописаним случајевима (нпр. давање одређених привилегија оснивачима). Потребно је напоменути да се ни уговором акционара не би могло нарушити начело равноправности акционара у погледу права гласа акционара.[43] Начело аутономије

38 Принцип према коме једна акција даје увек право на један глас промовисан је у чл. 251 ст. 1 тач. 1 Закона о привредним друштвима. На нивоу Европске уније није вероватно да ће ускоро бити донета директива којом би била уведена обавеза за државе да предвиде императивно правило једна акција један глас. Вид. W.-G. Ringe, *нав. чланак*, стр. 213.

39 О златним акцијама као институту којим се одступа од принципа једна акција један глас вид. Guido A. Ferrarini, „One Share – One Vote: A European Rule", *ECGI – Law Working Paper No. 58/2006*, стр. 22, доступно на адреси: *http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=875620*, 20.3.2012.

40 Тако је нпр. у Данској дозвољено, иако ретко коришћено у пракси, да право гласа акционара зависи од временског периода поседовања акције, где се фактички награђује лојалност акционара, док је изузетно често предвиђање акција које са плуралним вотумом (енгл. *multiple voting rights*). Вид. J. L. Hansen, *нав. чланак*, стр. 180.

41 Правило Закона о привредним друштвима о праву акционара исте класе на једнак третман у складу је са модерним тенденцијама у компанијском праву, имајући у виду да је промовисано у ОЕЦД Принципима корпоративног управљања из 2004. године у одељку III, доступним на адреси: *http://www.oecd.org/dataoecd/32/18/31557724.pdf*, 1.3.2012.

42 Закон о привредним друштима, чл. 152.

43 Уговором акционара могу бити уређене посебне обавезе акционара, права и обавезе у вези са преносом акција, питање гласања, прерасподеле добити, решавања

воље овде не би имало превагу, чак ни у случају да сви остали акционари донесу акт којим се привилегује држава као акционар у том смислу. Према томе, није законито ни предвиђање златних акција актима друштва, јер би се на тај начин привилеговала држава. Једини начин предвиђања златних акција на законит начин би био путем посебног закона. У Закону о привредним друштвима се при том и не помиње могућност да се посебним законом предвиде златне акције. Претходно је оправдано из разлога што би то оптеретило законски текст, а и било би несврсисходно да увек у *lex generalis*-у стоји „ако другим законом није другачије одређено". *Lex specialis* је у овом случају Закон о приватизацији или неки други закон којим се регулише област у процесу либерализације, а с обзиром на чињеницу да се ни њиме не предвиђају златне акције, да се закључити да је предвиђање истих незаконито, уколико је то учињено подзаконским актом или актом привредног друштва, јер тиме долази до кршења начела равноправности акционара у делу који се односи на право гласа.[44]

Уопштено говорећи, начело равноправности акционара није апсолутно, тј. трпи изузетке нпр. предвиђањем могућности установљавања посебних погодности за оснивaче првим статутом друштва или путем евентуалног закључења уговора између акционара којим би се такође могле предвидети одређене привилегије за неког од њих.[45] Равноправност акционара је заправо законска презумпција.[46] Даље, потребно је сагледати и смисао ове норме. Сврха правила о једнаком третману акционара у истом положају је да заштити самог акционара који је на неки начин у подређеном положају, у случају када неко лице има могућност да спроводи своју вољу.[47] Статутом се не би могла мењати ова норма, нити би се акционар могао одрећи права на једнак третман у начелу. У случају златних акција, ради се о формалном неједнаком поступању, са пристанком већинског акционара на неједнак третман.[48]

У старом Закону о привредним друштвима из 2004. године, који је био на снази у време оснивања НИС-а и закључења уговора о продаји акција НИС-а између Републике Србије и ОАД Газпром Нефта, такође нису биле предвиђене златне акције.[49] Истим Законом, било је

блокаде у одлучивању и друга питања од значаја за њихове међусобне односе. Вид. Закон о привредним друштвима, чл. 15.

44 Према Закону о трговачким друштвима Хрватске, није дозвољено издавање златне акције, већ је то учињено посебним законима. Вид. Јакша Барбић, *Право друштава, Књига друга, Друштво капитала*, Загреб, 2007, стр. 348.

45 Вид. Закон о привредним друштвима, чл. 15 и 267.

46 Вид. М. Васиљевић, *нав. дело,* стр. 307.

47 Вид. Зоран Арсић, „Право на једнак третман акционара", *Право и привреда*, бр. 5–8/2004, стр. 82–82.

48 О материјалном и формалном неједнаком третману акционара вид. *Ibid*., стр. 84.

49 Закон о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 125/2004).

предвиђено да једна акција увек даје један глас, као и да свака обична акција даје акционару иста права.[50]

Посебна права Републике Србије у случају НИС-а су временски ограничена на период док држава Србија има најмање 10% капитала, што зависи само од воље државе. Право вета даје једнаке могућности држави као да је већински акционар, односно као да поседује акцију са вишеструким правом гласа, па је на тај начин правило једна акција један глас обесмишљено. Уколико би држава Србија пренела пакет акција на треће лице, те акције више не би имале карактер златних, због промене власништва, па би акција која је давала посебна права постала обична акција у рукама новог акционара. Према томе, уколико би постојала могућност да се актима друштва предвиди привилеговани положај за неког од акционара, то се не би могло оправдати категоријом интереса привредног друштва, јер је кључни интерес у овом случају интерес државе, а не друштва. Систематским тумачењем Закона о привредним друштвима можемо закључити да се ради о императивној норми о равноправности акционара у погледу права гласа као основном праву акционара.[51] Претходно је још од веће важности када се ради о држави као акционару, јер се од државе може очекивати да искористи атрибут власти у циљу побољшања сопственог положаја. Уколико се желе заштитити национални интереси, њихову заштиту је потребно омогућити посебним законом, што није урађено у Србији.

VI Закључак

Државни протекционизам подразумева предвиђање различитих правних правила на основу којих држава за себе задржава привилегије, односно предвиђа посебна права, након успешног спровођења поступака приватизације и либерализације у кључним секторима привреде. Побољшање конкурентности домаће привреде, економска криза, и све израженији страх од страних државних фондова, само су неки од разлога за окретање државном протекционизму. У пракси је тешко пронаћи идеалну меру заштите државног интереса у свакој прилици и предвидети адекватан законски оквир. Због специфичности ситуације у пракси, услед спровођења поступака приватизације, настале су различите хибридне творевине јавног и приватног права.

Предвиђање права вета, онемогућавање стицања власништва преко одређеног процента или суспендовање гласачких права, као и право

50 Вид. Закон о привредним друштвима из 2004. год., чл. 208.

51 Поред права гласа, у основна права акционара би спадала право на дивиденду и право на ликвидациони остатак. О подели на основна и помоћна права акционара, вид. З. Арсић, *нав. чланак*, стр. 83–84.

на постављање чланова управе без обзира на висину капитал учешћа, путем закона или актима друштва, представљају популарне мере протекционизма којима се служе државе. Уколико поменута посебна права има држава као мањински акционар, на основу акција које поседује, такве акције се називају златне акције. У праву Србије, златне акције су значајан облик државног протекционизма у контексту приватизације, иако нису предвиђене нити једним законом. Према правној природи, златне акције су посебна врста акција привременог карактера, које представљају механизам за очување државне контроле, из разлога што дају једно или више специјалних гласачких права држави док су у њеном поседу. Њихово предвиђање доводи у питање начело равноправности акционара, с обзиром на чињеницу да једино држава као акционар поседује посебна гласачка права, а не и остали акционари. Држава као улагач би требало да има иста права као и остали субјекти приватног права, па се може поставити питање да ли се држава уопште може понашати као и остали улагачи независно од атрибута власти. Начело равноправности акционара у делу који се односи на право гласа је императивне правне природе, што се да закључити тумачењем Закона о привредним друштвима. Према томе, није дозвољено предвиђање златних акција, као облика државног протекционизма, актима привредног друштва. Уопштено говорећи, то не значи да је начело равноправности ационара у ширем смислу апсолутно, имајући у виду да се заправо ради о законској презумпцији, јер и сам Закон дозвољава одређена одступања од овог начела. Коришћењем златних акција у пракси, које нису законска категорија у Србији, обесмишљен је принцип једна акција један глас, јер се на тај начин постижу исти ефекти као и у случају предвиђања акција које дају више гласова.

Могућност издавања златних акција потребно је предвидети посебним законом или законима, што у Србији није учињено, већ су златне акције предвиђене на аутономној основи, што није у складу са Законом о привредним друштвима. Златне акције би требало увести у правни систем путем измена и допуна Закона о приватизацији што би елиминисало потребу предвиђања златних акција појединачним законима приликом либерализације сваког од кључних сектора привреде, који очекују Србију у наредним годинама. У периоду док Србија не постане чланица Европске уније, овај институт се може користити у значајној мери као пример позитивног државног протекционизма.

***Jelena* LEPETIĆ**
Junior Faculty Member at the Faculty of Law University of Belgrade

GOLDEN SHARES IN THE COMPANY LAW OF SERBIA

Summary

Economic protectionism in company law has become a current issue of great importance in the light of financial crises and multiplication of sovereign wealth funds. In this paper, the author indicates existing problems related to inadequate application of golden shares as a form of state protectionism in Serbia. After providing the definition of economic protectionism and list of its forms, the author defines golden shares and determines their characteristics and legal nature. The use of golden shares in practice has been emphasized due to the fact that they are not prescribed by law. The example of its application leads to the issue whether the state can behave as any other subject of law independently of its attribute of power considering the behavior of state as shareholder in general. At the end, the author points to the need for the regulation of golden shares by law on privatization in Serbia.

Key words: *golden shares, economic protectionism, privatization, state as shareholder.*

Адриана **МИНОВИЋ**

Марко **МАТОВИЋ***

ИНСТИТУТ ПРОБИЈАЊА ПРАВНЕ ЛИЧНОСТИ И ЊЕГОВА ПРИМЕНА ПРИЛИКОМ ПРОШИРЕЊА АРБИТРАЖНИХ СПОРАЗУМА/КЛАУЗУЛА НА НЕПОТПИСНИЦЕ

Резиме

Пробијање правне личности омогућава занемаривање правног субјективитета компаније у ситуацијама које представљају злоупотребу својства правног лица компаније. Тиме се омогућава да се занемари ограничена одговорност код друштва капитала и да се из разлога правичности та одговорност прошири на лица која су злоупотребила ту ограничену одговорност. Бавећи се анализом и применом овог института аутори су се трудили да из што више углова посматрају и образложе овај институт, и то су покушали да учине одговарајући на низ питања. У том контексту су се бавили теоријским схватањима о институту пробијања правне личности, формама код којих се може применити, питањем одговорности у случају примене, самим поступком пробијања правне личности, случајевима примене овог института код нас и у упоредној пракси, итд. Такође, имајући у виду наглу експанзију међународне трговине и појаве све већег броја мултинационалних компанија, овај институт почиње да налази своје место и у оквирима међународне сцене. С обзиром на то да арбитражни начин решавања спорова у последње време преовлађује кад је у питању

* Студенти Правног факултета Универзитета у Београду који су добили награду за најбоље урађен рад из области компанијског права на конкурсу Фонда „Професор др Мирко Васиљевић“ за школску 2011/2012. годину.

решавање међународних трговинских спорова, аутори су покушали да прикажу значај и примену овог института и у овом сегменту кроз питање проширења арбитражних споразума/клаузула на непотписнице. У светлу тога аутори су се бавили питањима домашаја арбитражног споразума, теоријама о проширењу арбитражних споразума, применом овог института приликом проширења арбитражних споразума, итд. На крају анализе проширења арбитражних споразума/клаузула на непотписнице применом доктрине о пробијању правне личности, дотакли су се и питања признања и извршења конкретне арбитражне одлуке. У том контексту аутори покушавају да укажу на потенцијално решење овог проблема применом хибридног приступа.

Кључне речи: *пробијање правне личности, одговорност, арбитражни споразум, проширење дејства, судска пракса.*

I Настанак, појам и предмет пробоја правне личности

Пробијање правне личности се најчешће дефинише тако што се сматра да је „пробијање правног субјективитета компаније судско занемаривање (неуважавање), злоупотребљеног својства правног лица компаније, у одређеној парници по тужби заинтересованог лица у циљу отклањања штетних последица злоупотребе".[1] Овим институтом се омогућава да се занемари ограничена одговорност код друштва капитала и да се из разлога правичности та одговорност прошири на лица која су злоупотребила ту ограничену одговорност. Иако се на први поглед чини да овај институт брише разлику између друштва, лица и капитала, оно што треба схватити је то да он само потврђује да је правни субјективитет друштва капитала правило, а пробијање правне личности изузетак.[2]

У покушају да свеобухватно објаснимо овај институт и његов значај и примену, пробаћемо да, пролазећи кроз доле наведене целине, одговоримо на неколико питања као што су: У којим околностима је настала потреба за увођењем института пробоја правне личности? Које су методе овог института, као и последице његове примене? Каква је позиција науке и праксе у односу на овај институт? И како се он из поља примене компанијског права проширио и на друга поља привредног права, као што је арбитражно право?

1 Небојша Јовановић, „Пробијање правног субјективитета компаније", *Правни живот*, бр. 10/1997, стр. 867.

2 Јелена Драговић, *Правно-економска анализа пробоја правне личности*, маг. рад, Београд, 2010, стр. 7.

Пробој правне личности (*piercing the corporate veil*, *lifting the corporate veil*) први пут се спомиње средином XX века, тј. 60-их, 70-их година и то на подручију држава англосаксонског права, а у писаној форми у делу Гауера и то у првом издању дела *Основи о савременим компанијама*, објављеном 1954. године.[3] Пробој правне личности је настао као продукт праксе судова англосаксонског права, односно као потреба заштите основних начела пословања као што су добри обичаји (*bona fides*), начела правичности, као и заштите поверилаца од несавесног поступања дужника. Стога се и један од првих и најзначајнијих случајева примене института пробијања правне личности везује за енглеско правосуђе, и то у поступку *Salomon v. Salomon and Co. Ltd.* из 1897.[4]

Саломон је био трговац (предузетник) и одлучио је да промени ову форму привредног друштва у акционарско друштво. Сходно енглеским прописима који су предвиђали да је за оснивање акционарског друштва потребно минимално седам оснивача, Саломон је поред себе укључио своју жену и петоро деце. Стварни оснивач је био заправо само Саломон, док су остали оснивачи имали по једну акцију од по једне фунте. Касније, када је акционарско друштво запало у кризу, и када је покренут поступак ликвидације (стечаја), необезбеђени повериоци тражили су од суда да поред компаније њима одговара и стварни оснивач Саломон, будући да се ради само о тзв. компанији и да је она радила само као Саломонов агент (заступник). Суд је у првој инстанци дао за право обичним повериоцима а ту одлуку је потврдио и Апелациони суд само са другим мотивима. Међутим, Дом лордова је одлуку оборио. Без обзира на коначан исход овог случаја, он је утро пут овом институту и одсликава његову суштину. Иако је институт пробијања правне личности продукт судске праксе англосаксонског правосуђа, он свакако налази своје место и у законодавном режиму континенталног права и омогућава поштовање основних принципа пословања, као и поштовање неких од основних правних начела. Свакако најширу примену је добио у земљама тржишне привреде у којима су оснивачи нарочито обраћали пажњу при избору форме за оснивање предузећа, како би омогућили остваривање што већег профита, а да пак њихова лична имовина остане одвојена од имовине предузећа које оснивају.

Поред регулисања пробијања правне личности законом, он је као институт ушао у правни систем земаља континенталног права и кроз институт фидуцијарне дужности тј. рада у интересу друштва. Веза та два

3 Laurence Cecil Bartlett Gower, *The Principles of Modern Company Law*, London, 1954.

4 L. C. B. Gower, *The Principles of Modern Company Law*, 5th edition, London, 1992, стр. 124.

института се огледа у томе што закон прописује да сва лица која имају установљене дужности према привредном друштву бивају обухваћена овом дужношћу, укључујући и контролне чланове и акционаре. Од њих се „захтева“ да делују савесно и у „најбољем интересу компаније“, а не у личном интересу.[5] Закључујемо да се правилним тумачењем одредбе о фидуцијарној дужности могу постићи исти ефекти као и применом института пробоја правне личности, када дође до повреде дужности и лојалности.

Приликом оснивања предузећа као оснивачи се могу јавити било правна било физичка лица. Од избора форме зависиће и одговорност оснивача за обавезе предузећа, а самим тим и потенцијална примена института пробијања правне личности. У компанијском праву разликујемо као форме предузећа, друштва лица и друштва капитала. Друштва лица јесу ортачко и командитно друштво, а друштва капитала чине друштво са ограниченом одговорношћу (ДОО) и акционарско друштво (АД). У сфери одговорности за обавезе предузећа, код друштва лица, чланови одговарају неограничено солидарно, док код форме друштва капитала, одговарају у границама својих улога. Сходно карактеристикама одређених форми предузећа, можемо приметити да је за оснивача далеко повољнија форма друштва капитала. Главна карактеристика друштва капитала је одвојеност имовине оснивача од имовине предузећа, те стога предузеће одговара својим повериоцима искључиво својом имовином, а оснивачи само до висине својих улога. Оваква форма предузећа је врло подобна разним злоупотребама од стране оснивача, и управо у тим ситуацијама, значајну улогу игра институт пробијања правне личности. Дакле „власници (оснивачи, акционари, чланови) ових форми предузећа заштићени су ‘оградом-велом’ њихове правне личности, што је у принципу правна гаранцијска брана да повериоци предузећа уђу у ‘забран’ њихове персоналне имовине (независно да ли је реч о правним или физичким лицима)“.[6]

Како би се обезбедила адекватна заштита трећим лицима, повериоцима предузећа, кроз судску праксу се развио институт пробоја правне личности који омогућава повериоцима да се наплате из имовине оснивача. Професор Васиљевић наводи да „правни субјективитет предузећа типа друштва капитала ипак није увек непробојан зид за повериоце предузећа. У ствари, овај зид је непробојан ако се правна личност предузећа не користи за законом недозвољене циљеве (оштећење поверилаца, мешање имовине са имовином власника, разне преварне

5 Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, Београд, 2009, стр. 137.

6 Мирко Васиљевић, „Пробијање правне личности – piercing the corporate veil“, *Правни живот*, бр. 11/1995, стр. 17.

радње и слично). У противном, диже се ограда-вео правне личности и улази се на терен неограничене одговорности власника предузећа за обавезе предузећа типа друштва капитала, чиме се бришу компаративне предности ове форме предузећа над формама типа друштва лица."[7]

1. Теоријска схватања о пробијању правне личности

Бројни аутори су се бавили, а и данас се баве, пробијањем правне личности и улогом тог института, као и његовом потребом. Као и небројено пута у правној науци, наилази се на дијаметрално супротне ставове. Од става да је институт неопходан и да обезбеђује додатну заштиту, стабилност у пословању и примени права сходно принципима добрих обичаја, до тога да је институт превише арбитраран и да одбија упуштање правних субјеката у инвестиције сопственог капитала, сматрајући их ризичним због постојања поменутог института. Поборници доктрине пробијања правне личности се слажу да је неопходно сачувати строге стандарде за примену поменуте доктрине како би се очувала ограничена одговорност као правило, а пробијање правне личности остало као изузетак. Аутори који су за укидање тврде да је неопходно још више радити на ојачавању ограничене одговорности и то укидањем пробијања правне личности. Они наводе да ова доктрина не пружа јасне и прецизне критеријуме у којим ситуацијама се овај институт има применити, већ је заснована на факторима које судови морају да узму у обзир при одређивању да ли је у питању кршење корпоративног облика или не. Стандарди по којима се врши пробој правне личности остављају велики простор за дискрециono поступање судија, а што за резултат има несигурност код инвеститора.[8]

У француској теорији доминантна је теорија фикције. Полази се од неограничене одговорности власника (акционара и чланова) под одређеним претпоставкама и чланова управе друштва. Наводи се да услед разних преварних радњи које служе личном интересу, као што су располагања имовином правне личности као својом, у случају злоупотребе имовине, расипање активе или преварног повећања пасиве „правна личност се сматра фикцијом, те се право не зауставља пред механизом правне личности коју је само креирало, већ дизањем његовог вела упућује ка стазама неограничене одговорности власника, а под одређеним претпоставкама и чланова управе друштва, који нису власници истовремено".[9] У италијанској теорији је развијена теорија „скри-

7 М. Васиљевић, *нав. чланак*, стр. 18.

8 Ј. Драговић, *нав. дело*, стр. 23.

9 Andre Tunc, *Le droit anglais de societes anonymes*, Paris, 1978, стр. 42.

веног предузетника" који се крије иза субјективитета друштва или и субјективитета друштва и лица које даје своје име друштву, а све користи из пословања друштва ужива тај фактички *dominus,* а заузврат свој ризик пословања друштва своди само на уложени капитал, који је по правилу мали и недовољан.[10]

У немачкој и швајцарској теорији из праксе судова се развила теорија привредног идентитета друштва капитала и његових чланова, јер „где постоји такав идентитет, позивање на одвојеност представљало би злоупотребу права или би се тиме чинила очита повреда интереса трећих лица који заслужују да буду заштићени".[11] У енглеској теорији најчешће се прибегава установи *agency,* будући да се узима да је компанија (друштво капитала) у случају злоупотребе правног субјективитета *mere facade* и да је она тада овлашћени агент својих акционара или чланова, физичких или правних лица. Ситуацију примене установе *agency* нам најбоље осликава поменути случај Саломон. Развијена је и теорија „економског јединства". У САД теорији се уз теорију „економског јединства" често могу чути аргументи правичности који се користе у објашњавању института пробијања правне личности са теоријског аспекта. „Овде се у основи ради о транспарентности друштва капитала. Ограда-вео правне личности друштва капитала и даље мора остати правило, те тиме и одвојеност његовог субјективитета од субјективитета власника (правних или физичких лица), а самим тим и одвојеност одговорности."[12] Али свакако, стожер института пробоја правне личности, не само везано за теорију САД-а, већ уопште везано за нит која чини поменути институт неопходним, објашњава професор Васиљевић речима да, „ипак, ова правна ортодоксност, (мислећи на вео правне личности као правило), мора устукнути пред узвишеним мачем правичности и тиме потребе довођења у склад са економским фактима (помирење правног и фактичког)".[13]

2. Форме код којих се може применити институт пробијања правне личности, одговорност у случају примене и дејства примене

Као што је напоменуто излагањем о настанку и потреби института пробијања правне личности, форме предузећа погодне за пробијање правне личности су форме друштва капитала (ДОО и АД). Свако за-

10 Guglielmo Saffirio, *Instituzioni di dritto commerciale*, Bresso (Mi), 1984, стр. 233–248 и 296–298.

11 Јакша Барбић, *Право друштава*, књ. 1, општи дио, Загреб, 2008, стр. 337–338.

12 М. Васиљевић, *нав. чланак*, стр. 22.

13 М. Васиљевић, *нав. чланак*, стр. 22.

интересовано лице које је оштећено занемаривањем правне личности друштва капитала има право да пробија правну личност тог друштва, јер његови акционари и чланови по закону не одговарају за обавезе друштва неограничено солидарно својом имовином, већ само у границама својих улога. За разлику од њих, оснивачи код друштва лица подвргнути су неограниченој одговорности за обавезе друштва па је примена института пробијања правне личности непотребна.

Посебну ситуацију представља примена овог института код командитног друштва, с обзиром да је одговорност командитора уређена другачије него одговорност комплементара. Комплементари одговарају неограничено солидарно за обавезе друштва док командитори одговарају до унетог улога. Међутим, законодавац прописује ситуацију у којој командитор одговара неограничено солидарно за обавезе друштва, и то ако се његово име, уз његову сагласност, налази у пословном имену друштва.[14] На овај начин се постиже неограничено солидарно регулисање одговорности командитора и тиме се на ефикаснији начин штите повериоци.

У пословној пракси се најчешће наилази на случајеве пробијања правне личности једночланих друштава капитала јер се она најлакше и злоупотребљавају. Ово произлази из чињенице да друштво чини само један члан, односно акционар, и да друштво има својство правног лица те да самим тим за обавезе друштва одговара друштво само. Сходно карактеристикама једночланог друштва, одлуке доноси тај један члан, уз обавезу регистрације одлука. Имајући у виду изнете особине овог друштва можемо закључити да постоји велики степен потенцијалне опасности повериоца у виду немогућности реализације својих потраживања због мешања имовине друштва са имовином оснивача.[15] Све то нам указује на неопходност института пробијања правне личности и у овој форми друштва. Међутим, поента института пробијања правне личности се не може и не треба огледати само у домену заштите поверилаца једночланог друштва, нити поверилаца било којег облика предузећа друштва капитала, већ се мора гледати кроз призму правичности и заштите основних правила доброг пословања.

Када говоримо о одговорности у случају успешног пробијања правне личности, ту у ствари мислимо на лица против којих се може поднети тужба и од којих се у крајњој инстанци можемо и наплатити. У упоредној пракси преовлађују два система кад је у питању одговорност одговорних лица:

14 Закон и привредним друштвима (*Службени гласник РС* бр. 36/2011; даље у фуснотама: ЗОПД, 2011), чл. 135; Закон о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 125/04; даље у фуснотама: ЗОПД, 2004), чл. 102.

15 Ј. Драговић, *нав. дело*, стр. 15.

1. континентални приступ, у којем одговорна лица (тужени) могу да буду само чланови друштва капитала (ужи концепт);
2. англосаксонски приступ, који допушта да поред чланова компаније, одговорна лица буду и руководиоци компаније, али и трећа лица (шири концепт).

Анализирајући наше законодавне оквире може се приметити да је овај круг лица временом варирао. Па тако Закон о предузећима из 1988. године као одговорна лица предвиђа само власнике једночланих привредних друштава.[16] Већ Законом о предузећима из 1996. године тренд се мења, и као одговорна лица предвиђају се оснивачи, чланови и акционари, чланови управе и извршног одбора директора.[17] Закон о привредним друштвима из 2004. године сужава број лица на командиторе, чланове ДОО и акционаре,[18] мада неке стварне штете и нема, јер постоји низ других одредби у Закону о привредним друштвима којима се може постићи исти ефекат као и овим институтом. Један од њих је фидуцијарна дужност, која предвиђа обавезу одговорних лица да раде у интересу друштва и којом се исто омогућава неограничена солидарна одговорност у изузетним ситуацијама. Закон о привредним друштвима из 2011. године додаје међу одговорна лица и законског заступника и из његовог приступа може се видети да прихвата англосаксонски концепт.[19] Треба напоменути да теоријска подела на континентални и англосаксонски приступ све више губи значај јер су данас јасне границе, када говоримо о одговорним лицима у случају пробијања правне личности, избрисане. Све учесталије се јављају мешовити приступи, у зависности од правног система који се посматра.

Дејство успешног пробијања правне личности се огледа управо у занемаривању истог и намирењем поверилаца од лица које је одговорно за одређено противправно поступање. Кроз санкције које изрекне суд лица бивају обавезна да надокнаде штету нанету трећем лицу, а свакако бивају и неограничено солидарно одговорна за обавезе друштва трећим лицима. Али овде треба напоменути да то правно дејство пробијања правне личности друштва капитала има и своје материјалноправне и процесноправне границе. Материјалноправне границе се састоје у томе да се правни субјективитет друштва не гаси у целости и трајно. Судско занемаривање правног субјективитета друштва је само тренутно и у конкретном случају, а ради отклањања штетних последица. Процесноправне границе правног дејства пробијања правне личности, с друге стране,

16 Закон о предузећима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 77/88), чл. 140а.

17 Закон о предузећима (*Службени лист СРЈ,* бр. 29/96), чл. 54.

18 ЗОПД, 2004, чл. 15.

19 ЗОПД, 2011, чл. 18.

могу да буду објективне и субјективне. Објективне се односе на предмет спора, док се субјективне односе на парничне странке. Објективне границе подразумевају да суд може да изрекне само санкцију коју тужилац захтева и то у висини на коју гласи тужбени захтев. Због тога санкција производи правно дејство само у конкретном случају злоупотребе из кога је настао спор. Субјективна граница подразумева да санкција делује само између тужиоца и туженог, тј. лица која су наведена у тужби.

3. Нормативни оквири института пробијања правне личности у Србији

У српској теорији се институт пробоја правне личности први пут јавља у Закону о предузећима из 1988. године који усваја теорију скривеног предузетника. Према тој теорији се прави разлика између бенефиција које ужива предузетник у оквиру пословања и ризика пословања, који је ограничен на уложени капитал. Нагласак је на несразмерности уложеног капитала и извучене користи од пословања предузећа. За разлику од закона из 1988. године, Закон о предузећима из 1996. године усваја теорију злоупотребе и теорију економског јединства. Теорија злоупотребе подразумева одређено понашање којим се злоупотребљава правни субјективитет компаније и које може представљати како субјективну тако и објективну злоупотребу. Субјективна злоупотреба је присутна када постоји намера о изигравању поверилаца. Постојање објективне злоупотребе је условљено ситуацијом мешања личне имовине власника предузећа са имовином предузећа, али без намере власника да оштети повериоце, већ као резултат лошег пословног подухвата. За разлику од теорије злоупотребе, теорија економског јединства подразумева жељу законодавца да учини одговорним руководиоце који су поступали са имовином предузећа супротно прописима, као да је лично њихова и тиме су створили привид економског јединства са компанијом.[20]

Како бисмо приказали становиште законодавца данас у Србији, упознаћемо се са нормама Закона о привредним друштвима из 2004. године и Законом о привредним друштвима из 2011. године који је почео да се примењује од 1. фебруара 2012. године. ЗОПД из 2004. године усваја како теорију злоупотребе (ако се злоупотреби привредно друштво за незаконите или преварне циљеве) тако и теорију економског јединства (уколико се имовином привредног друштва располаже као сопственом имовином, као да привредно друштво као правно лице не постоји). У случају успешног пробоја правне личности у сфери одговорних лица прихвата континентални приступ и наводи да су одговорни командитори командитног друштва, чланови друштва са ограниченом

20 Ј. Драговић, *нав. дело*, стр. 30.

одговорношћу као и акционари акционарског друштва, ако су кумулативно испуњени следећи услови:[21]

1. злоупотреба привредног друштва за незаконите или преварне циљеве;
2. ако се имовином привредног друштва располаже као са сопственом имовином, као да привредно друштво као правно лице не постоји.

Законом о привредним друштвима из 2011. године у члану 18. наводе се лица која одговарају у случају пробоја правне личности и ту се види да се законодавац вратио на став из Закона о предузећима из 1996. године и уврстио законског заступника као лице против којег се може подићи тужба због пробоја правне личности. Њихова одговорност бива везана за случај злоупотребе правила о ограниченој одговорности и сматраће се да постоји злоупотреба из члана 18, став 1 овог члана ако то лице:[22]

1. употреби друштво за постизање циља који му је иначе забрањен;
2. користи имовину друштва или њоме располаже као да је његова лична;
3. користи друштво или његову имовину у циљу оштећења поверилаца друштва;
4. ради стицања користи за себе или треће лице умањи имовину друштва, иако је знало или морало знати да друштво неће моћи да извршава своје обавезе.

Као што можемо запазити, приметна је тенденција да институт правне личности налази своје место у законским оквирима српског правног система и да се, како Закон из 2004. године тако и Закон из 2011. године, труде да дају значај институту пробијања правне личности.

4. Поступак пробијања правне личности

Санкције за пробијање правне личности изричу се на захтев овлашћеног лица. Захтев се изриче у облику тужбе или приговора, када је оштећеник тужен. Поверилац друштва може поднети тужбу суду у року од шест месеци од сазнања за злоупотребу или у року од пет година

21 ЗОПД, 2004, чл. 15.

22 ЗОПД, 2011, чл. 18.

од дана злоупотребе. Тужба се подноси суду према седишту друштва.[23] Лице овлашћено да захтева пробијање правне личности друштва је сваки поверилац, а не само онај коме друштво не може да подмири обавезу. Поверилац може да бира против кога ће поднети тужбу: против друштва, против друштва и свих његових чланова, против друштва и неких чланова или само против неких чланова. Ако поверилац подигне тужбу против члана друштва и у свом захтеву не успе или ако подигне тужбу против друштва и његовог члана, па успе само против друштва, дужан је да члану надокнади тиме причињене трошкове. На тај начин се спречава олако и лакомислено утуживање чланова друштва.

5. Случајеви пробијања правне личности у упоредном праву

Кад је реч о ситуацијама у којима су судови из различитих земаља дозвољавали промену овог института, овде ћемо покушати да класификујемо неколико најтипичнијих.[24] Првенствено то су случајеви објективне и субјективне злоупотребе правног лица (разлика се огледа у намери оштећења поверилаца), случајеви преваре или незаконитих понашања, случајеви када се „скида корпоративни вео“ како би се отклонила неправда.[25] За време светских ратова нарочито су били учестали случајеви када компанија, која има домаћу националност, ефективно контролише физичка и правна лица непријатељске државе у рату. Суд је тада изрицао санкцију пробоја правне личности како би спречио трговину са непријатељем која је забрањена.[26]

Затим ситуације када компанија послује са мање од два члана у периоду дужем од шест месеци. Тада ће за обавезе да одговара неограничено солидарно њен преостали члан, ако је свестан да је једини члан и ако су те обавезе настале у време када је он водио пословање те компаније.[27] Следи ситуација када компанија почне да послује пре него што добије решење о упису оснивања или проширивања делатности од стране надлежног органа. Реч је о пуноважним пословима, али ако компанија не испуни предузете обавезе у року од 21 дана након позива, ангажује се *ex lege* неограничена солидарна одговорност њених чланова управе за губитак или штету проузроковану лицима којима обавеза није испуњена.[28] Такође, веома распорострањена је и ситуација

23 ЗОПД, 2011, чл. 18.

24 Ј. Драговић, *нав. дело*, стр. 52–58.

25 Anderson, Twomey, *Bussines Law*, Cincinnati, 1987, стр. 815.

26 Alan Dignam, John Lowry, *Company Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

27 М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 78.

28 М. Васиљевић, *нав. дело*, стр 79.

злоупотребе компанијског имена тј. када се једини члан или акционар једноперсоналног друштва капитала служи истом адресом, меморандумом, па и компанијским именом у форми друштва, обављајући исту делатност као и друштво, и то на тај начин што једном обавља посао у своје име, а други пут у име друштва.[29]

У одређеним случајевима групи компанија (матична компанија и зависне компаније) признаје се економски ентитет, што може бити разлог пробијања корпоративног вела некој од њених чланица. Матична компанија ће бити одговорна за зависна друштва и поред одвојеног правног субјективитета ако је: зависно друштво у потпуном власништву матичног друштва; зависно матично друштво делује као јединствен економски субјект; нема јасног разграничења које су трансакције матичне команије, а које су трансакције зависне компаније; када постоје услови за јединствен консолидован биланс групе компанија.[30]

Као што се може видети, ситуације у којима се дозвољава пробој правне личности су веома разноврсне и варирају од ситуација које захтевају намерне фраудолозне радње, преко занемаривања корпоративних формалности, до немогућности разграничења правних идентитета у оквиру група компанија и многе друге. Непрактично је зато упуштати се у таксативно дефинисање тих ситуација, јер је примена овог института зависна од чињеничне грађе сваког посебног случаја, те стога ова набрајања могу бити само примери – показатељи неких типичних ситуација.

6. Судска пракса судова у Србији

Кад је реч о примени института пробоја правне личности од стране судова у Србији, примећени су почеци примене неколико година од ступања на снагу Закона о предузећима из 1988. године. Тај закон је и уједно први закон који овај институт уводи у правни живот Србије. Први предмети се пред Врховним судом појављују тек 1995. године. Од тада се примећује пораст примене института пробоја правне личности од стране српског правосуђа, али ипак, може се истаћи, у недовољној мери. Од 2000. године је примећен осетан тренд пораста броја предмета који су се односили на пробијање правне личности.[31]

У периоду деведесетих година био је присутан велики број преварних радњи у пословању штедионица и тада је дошло до значајнијег

29 Ј. Драговић, *нав. дело*, стр. 57.

30 ParagrafLex, „Институт пробијања правне личности – средство заштите поверилаца против несавесних дужника“, коментар, 2009, стр. 1.

31 Ј. Драговић, *нав. дело*, стр. 134.

пораста броја случајева у вези са пробојем правне личности у односу на ове ситуације. Тако је у једној пресуди првостепеног суда прво био донесен неправилан закључак да је тужбени захтев против оснивача и директора штедионице неоснован, јер је над штедионицом отворен стечајни поступак, те тужиља има право да своја потраживања пријави у том поступку.[32] Тај исти став је био потврђен и од стране другостепеног суда да би тек други суд, у другом случају изјашњавајући се по истом основу, заузео другачије, исправно становиште да: „власник приватне штедионице, ако је њен једини власник и ако је својим радњама или мешањем своје имовине са имовином штедионице код других створио привид идентитета са штедионицом, одговара за дугове штедионице према повериоцима неограничено солидарно.“[33]

Непоштовање корпоративних формалности такође може бити разлог за примену овог института. О томе је и одлучивао Окружни суд у Ваљеву у предмету Гж. бр. 1139/04 од 2.11.2004. године[34] где је туженом био терет доказивања да није мешао своју имовину и имовину свог предузећа, уколико није испунио законске обавезе у погледу чувања и предаје стечајном управнику документације о пословању предузећа. Одговорно лице је дужно да у случају отварања редовног поступка ликвидације или поступка стечаја, пословне књиге и књиговодствене исправе записнички достави ликвидационом, односно стечајном управнику, а сличну обавезу прописује и члан 19, став 1 Закона о рачуноводству. У поступку је утврђено да тужени као власник није извршио своје законске обавезе и тиме је онемогућио доказивање чињенице да ли је мешао личну имовину са имовином предузећа. Сходно томе је суд одлучио да тужени одговара неограничено солидарно за обавезе предузећа.

Када говоримо о нашој судској пракси и тренутном стању, иако је од почетка била приметна опрезност и избегавање судова да примене институт пробијања правне личности, можемо исто тако приметити да се ипак број пресуђених случајева знатно повећао. Иако судови највероватније очекују нешто детаљније законско регулисање института пробоја правне личности како би имали смелости да га учесталије примењују, таква очекивања не треба охрабривати јер сама есенција овог института и лежи баш у *ad hoc* тумачењима суда.

---

32 Пресуда Трећег општинског суда у Београду, П. бр. 4144/93, од 29. јуна 1994. године, у: *Избор судске ūраксе*, бр. 5/95, стр. 41–42.

33 Пресуда Општинског суда у Врњачкој Бањи, П. бр. 633/94, од 24. новембра 1994. године, у: *Избор судске ūраксе*, бр. 5/95, стр. 46.

34 Пресуда Окружног суда у Ваљеву, П. бр. 1139/04, од 2. новембра 2004. године.

II Ширење улоге института пробоја правне личности и његова примена у арбитражном поступку

Како се технологија све брже развија, исто тако се правна наука и закони развијају у складу са временом. Постало је свима јасно да модерна тржишна привреда укључује трговину на различитим тржиштима, где владају пак различити закони. Све присутнији је тренд ширења мултинационалних компанија и самим тим правни саобраћај постаје све гломазнији са бројним обавезама које штите учеснике тог саобраћаја и обезбеђују његово функционисање у складу са правом и добрим обичајима. Пробијање правне личности је свакако изузетак, али уједно и брана која чува повериоце од разних злоупотреба правног субјективитета предузећа зарад личних амбиција оснивача и менаџмента.

Развијањем потребе решавања спорова алтернативним методама, као што је арбитражни метод који омогућује привредним субјектима велику уштеду у времену, али и у новцу. Овај метод решавања спорова је посебно почео да преовлађује међу међународним и мултинационалним привредним субјектима којима је ово од огромне важности за ефикасно пословање, па је тако и институт пробијања правне личности почео да налази своју примену и овде кроз питање проширења арбитражних споразума/клаузула на непотписнице. Овде се питање поставља у процесној фази, која претходи решавању материјалних проблема, а то је да ли је могуће увући компанију која није потписница арбитражног споразума/клаузуле на основу теорије о пробијању правне личности и самим тим је уопште укључити у решавање материјалних питања?[35]

1. Домашај арбитражног споразума/клаузуле

Арбитража као форма алтернативног решавања спорова је базирана на принципу сагласности странака, тј. њен неопходан елемент је да су се странке слободном вољом сагласиле да свој спор реше овим путем. Стога, да би уопште отпочео арбитражни поступак, неопходно је да постоји валидан арбитражни споразум или клаузула. Такав споразум/клаузула има свој субјективни и објективни домашај који се односе на то да може да везује само странке које су га закључиле и да обухвата само односе које су странке предвиделе у њему. Неиспуњење ових услова је један од разлога за непризнавање или поништење арбитражне одлуке, стога трибунали морају да пазе на ове околности.[36]

35 Michael Mraz, „Extension of arbitration agreement to non-signatories: some reflections on Swiss judicial practice", *Annals FLB – Belgrade Law Review*, Year LVII, 2009, No. 3, стр. 61.

36 Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Арбитража и АДР*, Београд, 2009, стр. 58.

Питање ко је странка у арбитражном споразуму у почетку је свакако било питање чији се одговор налазио у захтеву писмене форме, и самим тим ко је потписао споразум (незавршено и неразумљиво). На тим основама и почива решење из Њујоршке Конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука, која услов писмене форме садржи у свом другом члану.[37] Међутим, временом се у пракси показало да би такав услов који захтева само писмену форму био превише ригидан и стога се јављају схватања која вољу странака да реше спор арбитражом истичу у први план, занемарујући писмену форму и питање потписа. То је већ потврђено у амандманима Унцитрал модел Закона о међународној трговачкој арбитражи из 2006, а исту логику следи и Препорука Унцитрала у вези са тумачењем члана два Њујоршке Конвенције.[38] Овакво тумачење доводи до тога да арбитржни споразум/клаузула може обухватати не само странке које су га потписале него и странке које нису потписнице, ако се на основу неких других показатеља може закључити да су пристале да буду странке у односу на конкретни споразум. Циљ оваквих тумачења је да се утврди права воља странака да учествују у поменутој арбитражи, која је основ за отпочињање арбитражног поступка, која може бити изражена и прећутно и конклудентно, а у неким ситуацијама то је могуће учинити чак и без воље странке.[39]

2. Теорије о проширењу арбитражних споразума/клаузула на непотписнице

Проширење абритражних клаузула на непотписнице, иако налази назнаке у поменутим међународним документима, ипак није регулисано ни у једном међународном документу који се односи на арбитражу и стога их треба сагледати у светлу многих теорија које оправдавају проширење арбитражних споразума/клаузула. Кад говоримо о теоријама о проширењу арбитражног споразума/клаузула, одмах на почетку треба се оградити од објашњавања класичних института грађанског права као што су: агентура, асигнација, суброгација итд. Иако неки аутори сматрају да и ове ситуације потпадају под ову проблематику, овде се неће обрађивати јер сматрамо да су то веома јасне ситуације у којима

37 Уједињене нације, *Њујоршка Конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука*, 1958, члан 2.

38 Унцитрал, *Модел Закона о Међународној Трговачкој Арбитражи са амандманима*, 2006, чл. 7; Унцитрал, *Препорука у вези са тумачењем члана два став два и члана седам став један Њујоршке Конценвије о признању и извршењу страних арбитражних одлука*, 39 седница, 7.7.2006.

39 B. Stucki, S. Wittmer, „Extension of Arbitration Agreements to non-signatories", Paper for the ASA below 40 conference in Geneva, September 2006, стр. 1.

и нема заправо питања да ли имамо пристанак, јер је он сасвим јасан, стога је то пре питање трансфера него проширења арбитражног споразума/клаузула на непотписнице.[40]

Остале теорије могу да се поделе у две групе. Прва група се односи на теорије код којих постоји пристанак странке да буде учесница арбитражног поступка, али је тај пристанак дат на прећутан начин, или конклудентно или на било који други начин који није у писаном облику. Ово су типичне ситуације проширења арбитражних споразума/клаузула где постоји ситуација да странка није потписница споразума, али се на основу њеног понашања може закључити да је дала пристанак да буде странка у споразуму. Најприсутније доктрине у овом контексту су: доктрина група компанија, доктрина о трећој страни – бенифицијару, естопел, итд. Заједничко за све ове доктрине је да постоји прећутни пристанак стране да споразум/клаузула обухвати и њу и да су ове доктрине усмерене на откривање правих намера странака.[41]

У другој групи налазе се теорије које проширују абритражни споразум/клаузулу на непотписницу али на основу њеног фраудолозног понашања а не на основу њене воље, јер у суштини непотписница овде и није никад изразила пристанак. Ове теорије представљају изузетак од основног приниципа арбитраже, а то је да почива на вољи странака, јер овде вољу немамо, али то одступање се установљава у интересу правичности и спречавања злоупотребе права, преварних и осталих фраудолозних радњи.[42] Типични примери су пробијање правне личности, *alter ego* и остале доктрине засноване на основу фраудолозности.

3. Примена пробијања правне личности приликом проширења арбитражних споразума/клаузула на непотписнице

Све теорије које имају везе са проширењем арбитражних споразума/клаузула, а у себи садрже елемент фраудолозног понашања, присутне су у скоро свим земљама под различитим називима и махом садрже скоро исте услове са незнатним одступањима. Тако, као што је већ поменуто, у упоредној пракси могу се наћи различити називи за исте

40 M. S. Abdel Wahab, „Extension of arbitration to third parties: a never ending legal guest through the spatial – temporal continuum", у F. Ferrari, S. Kroll (eds.), *Conflicts of Law in International Arbitration,* European Law Publisher, стр. 146–147; Blaise Stucki, Schellenberg Wittmer, „Extension of Arbitration Agreements to non-signatories", Paper for the ASA below 40 conference in Geneva, September 2006, стр. 1.

41 Mohamed S. Abdel Wahab, *нав. чланак*, стр. 149, 156, 158.

42 M. S. Abdel Wahab, *нав. чланак*, стр. 160.

институте: *piercing the corporate veil*, *lifting the corporate veil*, *alter ego*... Стога их доктрина у области арбитраже такође познаје, а у пракси се и примењују како би се арбитражни споразуми/клаузуле проширили на странке које нису потписнице истих, али из неких других околности и начела правичности треба да се сматрају странком у конкретном поступку.

Кад је реч о пробијању правне личности, као што смо већ објаснили, централно питање које овде треба доказати јесте да је проширење у односу на непотписницу неопходно да би се спречила злоупотреба права, преварна радња или било која фраудолозна радња. На конкретном примеру једног случаја из Швајцарске то се може боље сагледати. Швајцарски грађанин и британска компанија, чији је једини власник и акционар лице X, закључили су уговор о продаји, по ком је швајцарски грађанин испунио своју обавезу а британска компанија је у међувремену ликвидирана и није намирила свој дуг по овом уговору. Уговором између странака је била предвиђена шведска арбитража, иако је швајцарски грађанин поднео спор пред њу. Арбитража није успела, јер је једна странка ликвидирана. Тужилац стога подноси спор швајцарском суду који налази да овде има основа за отпочињање арбитражног поступка, јер арбитражни споразум треба проширити на лице X које је једини акционар британске компаније, зато што је он намерно извршио ликвидацију како би спречио наплату потраживања швајцарског грађанина.[43]

Америчка пракса такође познаје ову теорија под називом *alter ego*, у којој се као услови јављају како сама фраудолозна, преварна радња, тако и висок степен контроле и блиска веза између компанија која доводи до тога да једна компанија дела само као фасада друге компаније. Што се тиче елемента фраудолозности, то је већ објашњено у претходним деловима и то су све веома сличне ситуације које ће се свакако ценити од случаја до случаја. Кад је реч о контроли, ту су амерички судови установили листу индикатора која није *numerus clausus,* како би побројали неке од типичних ситуација које указују на испуњеност овог услова. То су, примера ради, исти директори и управни одбор у обе компаније, финансирање зависне компаније од стране матичне, матична компаније исплаћује плате у зависној и покрива њене трошкове...[44]

Као што се може приметити, ову установу познају скоро сва законодавства и махом је заснивају на истим критеријумима, али у сваком

43 Frank Spoorenberg, Isabelle Fellrath Gazzini, *Arbitration Agreements and Piercing the Corporate Veil*, 2009.

44 Такозвана *laundry list* помињана у сличају: United State of America v. Jon-T. Chemicals, Inc., 768F 2d. 686, (5th Cir. 1985).

случају оно што чини њену срж јесте заштита начела правичности. Иако се на први поглед чини да је проблем решен тиме што је могуће увући непотписницу у арбитражу на основу ове теорије, ипак оно што остаје као финални корак је признање и извршење конкретне арбитражне одлуке, а то постаје прави проблем у овом контексту.

4. Проблем признања и извршења арбитражних одлука и хибридни приступ као решење

Ако се арбитражни споразум/клаузула прошири на непотписницу и тиме се донесе арбитражна одлука која ће обухватити и непотписницу као странку у поменутом поступку, остаје проблем примене те одлуке, тј. њеног признања и извршења, јер се у великом броју случајева меродавно право које примењује арбитражни трибунал не поклапа са националним правом земље у којој се одлука извршава. Проблем се конкретно јавља јер у зависности од меродавног права на основу кога одлучује арбитражни трибунал и теорија о проширењу које је у складу с тим применио, где може доћи до ситуације (нарочито то може бити случај ако се одлука извршава у другој земљи од седишта арбитраже) да судови те земље неће признати и извршити ту одлуку јер њихов правни систем не познаје теорије које је применио арбитражни трибунал.[45] На пример, примена *доктрине о групи компанија* која је настала у француском праву би била проблематична ако би одлука требала да се изврши у Енглеској која ову доктрину експлицитно негира и одбацује.[46] Оно што се може рећи је да је предност доктрине о пробијању правне личности то што је ова доктрина заступљена у скоро свим правним системима и што су јој услови скоро свугде исти. Имајући у виду да је од случаја *Barcelona Traction Case*[47] и Међународни суд правде признао њено постојање као једног од правних принципа, тиме је и њена примена и уједначеност услова на међународном нивоу знатно олакшана.[48]

Свакако треба приметити да, кад говоримо о теоријама о проширењу како из једне тако и из друге групе, све оне се заснивају на истим условима који у зависности од правних система у којима се примењују варирају, а неки системи чак и комбинују више тих услова.

45 Yaraslau Kryvoi, „Piercing the corporate veil in international arbitration", *Global Business Law Review*, Vol. 1:169, 2011, стр. 171, 175; M. Mraz, „Extension of arbitration agreement to non-signatories: some reflections on Swiss judicial practice", *Annals FLB – Belgrade Law Review*, Year LVII, 2009, No. 3, стр. 55.

46 M. S. Abdel Wahab, *нав. чланак*, стр. 157, 159.

47 ICJ, Barcelona Traction, Light & Power Co. case, 5 February 1970.

48 M. S. Abdel Wahab, *нав. чланак*, стр. 160–161.

Кад је реч о пробоју правне личности, ту се говори о фраудолозним радњама и поштовању принципа правичности; *alter ego* поред тога захтева и занемаривање одвојености правних индетитета компанија; *ґрупа компаниja* тражи јединствен економски ентитет који се манифестује кроз блиску везу и контролу;[49] *естопел* онемогућава преклудирање од одговорнсти ако по истом основу извлачимо и корист, али исто тако се ослања и на елемент погрешне интерпретације и усаглашених неправичних понашања...[50] Стога се проблем формулисања различитих услова за теорије које почивају на истом основу може најбоље превазићи применом хибридног приступа. Овај приступ рефлектује саму суштину доктрина о проширењу арбитражних споразума/клаузула јер с једне стране задржава њихов *ratio legis,* а с друге стране не тражи да се испуне сви стриктни услови, јер неиспуњење свих услова компензује чињеничном структуром конкретне ситације која се уклапа у сам *ratio* доктрине у питању. У оваквом приступу чињенице случаја и сам смисао доктрина о проширењу арбитражних споразума/клаузула играју доминантну улогу, а све то у интересу правичности и руковођења правим намерама странака.[51] Према мишљењу професора Цубербулера (*Zuberbuhler*),[52] овај приступ је од скора нашао упориште не само у доктрини него и у пракси. Амерички судови су у случају *J. J. Rayan & Sons v. Rhone Poulenc Textile SA* уместо примене различитих доктрина засновали одлуку на процедуралној ефикасности, што је у ствари био колективни аргумент за свеобухватно сагледавање чињеница случаја.[53] Стога у ситуацији где трибунали могу одлучити на основу *ex aequo et bono* или *amiable compositeur*, примена оваквог приступа би водила креирању решења за установљење међународно признатог приступа, што је од изузетне важности у фази извршења.

III Закључак

Иако се све више у последње време може приметити тенденција да се институт пробоја правне личности регулише са што више детаља,

49 Tang Edvard Ho Ming, „Methods to extend the scope of an arbitration agreement to third party non–signatories“, Research paper LW 4635, стр. 28.

50 Simon Brinsmead, *Extending the application of arbitration clause to third-party non-signatories: which law should apply?*, 2007, стр. 12; American Bureau of Shipping v. Tencara Shipyard S.P.A., 170 F.3d 349 (1999); International Paper Company v. Schwabedsieen Machinen & Anlagen GMBH 260 F.3d 411.

51 T. H. Ming, *нав. дело*, стр. 29.

52 Tobias Zuberbuhler, „Non signatories and consensus to arbitrate“, *ASA Bulletin*, бр. 26/2008.

53 J. J. Rayan & Sons v. Rhone Poulenc Textile SA 863 F.2d. 315 (4th Cir. 1988).

мишљења смо да такав став може обесмислити постојање овог института. Наиме, институт пробоја правне личности је творевина судске праксе и у свакој конкретној ситуацији га обликује чињенични склоп конкретног случаја. Закони треба да регулишу овај институт, али само његове оквире. Оно што чини смисао овог института јесте чињенична база која треба да следи те оквире, а коју ће у сваком конкретном случају утврдити суд. Овај институт је, подсећамо, уведен као изузетак у односу на стриктно и детаљно прописано правило ограничене одговорности друштва капитала, и као такав представља флексибилни елемент тог склопа који ће се применити само у изузетним ситуацијама и који ће омогућити одступање од ригидног правила ограничене одговорности. Његово детаљно дефинисање би стога довело до обесмишљавања његове сврхе и изједначило би његов приступ са приступом ограничене одговорности, остављајући тиме ову област без имало флексибилности.

Разлози да оквирно дефинисање овог института не остварује правну сигурност правног промета и предвидивости пословања и да доводи до страха код инвеститора, нису довољно чврсти аргументи у прилог детаљном дефинисању овог института. Наиме, оно што доводи до појаве ових негативних разлога јесте недовољна стручност и упознатост судства са овим институтом, који доводе до његове неправилне примене или његове непримене. Стога, оно на чему треба радити како би се остварила правна сигурност јесте едукација у вези са овим институтом, а поготово кроз интеракцију са међународним инстанцама и судовима других земаља, с обзиром на то да овај институт све више поприма међународни карактер, и да покушаји да се уједначено примењује превазилазе територијалне оквире.

Експанзивни и међународни карактер института пробоја правне личности се поготово може видети у чињеници да продире у друге области права, као што је арбитражно право. Нарочито велики значај има приликом примене на проширење арбитражних споразума/клаузула на непотписнице, и тиме ублажава ригидност формалних критеријума арбитражних споразума/клаузула, ослањајући се и следећи природу арбитраже, која је инспирисана флексибилношћу и вољом странака.

Поготово у ситуацијама у којима међународни арбитражни трибунали одлучују и у којима странке саме имају могућност да уговоре меродавно право, треба инсистирати на примени *ratio legis*-а ове теорије, као и других теорија које се ослањају на њу и следе њену логику, а увек у вези и на основу чињеничног склопа једног случаја. Такав хибридни приступ би дефинитивно довео до лакше усаглашености теоријских оквира

овог института на међународном нивоу, што и треба буде крајњи циљ, јер јасни и усаглашени оквири су оно ка чему треба тежити.

Имајући у виду интернационални карактер међународних арбитражних трибунала, који се огледа како кроз порекло странака, арбитара, тако и кроз место одржавања арбитраже и место извршења одлуке, примена таквих оквира овог института, од стране тих трибунала, би свако свакако још више утицала на њихово ширење и уједначену примену широм света.

***Adriana* MINOVIĆ**

***Marko* MATOVIĆ**

PIERCING THE CORPORATE VEIL INSTITUTE AND ITS APPLICATION UPON EXTENSION OF ARBITRATION AGREEMENTS/CLAUSES TO NON-SIGNATORIES

Summary

Piercing the corporate veil is opening the possibility of disregarding corporate personality in situations where corporate personality of company is abused. Using this institute it is possible to disregard limited liability of a corporation and for the reasons of fairness to extend this liability to the persons who used separate legal personality of a company in order to act fraudulently. Elaborating and analyzing this institute, authors of this paper, were trying to describe and look this institute from various perspectives, and they were attempting to do so by answering numerous issues. In light all previously said they were dealing with theories of piercing of corporate veil, corporate forms in which it can be applied, issue of liability in a case of its application, the very procedure of application of this institute, cases from domestic and comparative practice where this institute was applied, etc. Furthermore, having in mind expansion of international trade and even larger number of multinational companies, this institute is starting to exist in context of international environment. Considering that arbitration is leading when it comes to dispute solution in international trade, authors were trying to present importance and application of this institute in a this field, through the issue of extension of arbitration agreements/clauses to non signatories. In a light of that, authors were writing about scope of arbitra-

tion agreement, theories about extension of arbitration agreements, application of this institute in a situation of extension of arbitration agreements, etc. At the end of this analysis authors were elaboration issue of recognition and enforceability of arbitration award brought based on application of this institute, and that is a big issue in this context. In regard of that authors are trying to find potential solution in application of hybrid approach. That kind of approach would on their modest opinion, lead to the easier harmonization of theoretical frameworks of this institute on international level and by that easier application, which at the end should be ultimate goal, because clear and harmonized frameworks are the point at which we should heading on.

Key words: *piercing the corporate veil, responsibility, arbitration agreement, extension of effects, case studies.*

СТЕЧАЈНО ПРАВО И ПРИВАТИЗАЦИЈА

др *Драгиша* Б. СЛИЈЕПЧЕВИЋ
председник Уставног суда Србије

ДИСКРЕЦИОНА ОВЛАШЋЕЊА СТЕЧАЈНОГ СУДИЈЕ У ПОСТУПКУ РЕОРГАНИЗАЦИЈЕ СТЕЧАЈНОГ ДУЖНИКА

Резиме

Вршење дискреционе власти стечајног судије у поступку реорганизације стечајног дужника представља једно од спорних питања у судској пракси. Законом о стечају дата су широка дискрециона овлашћења стечајном судији, али нису прописани објективни критеријуми за њихову примену. Последица злоупотребе ових овлашћења води искључењу реорганизације као једног од могућих видова окончања стечајног поступка. То се чини и у ситуацији када је реорганизација стечајног дужника објективно повољнији вид намирења потраживања стечајних поверилаца од могућег намирења у поступку банкротства. На тај начин може доћи и до изигравања циља вођења поступка стечаја. Зато је овим рефератом указано на све штетне последице такве вршења дискреционих овлашћења стечајног судије.

Кључне речи: *реорганизација, план реорганизације, дискрециono овлашћење, стечајни судија, употреба права.*

I Увод

Реорганизација стечајног дужника представља посебан вид окончања стечајног поступка, на начин и под условима уређеним новим Законом о стечају из 2009. године.[1] Сагласно таквом законском уређењу реорганизацијом се омогућава намирење поверилаца према усвојеном плану реорганизације кроз редефинисање дужничко-поверилачких односа, спровођење статусних промена дужника, или на други начин предвиђен планом реорганизације.[2] Реорганизација се може спровести ако се у том поступку може реализовати заједнички интерес свих учесника. Спровођењем реорганизације свим повериоцима се мора обезбедити већи степен задовољења њихових интереса од оног који би се остварио у случају да се стечај оконча банкротством стечајног дужника.[3] Зато се учесници поступка реорганизације морају мотивисати за прихватање предложеног плана реорганизације. То се може постићи извесношћу остварења бољег положаја и задовољења економских интереса стечајних поверилаца. У противном, ако се планом реорганизације предлажу мере које ће учеснике тог поступка довести у лошији положај од оног који би остварили у поступку банкротства реорганизација није могућа. Такав исход се мора претпоставити, јер је он објективно опредељен начелом приватне аутономије на коме се заснива поступак реорганизације. Из тог разлога реорганизација се не може наметнути стечајним повериоцима. Реорганизација се може спровести само ако се њеном реализацијом омогућава остварење већег степена задовољења приватних интереса учесника тог поступка.

Поступак реорганизације стечајног дужника има за циљ да се изврши редефинисање правног положаја привредних субјеката, обезбеде законске претпоставке за њихов финансијски опоравак, као и да се изврши, евентуална, приватизација друштвеног капитала. Зато у поступку реорганизације стечајног дужника централно место заузимају стечајни повериоци. Њима се поверава доношење одлуке о оправданости и исходу стечајног поступка који се окончава реорганизацијом стечајног дужника. Међутим, упркос законском одређењу таквог исхода поступка реорганизације, у пракси се дешава да стечајни судија позивом на своја дискрециона овлашћења дерогира законом опредељени положај стечајних поверилаца. У пракси се то чини због спорности питања правне природе рокова за подношење плана реорганизације. Спорно је да ли се и под којим условима повериоцима и другим овлашћеним предлага-

1 *Службени ґласник РС*, бр. 104/09.

2 Члан 1 став 4 Закона о стечају.

3 Члан 155 став 1 Закона о стечају.

чима може ускратити могућност продужења рока за подношење, или измену већ поднетог плана реорганизације. Ово спорно питање је од изузетног значаја за законито спровођење стечајног поступка. Оно се тиче не само остварења законом прописаног права поверилаца да предлажу и остваре право на предлагање плана реорганизације у додатном – накнадном року већ и остварења самог циља поступка стечаја. Из тих разлога овај реферат представља и покушај изналажења правно утемељеног пута којим ће се обезбедити превазилажење спорних питања која се тичу могућности предлагања плана реорганизације у накнадном року, односно измене већ поднетог плана реорганизације у складу са одлуком стечајног судије којим се такав захтев уважава или одбија.

II Процесне могућности подношења и правна дејства плана реорганизације

Поступак реорганизације се покреће подношењем плана реорганизације од стране Законом о стечају овлашћених предлагача. План реорганизације се подноси у роковима и на начин прописан тим законом. Благовремено подношење плана реорганизације представља општу процесну претпоставку за покретање и вођење поступка реорганизације стечајног дужника. Уредношћу и благовременим подношењем плана реорганизације условљава се вођење поступка реорганизације и у стечају и изван стечајног поступка. План реорганизације могу поднети стечајни дужник, стечајни управник, разлучни повериоци који имају више од 30% обезбеђених потраживања у односу на укупна потраживања према стечајном дужнику, необезбеђени стечајни повериоци са више од 30% потраживања у односу на укупна потраживања према стечајном дужнику и лица која су власници најмање 30% капитала стечајног дужника.[4] Сви овлашћени предлагачи за подношење плана реорганизације могу то учинити у року од 90 дана од дана отварања стечајног поступка. Изузетно, план реорганизације се може поднети и по истеку овог рока, али у оквиру накнадно одређеног рока у складу са одлуком стечајног судије.[5]

План реорганизације представља најважнији правни акт поступка стечаја који се окончава реорганизацијом стечајног дужника. Његовим усвајањем стварају се законске претпоставке за одступање од општих

4 Ко су овлашћени предлагачи за подношење плана реорганизације прописано је императивном одредбом члана 161 став 1 Закона о стечају.

5 Рок за подношење плана реорганизације, као и могућност његовог продужења прописана је одредбом чл. 162 и 165 став 13 Закона о стечају. Тим одредбама је допуштено продужење општег рока од 90 дана за још највише 60 дана, односно одређење новог допунског рока у трајању од највише 30 дана ако предложени план реорганизације не добије потребни број гласова за усвајање.

правила намирења потраживања стечајних поверилаца. Мерама прописаним планом реорганизације може се изменити не само обим и начин, већ и редослед намирења стечајних поверилаца.[6] У складу са планом реорганизације могу се извршити статусне промене стечајног дужника и предузети бројне друге мере у циљу његове санације. На тај начин стварају се правне претпоставке како за очување правног субјективитета стечајног дужника тако и за његов привредни опоравак и успешан наставак пословања. Оваквим исходом стечаја реализује се обострани интерес стечајног дужника и његових поверилаца. Он је резултат настојања стечајног дужника да упркос покренутом поступку стечаја очува свој правни субјективитет и реализује објективне предуслове за обезбеђење трајног привредног опоравка. Стечајни повериоци су заинтересовани за усвајање плана реорганизације уколико се њиме конституишу бољи услови намирења њихових потраживања од оних које би остварили у поступку банкротства.[7] Они се остварују прописивањем низа мера које се сагласно плану реорганизације морају предузети од стране стечајног дужника у циљу стварања правних и економских претпоставки за наставак његовог пословања, очување правног субјективитета и трајног опоравка за стицање прихода неопходних за редовно измирење већ доспелих, као и будућих обавеза. Стога план реорганизације представља израз сагласности вољa већинских поверилаца и стечајног дужника. Особеност плана реорганизације очитује се у принудном протезању његових правних дејстава и на мањинске повериоце, који су гласали против његовог усвајања или се нису ни изјаснили о његовом прихватању. Отуда план реорганизације представља споразум са правном снагом извршне исправе између стечајног дужника и квалификоване већине стечајних поверилаца, којим се модификују и коначно уређују права свих поверилаца према стечајном дужнику и одређује правни статус у коме ће стечајни дужник наставити са обављањем привредне делатности.[8] Аутономном вољом стечајних поверилаца опредељује се и одређује план реорганизације. То се чини у складу са законом прописаним правилима о његовој садржини уз обезбеђење одговарајућег броја гласова за његово усвајање. Прописаним законским правилима ограничава се

6 Обавеза намирења стечајних поверилаца за случај да се стечај спроводи банкротством, а не реорганизацијом стечајног дужника, прописана је императивном одредбом члана 54 Закона о стечају. Међутим, примена ове одредбе може се искључити у ситуацији када се усвојеним планом реорганизације одреди другачији редослед, начин и обим намирења стечајних поверилаца. Тако: Јасница Гарашић, „Могућности и ограничења инхерентна стечајном плану", *Зборник радова „Трећа новела стечајног закона"*, Загреб, 2003, стр. 281.

7 Више од томе: Јакша Барбић, „Преустрој", у: *Зборник радова: „Ново овршно и стечајно право"*, Загрев, 1996, стр. 251–253.

8 Драгиша Слијепчевић, „Реорганизација стечајног дужника", *Привредни саветник*, Београд, 2005.

начело аутономије стечајних поверилаца, што се чини у циљу заштите правних интереса свих учесника у поступку његовог усвајања. Ова правила се морају поштовати како у изради плана реорганизације тако и у поступку његове имплементације. Планом реорганизације може се изменити правни положај: а) разлучних поверилаца; б) стечајних поверилаца; в) стечајног дужника и г) лица која имају удела у капиталу стечајног дужника. Циљ плана реорганизације исказује се у настојању да се свим учесницима побољша имовинско правни положај, с тим да се никоме од њих против његове воље тај положај не погоршава у односу на онај у коме би се нашао када би се стечај окончао уновчењем и деобом стечајне масе у поступку банкротства стечајног дужника.[9]

Усвојени план реорганизације који је потврђен решењем стечајног судије има снагу извршне исправе и сматра се новим уговором за измирење потраживања која су у њему наведена.[10] Извршност плана реорганизације наступа са датумом правноснажности решења стечајног судије о његовом потврђивању.[11] За усвајање плана реорганизације морају се кумулативно испунити два законом прописана услова. Први, да предложени план реорганизације прихвате све класе на законом прописани начин. И други, да је тако прихваћени план реорганизације у складу са одредбама Закона о стечају. Законитост усвојеног плана реорганизације представља општи услов његове извршности у свим правним системима. Закон о стечају прописује да ту чињеницу потврђује стечајни судија по службеној дужности.[12] Стечајни судија ће одбити да потврди усвојени план реорганизације ако су у његовој изради повређени императивни прописи о садржају плана реорганизације, прихватању од стране поверилаца, или пристанку дужника на исти, под условима да се ти недостаци не могу отклонити. Одлука о неприхватању плана може се донети по службеној дужности ако је његово прихватање постигнуто на недопуштен начин, а нарочито стављањем у повољнији положај појединих поверилаца. На темељу ових правних разлога може се по службеној дужности ускратити потврда плана реорганизације од стране стечајног судије. То се може учинити упркос чињеници да разлози за такву одлуку стечајног судије нису таксативно прописани Законом о стечају. Закон о стечају не одређује ни могућност ускраћења потврде плана реорганизације на предлог поверилаца. Ипак, мишљења смо, да

9 Ј. Барбић, *нав. рад*, стр. 261.

10 Извршна снага плана реорганизације прописана је императивном одредбом члана 167 став 1 Закона о стечају, којом је одређено да усвојени план реорганизације представља извршну исправу.

11 Одредбом члана 165 став 11 Закона о стечају прописано је да се план реорганизације сматра усвојеним када га на прописан начин прихвате све класе поверилаца и ако је у складу са одредбама тог закона.

12 Члан 166 став 1 Закона о стечају.

стечајни судија може одбити да потврди усвојени план реорганизације и на предлог повериоца који се писмено, или изјавом датом на записник на рочишту за гласање о предложеном плану реорганизације, успротивио његовом усвајању. То се може учинити и по приговору повериоца који је стављен у лошији положај који би му омогућио намирење потраживања у случају да план реорганизације није усвојен.[13] Међутим, такав приговор могао би се допустити само оном повериоцу који учини вероватним да је усвојеним планом реорганизације стављен у лошији положај од оног у коме би се нашао када би се стечај окончао банкротством.[14] Наведени случајеви представљају правни основ за доношење решења о потврди или одбијању плана реорганизације на самом рочишту за његово разматрање.[15]

Предмет извршења плана реорганизације представљају обавезе установљене мерама које су њиме одређене. У првом реду, то су обавезе које се тичу испуњења дужниковог дуга према стечајним повериоцима. Испуњење тих обавеза реализује се кроз редефинисање дужничко-поверилачких односа стечајног дужника и његових поверилаца. Планом реорганизације одређују се и друге мере које су у функцији привредног опоравка стечајног дужника. То се чини путем одређеног располагања имовином стечајног дужника, његовим статусним променама, новим улагањима, или редефинисањем радно-правног статуса запослених. Ово су могуће, али не и обавезне мере које се предузимају у поступку реорганизације стечајног дужника. Које мере ће се определити као основ за спровођење реорганизације стечајног дужника опредељује се вољом већинских поверилаца. Њихова воља се исказује прихватањем плана реорганизације којим се у складу са одређеним мерама обезбеђује највећи степен задовољења поверилачких интереса. Превасходан интерес поверилаца је намирење потраживања према стечајном дужнику. Из тог разлога редефинисањем дужничко-поверилачких односа

13 Услови за ускраћивање потврде о усвојеном плану реорганизације од стране стечајног судије прописани су немачким Стечајним законом, као и законима о стечајном поступку који су у бившим југословенским републикама урађени по његовом узору.

14 Тиме се стварају предуслови за законску заштиту права појединих поверилаца. То се чини са разлога што одлука већине поверилаца у једној класи не значи apriori да се у тој класи не могу наћи и повериоци са лошијим положајем од оног у коме би се нашли у поступку банкротства стечајног дужника. Међутим, ризик да се у том случају одбије потврда прихваћеног плана реорганизације може се отклонити тако што ће се планом предвидети додатна чинидба за рачун повериоца који основано приговара да му је планом реорганизације погоршан положај. Ако му се тим мерама надомести оно што лошијим положајем губи, отклониће се разлог због кога би стечајни судија могао одбити да потврди усвојени план реорганизације. Више од томе види: B. M. Kübler у: H. Prüting, *Das neue Insolvenzrecht*, Köln, стр. 490.

15 Текст члан 166 став 1 Закона о стечају.

стечајног дужника и његових поверилаца представља централну меру сваког плана реорганизације. Поред ове мере предузимају се и друге мере које су у функцији привредног опоравка стечајног дужника ако се њима омогућава редовно измирење његових дуговања. Овај циљ се остварује посредством новог уређења обвезних односа стечајног дужника према повериоцима. То су разлози због којих се усвојени план реорганизације сматра новим уговором за измирење потраживања која су у њему наведена. Усвојени и одлуком стечајног судије потврђени план реорганизације стиче правну снагу извршне исправе, која обавезује све његове учеснике. Планом реорганизације предвиђене мере реализују се предузимањем одговарајућих правних радњи на начин и под условима који су њиме прописани. Стечајни дужник је обавезан да предузме све мере прописане планом реорганизације.[16] Он то чини у складу са планом редефинисаним обвезним односима са повериоцима. Редефинисаност дужничко-поверилачких односа стечајног дужника и његових поверилаца врши се кроз разврставање њихових потраживања у посебне класе и прописивањем услова за њихово измирење.[17] Услови измирења дуговања стечајног дужника тичу се обима, висине и рокова у којима повериоци могу захтевати њихово извршење. Ти услови се одређују појединачно за сваку класу поверилаца. Класе и услови намирења потраживања одређују се планом реорганизације, али се њихово намирење врши у складу са законом прописаним правилима. То је, у првом реду, опште правило приоритета намирења потраживања поверилаца више класе у односу на повериоце ниже класе. Правилима Закона о стечају одређује се и могућност намирења у износу већем од првобитног потраживања, као и могуће конвертовање потраживања у акцијски капитал мимо правила прописаних Законом о хартијама од вредности. Правилима приоритета одређује се редослед и обим намирења потраживања појединих класа. То се чини законским наређењем да се по сваком плану реорганизације повериоци ниже класе могу намирити средствима из дообне масе, односно задржати одређена права само у случају када су потраживања поверилаца више класе у потпуности намирена.[18] Изузетак од овог правила допуштен је у случају када су повериоци више класе гласањем прихватили предлог из плана реорганизације за изједначавање

16 Шта су правне последице потврђеног плана реорганизације прописано је одредбом члана 167 Закона о стечају. Оне подразумевају редефинисање потраживања и права поверилаца и других лица, као и обавеза стечајног дужника у складу и на начин прописан планом реорганизације. Потврђен план реорганизације стиче правну снагу извршне исправе и сматра се новим уговором за испуњење потраживања која су у њему наведена. Из тог разлога стечајни дужник мора предузети све мере прописане усвојеним и од стране стечајног судије потврђеним планом реорганизације.

17 Члан 156 Закона о стечају.

18 Правила под којима се врши приоритетно намирење и услови који воде искључењу његове примене прописују се императивном одредбом члана 168 Закона о стечају.

са правним положајем поверилаца ниже класе. То има за последицу да се установљени ранг и принцип намирења прописан за измирење потраживања у поступку банкротства мора поштовати и приликом извршења плана реорганизације. У противном, стечајни судија би супротан предлог плана реорганизације морао одбити.

Потраживања стечајних поверилаца утврђена планом реорганизације престају тек са даном његовог потпуног извршења.[19] Тек са извршењем плана реорганизације сматра се да су потпуно испуњене све обавезе по основу неизмирених потраживања утврђених усвојеним планом. Са извршењем плана реорганизације сматра се да су сви повериоци стечајног дужника у потпуности намирени на начин и под условима прописаним усвојеним планом реорганизације и да стога немају право на било каква допунска потраживања од субјекта реорганизације. Такав захтев се не може истаћи без обзира на обим извршеног намирења у складу са реализованим планом реорганизације.[20] То је последица принудног карактера плана реорганизације. Она се испољава у погледу обавезе стечајног дужника спрам обавезе и обима извршења дуговања према свим стечајним повериоцима. Планом реорганизације може се прописати делимичан, као и потпун опрост дуга стечајног дужника, што заједно са осталим мерама реорганизације обавезује све његове учеснике. Правна дејства учињеног опроста дуга стечајном дужнику настају са даном правноснажности решења стечајног судије о његовом потврђивању. То чини битно различитим опрост дуга учињен по основу плана реорганизације од оног који настаје споразумом дужника и поверилаца изван стечаја. Ово из разлога што се опрост дуга изван стечаја врши по основу споразума који представља сагласност воља дужника и његовог повериоца.[21] Из тог разлога закључењем таквог споразума престају обавезе дужника по основу дела опроштеног му дуговања. Овај правни институт се примењује као посебна мера и у поступку реорганизације стечајног дужника. Разлика је само што делимични и потпуни опрост дуговања стечајном дужнику представља планом реорганизације прописану меру чијим се извршењем жели омогућити трајни привредни опоравак стечајног дужника. Ово је логична последица циља реорганизације којим се жели обезбедити не само ново уређење обвезних односа дужника и његових поверилаца, већ и трајни привредни опоравак стечајног дужника. Зато се тек са доношењем решења стечајног судије о потврђивању усвојеног плана

19 То су правне последице утемељене у императивној одредби члана 172 Закона о стечају.

20 Више о томе види: Д. Слијепчевић, С. Спасић, *Коментар Закона о стечајном поступку*, Београд, 2006, стр. 477.

21 Види одредбу члана 344 Закона о облигационим односима.

реорганизације могу реализовати и економски ефекти датог опроста дуга стечајном дужнику. То се чини на начин и под условима прописаним тако опредељеном мером у плану реорганизације.[22] До коначног опроста дела дуга који води престанку дужникове обавезе по том основу може доћи тек када се усвојени план реорганизације потврди решењем стечајног судије. Из тог разлога дужникова обавеза у односу на дати му опрост дуга не може се угасити у тренутку усвајања плана реорганизације, већ тек са доношењем правноснажног решења којим се усвојени план реорганизације потврђује. Међутим, у преосталом делом неизмирена дуговања стечајног дужника гасе се тек са даном потпуног извршења свих мера утврђених планом реорганизације. Ово из разлога што је потпуно извршење плана реорганизације законом прописан услов за престанак дужникове обавезе у погледу преосталог дела неизмирених потраживања утврђених планом реорганизације. Из тог разлога, а у случају неизвршења усвојеног плана реорганизације, преостали део неизмиреног дуговања и даље ће представљати правно валидну обавезу стечајног дужника.

III Примена дискреционих овлашћења стечајног судије

У поступку стечаја план реорганизације се може поднети стечајном судији најкасније 90 дана од дана отварања стечајног поступка. То је општи рок за подношење плана реорганизације након отварања стечаја. Међутим, закон допушта и могућност његовог продужења. То се може учинити на образложен предлог овлашћеног предлагача који је поднет стечајном судији у оквиру општег рока од 90 дана. У том случају стечајни судија може одобрити продужење законом одређеног рока за подношење плана реорганизације највише за још 60 дана. Изузетно, и накнадно одобрен рок за подношење плана реорганизације може се продужити за нових 60 дана. И у том случају продужење рока је могуће ако се тражи образложеним предлогом од стране овлашћеног предлагача у оквиру рока за подношење плана. Уз то, неопходно је да се испуне још два законом прописана додатна услова. Први, да се продужење рока тражи за измену већ поднетог плана реорганизације. И други, да се са таквим захтевом овлашћеног предлагача сагласи и одбор по-

22 Економски ефекти опроста дуга учињени у поступку реорганизације реализују се тако датом изјавом учињеном у складу са мером прописаном планом реорганизације. По том основу дужник се ослобађа исплате дуга у проценту који је планом реорганизације одређен, али се тиме његова обавеза не гаси иако су планом прописани услови за учињени опрост дуга реализовани. До коначног опроста може доћи тек када се усвојени план реорганизације потврди решењем стечајног судије.

верилаца. Тек у случају кумулативног испуњења ових услова стечајни судија може одобрити накнадно продужење рока за подношење плана реорганизације за додатних 60 дана.[23]

У случају прекорачења законом прописаних рокова стечајни судија ће одбацити неблаговремено поднети план реорганизације. Стечајни судија је овлашћен да такву одлуку донесе када је план реорганизације поднет по истеку општег рока од 90 дана. Он то може учинити само под условом да овлашћени предлагач није пре истека тог рока затражио његово продужење. Када је овлашћени предлагач образложеним предлогом ставио захтев за продужење општег рока и стечајни судија му то дозволио онда се план реорганизације може одбацити уколико је поднет по истеку накнадно одређеног рока. У том случају рок за подношење плана реорганизације истиче протеком последњег дана накнадно одобреног рока. Стечајни судија је овлашћен да по својој процени определи временски период трајања накнадног рока, с тим да се он најдуже може продужити за 60 дана. То значи да се накнадни рок може одлуком стечајног судије продужити за краћи период од 60 дана. На исти начин може се одредити и продужење већ одобреног накнадног рока. Разлика је само што се таква одлука може донети уз претходно испуњење законом прописаних услова. И у том случају план реорганизације сматраће се неблаговременим ако је поднет по истеку последњег дана рока одређеног одлуком стечајног судије за продужење већ одобреног накнадног рока.[24] Одлуку о неблаговремености и одбацивању неблаговремено поднетог плана реорганизације доноси стечајни судија по службеној дужности, или на предлог заинтересованог лица. Последица такве одлуке је немогућност спровођења плана реорганизације. То практично значи да се по истеку општег, или накнадно одређених рокова одлуком стечајног судије, за подношење плана реорганизације поступак стечаја може окончати само банкротством стечајног дужника. Овакав исход стечајног поступка последица је преклузивности рока за подношење плана реорганизације. Преклузивни карактер има и општи и накнадно одобрени рок за подношење плана реорганизације. При томе, треба истаћи да се правне последице преклузије накнадног рока могу и отклонити одлуком стечајног судије о њиховом додатном продужењу. То је могуће учинити када је претходном одлуком стечајног судије одређен краћи рок од законом прописаног његовог максималног

23 Наведени рокови прописани су императивном одредбом члана 162 Закона о стечају. На тај начин законом је омогућено да се план реорганизације у својој коначној верзији може поднети стечајном судији најкасније у року од 210 дана од дана отварања стечајног поступка.

24 Наведена оцена благовремености плана реорганизације темељи се у одредби члана 163 став 2 тачка 1 Закона о стечају.

временског продужења. Међутим, преклузија ће и у том случају наступити истеком претходно одређеног накнадног рока ако стечајни судија не уважи нови образложени предлог овлашћеног предлагача за његово продужење. Продужење накнадног рока до законом прописаног максимума његовог трајања може се дозволити и у случају када се захтева продужење новог накнадног рока одобреног уз сагласност одбора поверилаца. Разлика је само што се тада мора прибавити и нова сагласност одбора поверилаца за додатно продужење претходно већ одобреног накнадног рока.

Према томе, правне последице преклузивности рока за подношење плана реорганизације могу се само одложити, али се не могу елиминисати. Преклузија ће свакако наступити када истекне трајање накнадног рока одређеног одлуком стечајног судије, или пак истеком законом допуштеног и одлуком стечајног судије одређеног његовог максималног временског трајања. Међутим, колико ће износити накнадно продужење рока увек се одређује одлуком стечајног судије. Стечајни судија је овлашћен да по сопственој процени определи оправданост и потребно време за продужење општег, односно накнадног рока за подношење, или измену плана реорганизације. Разлика је само што одлуку о продужењу општег рока стечајни судија доноси искључиво на темељу сопствене процене оправданости разлога за његово продужење. За разлику од могућности продужења општег рока могућност продужења накнадног рока се опредељује, такође, одлуком стечајног судије али у складу са претходно прибављеном сагласношћу одбора поверилаца. Након дате сагласности одбора поверилаца стечајни судија је овлашћен да и у том случају сам одреди време продужења претходно већ одобреног накнадног рока. То је дискрециono овлашћење стечајног судије које он мора вршити у складу са начелом једнаког поступања и равноправности,[25] као и начела економичности.[26] Он је овлашћен да одреди време продужења рока за подношење плана реорганизације, али одлуку о томе мора донети водећи рачуна да се тиме оствари циљ вођења стечајног поступка и спречи могућа злоупотреба права овлашћеног предлагача да захтева продужење рока. У противном, стечајни судија ће прекорачити границе своје дискрециone власти. Осим у том случају, стечајни

25 Начело једнаког поступања и равноправности прописано је одредбом члана 4 Закона о стечају и оно подразумева обавезу стечајног судије да у поступку стечаја свим повериоцима обезбеди једнак третман и равноправан положај у оквиру истог исплатног реда, односно исте класе у поступку реорганизације.

26 Начело економичности се сагласно одредби члана 5 Закона о стечају остварује тако да се у поступку стечаја омогући остварење највеће могуће вредности стечајног дужника и највећег могућег степена намирења поверилаца у што краћем времену и са што мање трошкова.

судија може прекорачити границе свог дискреционог овлашћења и неоправданим одбијањем било каквог продужења општег рока, односно продужења накнадног рока. Зато одговорним вршењем дискреционих овлашћења стечајни судија директно утиче на сам исход стечајног поступка. Правилна процена стечајног судије оправданости разлога за продужење рока и одређење времена његовог продужења директно утиче на могућност спровођења поступка реорганизације стечајног дужника. И обрнуто, злоупотребом тог овлашћења може се онемогућити спровођење поступка реорганизације. На тај начин стечајни судија злоупотребом својих дискреционих овлашћења може обесмислити и сам циљ стечајног поступка.[27] Поступак стечаја се мора водити са циљем да се њиме омогући најповољније колективно намирење стечајних поверилаца. Јасно је да су сами стечајни повериоци најпозванији да процене да ли ће се повољнији начин намирења њихових потраживања остварити у поступку реорганизације, или у поступку банкротства стечајног дужника. Ако се стечајни повериоци са више од 30% потраживања у односу на укупна потраживања према стечајном дужнику определе да своја потраживања намире кроз поступак реорганизације, они тиме манифестују и своју процену оправданости вођења тог поступка у складу са законом прописаним циљем за спровођење поступка стечаја. Међутим, њихова воља за окончање стечаја реорганизацијом стечајног дужника и процена већег степена задовољења њихових економских интереса у том поступку у односу на банкротство стечајног дужника може се изиграти злоупотребом дискреционих овлашћења стечајног судије. До тога може доћи у ситуацији када стечајни судија арбитрерном применом својих дискреционих овлашћења донесе одлуку о одбијању њиховог предлога за одобрење накнадног рока за подношење, односно измену већ поднетог плана реорганизације.

Стечајни судија је овлашћен да својом одлуком, најпре, одобри или одбије захтев за продужење рока, као и да определи време његовог продужења. Међутим, та одлука стечајног судије мора се донети у складу са циљем вођења и основним начелима стечајног поступка. Циљ стечајног поступка је најповољније колективно намирење стечајних поверилаца. Остварење тог циља се темељи на доследном поштовању начела заштите стечајних поверилаца,[28] начела једнаког третмана и

27 Погрешном одлуком стечајног судије о одбијању предлога за продужење рока за подношење плана реорганизације стечајни поступак се мора окончати банкротством стечајног дужника чак и у ситуацији када је извесно да би се у поступку реорганизације омогућило далеко повољније намирење потраживања стечајних поверилаца.

28 Члан 3 Закона о стечају.

равноправности[29] као и начела економичности стечајног поступка.[30] Поштовањем тих начела опредељују се и границе вршења дискреционих овлашћења стечајног судије. У складу са тим начелима стечајни судија је дужан да стечајним повериоцима омогући исказивање праве воље о току и исходу стечајног поступка, као и да им омогући слободно изјашњење о предложеном или измењеном плану реорганизације. Обавеза таквог вршења дискреционог овлашћења стечајног судије темељи се на закону опредељеном циљу вођења стечаја. Стога се и одлуке стечајног судије морају доносити у циљу остварења најповољнијег колективног намирења стечајних поверилаца. Тим циљем стечајни судија се мора руководити и приликом доношења одлуке о захтеву стечајних поверилаца као овлашћених предлагача за продужење рока за израду или измену претходно већ поднетог плана реорганизације. Зато је стечајни судија у обавези да у доношењу те одлуке уважи наведена начела стечајног поступка и заштити легитимних интереса свих поверилаца стечајног дужника.

Доследно поштовање циља и основних начела стечајног поступка обавезује стечајног судију да у одлуци о одбијању предлога за одређење накнадног рока за подношење или измену плана реорганизације аргументовано изанализира све разлоге за и против таквог захтева. Отуда је стечајни судија у обавези да у свим случајевима законом датог му дискреционог овлашћења да одлучује о одређењу додатног рока и времену његовог продужења поступа крајње објективно. Он је дужан да у сваком конкретном случају образложи зашто је користећи своје дискреционо овлашћење одбио захтев овлашћеног предлагача да му се одреди накнадни рок за подношење, или измену већ поднетог плана реорганизације. Стечајни судија се на исти начин мора односити и према захтеву овлашћеног предлагача за одређење новог рока од 30 дана ради подношења измењеног плана реорганизације који није добио потребни број гласова.[31] У противном, другачије поступање стечајног судије представљало би арбитрерну примену његовог дисреционог овлашћења да усвоји или одбије захтев за одређење додатног рока. Зато би необразложено одбијање захтева овлашћеног предлагача представљало и повреду његовог права на правично суђење зајемченог одредбом члана 32 став 1 Устава. Тиме се крши једно од Уставом загарантованих темељних

29 Члан 4 Закона о стечају.

30 Члан 5 Закона о стечају.

31 План реорганизације се сагласно одредби члана 165 став 11 Закона о стечају сматра усвојеним ако га на прописан начин прихвате све класе поверилаца. У противном, овлашћени предлагач може затражити додатни рок за измену плана који није добио потребну већину гласова. И у том случају стечајни судија је овлашћен да одобри накнадни рок за подношење измењеног плана који најдуже може износити 30 дана.

људских права. Зато и стечајни судија и другостепени суд своје одлуке морају доносити уз поштовање Уставом зајемченог права на правично суђење. То значи да другостепени суд у поступку по жалби мора санкционисати све пропусте стечајног судије који имају за последицу повреду права на правично суђење.[32]

Повреда права на правично суђење увек постоји када стечајни судија без навођења разлога и чињеница због којих одбија захтев за продужење рока не уважава такав предлог овлашћених предлагача. Тај пропуст стечајног судије може се отклонити у поступку по жалби. Међутим, у случају када и жалбени суд својом одлуком не отклони правне последице арбитрерног поступања стечајног судије дефинитивно се крши право овлашћеног предлагача на правично суђење. У том случају у правном поретку егзистира судска одлука којом се директно крши ово Уставом зајемчено право. Постојање такве одлуке редовних судова није одрживо стање у правном поретку демократски уређених држава. Зато се елиминација таквих одлука суда мора обезбедити кроз поступак пружања уставно судске заштите у поступку по уставној жалби.[33] Одлуку о томе доноси Уставни суд тако што поступајући по уставној жалби утврђује постојање повреде на правично суђење и одређује начин отклањања штетних последица које су настале доношењем такве одлуке редовног суда. Штетне последице права на правично суђење могу се отклонити само елиминацијом из правног поретка одлуке редовног суда којом је таква повреда учињена. Зато је Уставни суд овлашћен да на темељу одредбе члана 89 Закона о Уставном суду одреди начин уклањања штетних правних последица које су настале доношењем одлуке редовног суда којом се крши уставом зајемчено право на правично суђење. Једини делотворан начин отклањања таквих штетних последица јесте поништење, односно елиминација из правног поретка такве одлуке редовног суда. У том смислу Уставни суд је и определио свој став доношењем одлуке у поступку по уставној жалби којом је истицана повреда права на правично суђење због арбитрерне примене дискреционог овлашћења стечајног судије.[34] На тај начин одлуком Уставног суда ство-

32 Право на правично суђење је загарантовано одредбом члана 32 Устава и оно подразумева право свакога 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 оптужбама против њега.

33 Уставна жалба се сагласно одредби члана 170 Устава може изјавити против појединачних аката или радњи државних органа или организација којима су поверена јавна овлашћења, а којима се повређују или ускраћују људска или мањинска права и слободе зајемчене Уставом, ако су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства за њихову заштиту.

34 Одлуком Уставног суда број Уж–4123/2011 од 8.3.2012. године утврђена је повреда права подносиоца уставне жалбе на правично суђење и наложено другостепеном

рене су правне претпоставке за елиминацију из правног поретка одлуке стечајног судије која је донета у поступку арбитрерног вршења његових дискреционих овлашћења. Обзиром да је Уставом одређена обавеза свих да поштују и извршавају одлуке Уставног суда може се закључити да се доношењем наведене одлуке Уставног суда успоставља делотворна уставно-судска заштита којом се обезбеђује отклањање свих штетних последица арбитрерног пресуђења насталог правно неутемељеним вршењем дискреционих овлашћења од стране стечајног судије.

IV Закључак

Сагласно Законом о стечају конституисаним дискреционим овлашћењима стечајни судија је овлашћен да одлучује о захтеву за накнадно продужење рока за подношење, односно измену већ поднетог плана реорганизације, или плана који није добио потребну већину гласова. Стечајни судија је дужан да то овлашћење примењује у складу са законом прописаним циљем вођења стечајног поступка, уз поштовање начела заштите и равноправности стечајних поверилаца. Он је дужан да о сваком захтеву овлашћеног предлагача донесе образложену одлуку којом одбија или усваја захтев за продужење рока за подношење плана реорганизације. У образложењу одлуке стечајног судије морају се децидно навести сви разлози и чињенице због којих се траженом продужењу рока за доставу или измену плана реорганизације не може удовољити. У противном, доношењем необразложене одлуке којом се одбија захтев предлагача за продужење рока крши се његово право на правично суђење. Уважавајући уставно-правни значај поштовања права на правично суђење другостепени суд је дужан да у поступку по жалби санкционише арбитрерно пресуђење стечајног судије. За случај да то не учини, и другостепени суд својом одлуком крши право на правично суђење. У том случају елиминација таквих одлука редовних судова из правног поретка може се извршити само кроз уставно-судски спор у поступку по уставној жалби. Тада је Уставни суд дужан да пружањем делотворне уставно-судске заштите подносиоцу уставне жалбе утврди не само повреду права на правично суђење већ и да створи правне претпоставке да се такве одлуке редовних судова уклоне из правног поретка. Овај циљ се може постићи налагањем другостепеном суду да понови поступак по жалби изјављену на одлуку стечајног судије која је заснована на арбитрерној примени његових дискреционих овлашћења. На тај начин,

суду да у року од 60 дана понови поступак по жалби изјављеној против решења стечајног судије о одбијању захтева подносилаца уставне жалбе за одређење накнадног рока за измену плана реорганизације који није добио потребан број гласова.

а обзиром на општу обавезност свих да поштују и извршавају одлуке Уставног суда отклониће се и све штетне последице настале доношењем одлуке стечајног судије засноване на злоупотреби његових дискреционих овлашћења.

***Dragiša* B. SLIJEPĆEVIĆ, PhD**
President of the Constitutional Court of Republic of Serbia

BANKRUPTCY JUDGES DISCRETIONARY POWERS IN REORGANIZATION PROCEDURE

Summary

Exercise of discretionary powers of bankruptcy judges in reorganization of the debtor is one of the contentious issues in the case law. Bankruptcy law has given discretionary powers ti the bankruptcy judge, but hasn't provided objective criteria for their application. Consequences of misuse of authority in reorganization leads to exclusion as a possible way of the completion of bankruptcy proceedings. It comes at a time when the reorganization of the debtor is objectively better form of settlement of creditors' claims then a possible settlement in bankruptcy. Doing so can lead to circumvention of the bankruptcy proceedings. This article is therefore emphasizes harmful consequences of such an exercise of discretionary powers of bankruptcy judges.

Key words: *reorganization, plan of reorganization, discretion, bankruptcy judge, application of law.*

Rainer KULMS, Priv.-Doz., PhD, LL.M.
Senior Research Fellow, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Hamburg, Germany

CROSS-BORDER INSOLVENCY PROTOCOLS: FROM SOFT LAW TO INNOVATIVE RESTRUCTURING MECHANISMS?

Summary

The insolvency of a multinational group presents a major challenge to cross-border creditor protection. Cross-border protocols have come to be used as privately negotiated instruments to coordinate concurrent insolvency proceedings in several jurisdictions. This paper studies several protocols and their private ordering potential for restructuring agreements. The US practice of recognising foreign restructuring plans is scrutinised. A section on restructuring mechanisms in the European Union, including the Schemes of Arrangements under the United Kingdom Companies Act 2006, concludes.

Key words: *Cross-Border insolvency protocols, restructuring, schemes of arrangement.*

I Introduction

1. Freedom of Contract and Cross-Border Insolvencies

The breakdown of the Lehman group has reinvigorated the debate on cross-border insolvencies of multinational conglomerates. In an effort to overcome difficulties creditors and insolvency administrators negotiated

two cross-border protocols, designed to harmonise concurrent insolvencies in several jurisdictions. The Lehman protocols are unprecedented for their ambition to privately regulate a global insolvency[1]. As a technique of private ordering they are not unprecedented, but their degree of sophistication is. They build on previous experiences in the Maxwell case[2] and on courts' willingness to save money and embark upon innovative mechanisms of restructuring within insolvency proceedings.

Multinational groups with centralised cash management systems present a textbook case for creditors' rights[3]. The efficient administration of the debtor's assets requires a cross-border approach towards restructuring and formal insolvency proceedings. Current practice emphasises comity. But national mandatory laws, private international law rules and the considerable diversity of creditor's rights pose the most important obstacles to truly universalist solutions. For practical purposes, private international law rules locate the main insolvency proceeding in the country where the debtor has his centre of main interests (COMI)[4]: Ancillary or secondary proceedings for foreign subsidiaries are generally accepted[5]. Representatives of the debtor's estate are normally entitled to appear in the ancillary proceedings and make apply for injunctions or a stay if the distribution of the debtor's assets will be prejudiced by creditor action. Nonetheless, serious problems of coordination for the equitable distribution of the debtor's international assets remain. At this stage, private ordering has stepped in order to coordinate court action and pave the way for a negotiated restructuring scheme, supplementing (and partially substituting) traditional court action in a trans-border insolvency case.

It has been one of the cornerstones of insolvency law that is mandatory and hence, not amenable to private ordering[6]. Nonetheless, United States (US), United Kingdom (UK) and other continental European insolvency laws

1 See infra, sub II.1.b.

2 See infra, sub II.1.a.

3 See generally I. Mevorach, "Towards a Consensus on the Treatment of Multinational Enterprise Groups in Insolvency", 18 *Cardozo J. Int'l. & Comp. L.* 359, 365 et seq. (2010) and I. Mevorach, *Insolvency within Multinational Enterprise Groups*, Oxford University Press, 2009, 151 et seq.

4 Art. 3 (1) of the Council Regulation (EC) No. 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings, *O.J.* L 160/1 of 30 June 2000; see generally P. Wood, *Principals of International Insolvency*, 2nd ed., Sweet & Maxwell, 2007, § 30–021 et seq.

5 For an analysis of the US regulatory approach towards ancillary and parallel proceedings: J. L. Westbrook, "Multinational Enterprises in General Default: Chapter 15, the ALI Principles, and the EU Insolvency Regulation", 76 *Am. Bankr. L. J.* 1, 10 et seq. (2002).

6 See S. Schwarcz, "Rethinking Freedom of Contract: A Bankruptcy Paradigm", 77 *Tex. L. Rev.* 515, 536 et seq. (1999).

have made major inroads into traditional legal doctrine by allowing privately negotiated restructuring settlements, to be approved by a court[7]. Although the European Insolvency Regulation does not explicitly envisage the cross-border protocols, this form of private ordering has also been accepted by English and French courts in an intra-European Union (EU) context[8]. Private ordering in a cross-border insolvency context pays heed to creditors' interests in various jurisdictions, thereby transcending the traditional notion of territoriality of bankruptcy (law). Ultimately, it forces national courts to decide on how much foreign private ordering they are willing to accept even if this forsakes established principles of creditor priority and secured transactions law.

2. The Issues

This paper will first review the US practise of cross-border insolvency protocols as an attempt to coordinate parallel insolvency proceedings in several jurisdictions. It will then enquire whether the protocols have a potential for extending private ordering to restructuring. US law on the recognition of foreign restructuring plans is assessed. The focus is then on negotiated restructuring mechanisms in the EU, particularly on the schemes of arrangement under the UK Companies Act and their application to non-UK companies. A section on the future for private contracting in the face of mandatory bankruptcy law concludes.

II Cross-border Insolvency Protocols

1. Basics

Cross-border protocols are an attempt to overcome problems of concurrent insolvency proceedings in two jurisdictions or more, and to address problems of private international law. The protocols owe their existence to the particularities of US bankruptcy law and the challenges of globalisation. Chapter 11 of the US Bankruptcy Code fosters private initiative and consensus-building among creditors[9]. After a corporation has filed for protection under chapter 11, creditors are encouraged to negotiate a restructuring agreement which will have to be approved by a bankruptcy judge. Chapter 11 allows for 'pre-packaged' restructurings: Without formally filing for court protection a potential debtor may negotiate a mutually acceptable plan with

7 For a law and economics analysis: J. Armour, S. Deakin, "Norms in the Private Insolvency: The 'London Approach' to the Resolution of Financial Distress", 1 *JCLS* 21, 23 et seq. (2001).

8 See infra sub II.1.d.

9 S. Power Johnston, J. Han, 16 *J. Bankr. L. & Prac.* 5 Art. 7 (2007).

his major (financial) creditors. US courts have found no difficulty in exercising their discretion to approve pre-packaged reorganisation plans between a foreign debtor and their domestic and international creditors.

Cross-border protocols were first used to coordinate insolvency proceedings against debtors with assets in several jurisdictions[10]. Protocols focused on procedural issues and the rights of parties asserting claims against the debtor. Bankruptcy trustees entered into a multi-jurisdictional and cross-border insolvency protocol to accelerate the joint prosecution of claims and to engineer an exchange of confidential information[11]. If accepted by the courts, a cross-border protocol may operate to flesh standards of comity between two jurisdictions in order to avoid conflicting rulings and to establish joint consideration of legal issues[12]. More recently, cross-border protocols appear to be moving towards regulating substantive issues[13]. In a transatlantic reorganisation case, the protocol made an effort to harmonise management decisions by the US debtor (US bankruptcy law) and an English administrator (UK law). With the approval of the UK and US courts the English administrator assigned his power to oversee the UK subsidiaries to the US debtor management[14]. A cross-border insolvency protocol may also be concluded where a multinational corporation plans to restructure during concurrent bankruptcy proceedings by selling assets which have served as collateral under a loan agreement[15].

Ideally, cooperation under a cross-border protocol produces a joint reorganisation plan. U.S courts and bankruptcy judges in other jurisdictions acknowledge this form of international cooperation which facilitates the restructuring of a debtor in accordance with creditors' interests, or in the case of distribution, the complete sale of the debtor's assets. In spite of their far-

10 A. V. Sexton, "Current Trends in the Administration of Transnational Insolvencies Involving Enterprise Groups: Comment – The Mixed Record of Protocols, the UNCITRAL Model Insolvency Law, and the EU Insolvency Regulation", 12 *Chi. J. Int'l. L.* 811, 821 et seq. (2012).

11 In re Cercle Investors, Inc., 2008 WL 910062 (Bkrtcy. S.D. Tex., 2008)

12 In re Psinet, Inc., 268 B.R. 358, 364 FN 15 (Bkrtcy. S.D.N.Y., 2001).

13 A. V. Sexton, 12 *Chi. J. Int'l. L.* 811, 822 (2012); J. Sarra, "Oversight and Financing of Cross-Border Business Enterprise Group Insolvency Proceedings", 44 *Tex. Int'l. L. J.* 547, 566 et seq. (2009) (on substantive coordination). See generally J. L. Westbrook, "Choice of Avoidance Law in Global Insolvencies", 17 *Brook. J. Int'l. L.* 499, 510 et seq. (1991).

14 In re Federal-Mogul Inc., 2007 WL 4180545 (Bkrtcy. D. Del., 2007). See also the US-Canadian case where a protocol coordinated cross-border management decisions necessary to implement a reorganisation plan: In re Olympia & York Developments, 1996 WL 1786249 (Ont. Gen. Div. (C.L.), 1996), and Examiner's Governance Protocol, available at *http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/395/1524.html*.

15 See Rendall v. Commissioner of Internal Revenue, 535 F. 3d 1221, 1223 et seq. (3rd Cir., 2008).

reaching effects, cross-border protocols are still regarded as a body of soft law[16]. This is due to uncertainties about the freedom of contract in the context of private international bankruptcy law and national banking laws. As soon as the mandatory character of mandatory national bankruptcy rules is challenged, the debate of creditors' rights and their priority under secured transactions law will reignite[17]. Moreover, it is far from clear how the current interface between mandatory laws and privately negotiated cross-border protocols will affect creditors' preferences for cooperative or uncooperative behaviour during reorganisation negotiations. A purely domestic negotiation game under chapter 11 proceedings is designed to produce creditor coalitions in favour of a reorganisation plan[18]. This does not imply that creditors will behave cooperatively during the negotiations[19]. Conversely, concurrent cross-border insolvencies of a complex conglomerate with a centralised cash management system are likely to trigger cooperative behaviour in order to collect the debtor's assets spread over several jurisdictions[20]. Ultimately, creditor behaviour will be predicated on the enforceability of an international reorganisation plan and the willingness of courts to honour comity obligations in spite of severe public policy concerns.

a) Maxwell

The death of Robert Maxwell in 1991 triggered scandal, criminal investigations and concurrent insolvency proceedings in the US and the UK[21]. Maxwell controlled an English holding company which, in turn, two US subsidiaries which constituted almost 80 percent of the Maxwell group[22]. In or-

16 See generally T. C. Halliday, "Legitimacy, Technology, and Leverage: The Building Blocks of Insolvency Architecture in the Decade Past and the Decade Ahead", 32 *Brook. J. Intl. L.* 1081, 1091 et seq. (2007).

17 Cf. E. Warren, J. L. Westbrook, "Contracting out of Bankruptcy: An Empirical Intervention", 118 *Harv. L. Rev*. 1197, 1204 et seq. (2005); J. L. Westbrook, 17 *Brook. J. Int'l. L.* 499, 512 et seq. (1991).

18 Cf. D. Baird, R. K. Rasmussen, "Antibankruptcy", 119 *Yale L. J.* 648, 687 et seq. (2010); J. I Werbalowsky, "Reforming Chapter 11: Building an International Restructuring Model", 8 *J. Bankr. L. & Prac.* 561, 573 et seq. (1999).

19 A. Annabi, M. Breton, P. François, "Resolution of Distress under Chapter 11" (December 2010), available at *http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1723359.*

20 See the analysis of Lehman's trans-border cash management system in re Lehman Brothers Holdings, Inc., 404 B.R. 752, 760 et seq. (Bkrtcy. S.D.N.Y., 2009).

21 See J. Pottow in: R. K. Rasmussen (ed.), *Bankruptcy Law Stories*, Foundation Press, 2007, 221, 230 et seq.; P. H. Zumbro, "Cross-Border Insolvencies and International Protocols – An Imperfect But Effective Tool", 11(2) *Bus. L. Int'l.* 157, 163 et seq. (2010).

22 In re Maxwell Communication Corp., plc, 170 B.R. 800, 802 et seq. (Bkrtcy. S.D.N.Y., 1994).

der to avert dismemberment by its creditors, the group filed for protection under chapter 11 of the US Bankruptcy Code with a US court while at the same time applying for administration under the UK Insolvency Act of 1986 in the English High Court of Justice. The US court appointed an examiner to harmonise the two proceedings who should ultimately prepare a reorganisation under US law with a view to maximise return to the creditors[23]. After signing a protocol the English joint administrators and the US examiner cooperated to manage the Maxwell and to prepare US reorganisation plan and a UK scheme of arrangement which, mutually dependent, set up a single 'pot' for distributions to all creditors[24]. Moreover, under the terms of the single distribution mechanism, creditors were entitled to file a claim in either jurisdiction to participate under the reorganisation plan and the scheme of arrangement[25].

The Protocol between the Examiner and the Joint Administrators provides for joint corporate governance mechanisms to ensure that the corporations of the Maxwell be administered in accordance of applicable corporation laws to protect creditor interests. The Examiner and the Joint Administrators pledge to cooperate in preparing the reorganisation plan and the scheme of arrangement. The protocol explains at considerable length where each side may act without seeking prior consent of the other, and where the approval of the US Bankruptcy Court or the English High Court has to be sought[26].

b) Lehman Brothers

Lehman Brothers was the fourth largest bank in the United States with more than 650 entities or subsidiaries in foreign jurisdictions[27]. In September 2008 it filed for protection under chapter 11 of the United States Bankruptcy Code, triggering one of more than 27 separate proceedings with 16 administrators operating in nine different jurisdictions[28]. In recognition of Lehman's cash centralized cash management and information exchange systems interested creditor acutely felt the need to coordinate bankruptcy proceedings in order to introduce effective case management and consistency of judgments

23 S. Power Johnston, J. Han, 16 *J. Bankr. L. & Prac.* 5 Art. 7 (2007).

24 In re Maxwell Communication Corp., plc., 170 B.R. 800, 802 et seq. (Bkrtcy. S.D.N.Y., 1994); In re Maxwell Communication Corp., plc, 93 F. 3d 1036, 1041 et seq. (2nd Cir., 1996).

25 In re Maxwell Communication Corp., plc., 170 B.R. 800, 802 (Bkrtcy. S.D.N.Y., 1994); In re Maxwell Communication Corp., plc, 93 F. 3d 1036, 1042 (2nd Cir., 1996).

26 Protocol between the Examiner and the Joint Administrators of 12 January 1992, available at *http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/395/1523.html*.

27 J. Altman, 12 *San Diego Int'l. L. J.* 463, 464 et seq. (2011).

28 *Ibid*.

to be eventually rendered. The factual setting of the Lehman Protocol differs considerably from the Maxwell scenario. Due to the sheer magnitude of the proceedings cooperation in a spirit of comity between the courts was more difficult to achieve. Moreover, the complexity of Lehman's required two insolvency protocols. The 'regular' cross-border insolvency protocol[29] had to be supplemented by a specific agreement on how to handle problems arising out of the credit default swaps (CDS's) had formed a crucial element of Lehman's financing techniques. UK creditors declined to sign the Lehman cross-border insolvency protocol. The International Swaps and Derivatives Association initiated a CDS Protocol which was to engineer a wash-out between the parties and counterparties[30]. Subsequent litigation in the US and the UK demonstrated that the soft law of cross-border protocols was ill-equipped to address difference in substantive secured transactions laws which would translate into discriminatory treatment between creditors[31].

The Lehman cross-border insolvency protocol pledges to maximise the recoveries for all creditors while acknowledging the diversity of bankruptcy laws across the various jurisdictions. Consequently, the protocol does not attempt to impose duties on the participating administrators, nor does create legally enforceable duties. The major thrust of the protocol is to facilitate coordination of the various national insolvency proceedings, communication and data sharing between the creditors' official representatives. In spite of its largely non-binding nature there is however a stipulation which heeds to the conglomerate structure of the Lehman group: The signatories to the protocol are to introduce claims reconciliation mechanism in order to provide "for a consistent and measured approach to the calculation and adjudication of intercompany claims that avoids unnecessary intercompany litigation". The protocol confers the right on each signatory to appear in court proceedings in another jurisdiction, although such appearance shall not be deemed to constitute acknowledgment of a foreign jurisdiction. The protocol does not make an effort to flesh out specific rules for the communication between the numerous courts involved in the Lehman group bankruptcy. Instead, it incorporates the 'Guidelines Applicable to Court-to-Court Communications

29 Cross-border Insolvency Protocol for the Lehman Brothers Group of Companies of 12 May 2009, available at *http://www.globalturnaround.com/cases/Lehman%20Protocol.pdf*, and Order Approving the Proposed Protocol, In re Lehman Brothers Holdings, Inc., (Bkrtcy., S.D.N.Y., 2009).

30 ISDA 2008 Lehman CDS Protocol of 6 October 2008, available at *http://www.isda.org/2008lehmancdsprot/docs/Lehman-CDS-Protocol.pdf*.

31 See In re Lehman Brothers Holdings, Inc. v. BNY Corporate Trustee Services Ltd., 422 B.R. 407 (Bkrtcy. S.D.N.Y., 2010; Perpetual Trustee Co. Ltd. v. BNY Corporate Trustee Services Ltd., [2009] EWHC 2953 (Ch.), see Stratton, Custer, "Shot Heard Around the CDO World: Flip Clauses Found to Be Unenforceable Ipso Facto Provisions", 29 *Am. Bankr. Inst. J*. 30, 66 (April 2010).

in Cross-Border Cases' promulgated by the American Law Institute in association with the International Insolvency Institute[32]. Close reading of the protocol suggests that courts cannot be bound by this stipulation. But the 'Guidelines' might be understood as an exhortation to persuade a court that they embody an update of comity in trans-border insolvency cases[33]. Asset protection for the benefit of the creditors is to be realized by a specific notification mechanism. If an official representative learns in his jurisdiction that another debtor may have a material interest in the assets he shall cooperate to maximize the debtor's interest in the property.

The Lehman protocol attempts to impose more far-reaching obligations with respect to intercompany claims. A committee is established to introduce binding accounting procedures for the valuation of these claims. It is on the basis of these valuation standards that the creditors' representatives for Lehman subsidiaries shall enter into negotiations to settle intercompany claims by consensual mechanisms. Unless an error is established an intercompany claim shall be treated *prima facie* as valid. The authority of the creditors' committee shall extend to intercompany derivative contracts. With respect to these derivative contracts the committee is entrusted with ascertaining a methodology to establish the value for contracts which have been rejected, terminated, liquidated or accelerated by a debtor's counterparty.

The Lehman protocol pays homage to the Maxwell protocol by urging creditors to coordinate their national winding-up plans or schemes for reorganisation or liquidation to the effect that each plan is economically dependent on the other. Nonetheless, these obligations are considerably less binding than under the cooperative setting of the Maxwell bankruptcy. Creditor representatives or administrators are under no duty to agree to a plan proposed for another jurisdiction. Any consent given may not be construed as a waiver to raise objections to the plan of another official representative.

c) Madoff

Bernard Madoff had founded a US limited liability company of he was the sole member[34]. This limited liability company engaged in market making, proprietary and investment advisory services. It had a UK subsidiary, Madoff Securities International Ltd. which supported the activities of its US parent.

32 Of 16 May 2000/10 June 2001, available at *http://www.ali.org/doc/Guidelines.pdf*.

33 See on the judicial adoption of the ALI/III Guidelines: B. Leonard, "The Development of Court-to-Court Communications in Cross-Border Cases", 17 *Norton J. Bankr. L. & Pract*. 5 Art. 2 (2008).

34 For a comprehensive report see In re Bernard Madoff, Trustee's Amended Third Interim Report for the Period Ending 31 March 2010, available at *http://www.madoff.com/document/reports/000002-thirdinterimreport.pdf* (Bkrtcy. S.D.N.Y., 2010).

In 2008, Madoff was arrested for having practised a securities fraud (Ponzi) scheme. At the request of certain creditors of Madoff, the US parent company was forced into involuntary bankruptcy and a receiver was appointed for the UK assets[35]. Upon the application by the directors of the UK subsidiary the English High Court of Justice was placed the company into provisional liquidation[36]. In order to facilitate the liquidation of the US and UK companies for the benefit of the creditors, the US trustee for the liquidation of Madoff's UK branch and the joint provisional liquidators for the UK company entered into protocols which were approved by the respective court[37]. The Cross-Border Protocol provides for cooperation and information-sharing in order to identify, preserve and realise assets for the fair distribution among the creditors of all classes of creditors. The protocol confers a right on each representative of the respective companies in liquidation to appear in proceedings and to share confidential and privileged information. The Cross-Border protocol incorporates by reference the 'Guidelines Applicable to Court-to-Court Communications in Cross-Border Cases'[38], envisaging that the competent bankruptcy tribunals will eventually adopt them. Finally each representative undertakes to cooperate in identifying, preserving and realising assets that the other representative may have an interest in[39]. The Information Protocol sets forth which information will have to be disclosed to the other party, and lays down ground rules for maintaining confidential information. The costs for searching and sharing information will be borne by both parties[40]. In October 2011 the Trustee for the US company began to distribute assets to the creditors while he continued litigation against third parties who allegedly had benefited from the Madoff fraud scheme[41].

35 *Ibid.*

36 See Order pursuant to Sections 1526, 1527 and 105(a) of the Bankruptcy Code Approving Protocols by and between the Trustee and the Joint Provisional Liquidators of Madoff Securities International Limited, Securities Investor Protection v. Bernard Madoff Investment Securities, LLC., available at *http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/395/3676.html* (Bkrtcy. S.D.N.Y., 2009).

37 *Ibid.*

38 Developed by the American Law Institute and the International Insolvency Law Institute, fleshing out the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency (2000/2001), available at *http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/394/1506.html.*

39 *Ibid.*

40 *Ibid.*

41 Bloomberg News, 4 October 2011, "Madoff Trustee to Begin Distributions Tomorrow", available at *http://www.bloomberg.com/news/2011-10-04/madoff-trustee-says-victim-distributions-of-312-million-to-start-tomorrow.html.*

d) Sendo International Limited

Under the European Insolvency Regulation bankruptcy proceedings shall be opened in the Member State where the debtor has his centre of main interests[42]. If a debtor corporation has a subsidiary in another Member State, a secondary proceeding may be brought in that jurisdiction[43]. Although the European Insolvency Regulation strives for clarity from a private international law perspective, it does not provide for comprehensive rules for concurrent bankruptcies in a trans-border setting[44]. Art. 32 of the Regulation empowers creditor to lodge their claims in the main proceeding and in any secondary proceeding. Art. 31 lays down rather broad duties of communication between the liquidators in the main and secondary proceedings, but does not specify how the interests of the creditors might be best served in a European cross-border context. The Sendo 'Protocol Agreement for the Coordination of a Main Insolvency Proceeding with a Secondary Insolvency Proceeding' of June 2006 appears to be the first cross-border protocol under the European Insolvency Regulation[45].

Sendo International Ltd. was established under the laws of the Cayman Islands and registered as a foreign company in the United Kingdom. Sendo had a French main office at the time the English High Court of Justice appointed joint administrators for Sendo's English insolvency proceedings. The joint administrators requested the opening of a secondary insolvency proceeding in France and the Commercial Court of Nanterre appointed in accordance with French law a (French) liquidator. The English joint administrators and the French liquidator signed a cross-border protocol acknowledging the necessity to coordinate activities with respect to the liabilities and assets of the French branch of Sendo. The stipulations of the protocol provide for procedures to notify the international creditors of Sendo. In view of art. 32 of the European Insolvency Regulation the protocol dispenses the joint administrators of informing their French counterparts since the assets of the French branch were so poor that any distribution to creditors was unrealistic. Nonetheless, the parties to the protocol agree on mechanisms for verifying corporate liabilities. Although each party shall verify claims in accordance with applicable national laws, mutual information duties are established. The parties pledge to entertain a dual verification of claims and introduce proceedings for the disposal of the assets, including their prospective transfer for distribution to the international creditors.

42 Art. 3(1) of the European Insolvency Regulation.

43 Art. 27 of the European Insolvency Regulation.

44 See M. M. Winkler, "From Whipped Cream to Multibillion Euro Financial Collapse: The European Regulation on Transnational Insolvency in Action", 26 *Berkeley J. Int'l. L.* 352, 357 et seq. (2008).

45 Available at *http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/395/1734.html*.

2. A Brighter Future?

Cross-border protocols are clearly the product of ad-hoc contractualism[46]. They are encouraged as an attempt to resolve issues of international bankruptcy law by private ordering[47]. Protocols may also be used to introduce a standstill period where creditor banks assess whether there is a likelihood that the debtor corporation survives after a restructuring and the injection of fresh money[48]. Cross-border protocols will become 'self-enforcing' if it is in the parties' interest to adhere to a scheme of cooperative duties. Creditors will not play the cooperative game of signing a protocol if there is a chance that the liquidation of local entities of a multi-national corporation is more profitable than a global approach towards multiple domestic creditors' claims[49]. On the other hand, the liquidation or sale of an insolvent enterprise (group) as a going concern may be sufficient to create cooperative behaviour[50].

The Lehman protocols give ample evidence of the complexity of devising a cross-border protocol for heavily integrated financial conglomerates where national laws on secured transaction frustrate an overly comprehensive approach. Nonetheless, cross-border protocols have a potential for more substantive private ordering if private international law rules would liberally accept private contracting in trans-national insolvency cases, including negotiated distribution schemes in spite of mandatory priority rules under secured transaction law. US managers have expressed a preference for restructurings and work-outs as an exercise which cuts the transactions costs of a formal bankruptcy proceeding. Conversely, they acknowledge that negotiations in the shadow of a pending bankruptcy proceeding afford them greater bargaining power with respect to recalcitrant creditors[51]. Current recognition practice of cross-border reorganisation plans will shed some light on the obstacles the proponents of privately negotiated insolvency solutions have to overcome.

---

46 I. Mevorach, 18 *Cardozo J. Int'l. & Comp. L.* 359, 385 (2010).

47 *Ibid*.

48 Cf. INSOL International, Statement of Principles for A Global Approach to Multi-Creditor Workouts (2000), available at *http://www.insol.org/pdf/Lenders.pdf*.

49 J. Sarra, 44 *Tex. Int'l. L. J.* 547, 550 et seq. (2009).

50 J. Sarra, 44 *Tex. Int'l. L. J.* 547, 551 (2009).

51 M. J. White, "Corporate Bankruptcy as Filtering Device: Chapter 11 Reorganizations and Out-of-Court Debt Restructurings", 10 *J. L. Econ.& Org.* 268, 287 et seq. (1994), from a German Perspective: P. Jostarndt, Z. Sautner, "Out-of-Court Restructuring versus Formal Bankruptcy in a Non-Interventionist Bankruptcy Setting" (August 2009), available at *http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cthe fm?abstract_id=1107115*, discussing debt restructurings.

III Restructuring a Multinational Corporation

1. The UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law

According to the 2005 UNCITRAL 'Legislative Guide on Insolvency Law' a reorganisation does not necessarily require judicial intervention to approve the plan[52]. But there are key elements necessary to ensure its success: automatic or mandatory stay of actions and proceedings against the debtor, continuation of the business, formulation of a plan addressing the future of creditors' rights, equity holders and the debtor and creditors' vote on the acceptance of the plan. The 'Legislative Guide' acknowledges that complex arrangements are likely to thwart a voluntary agreement, hence the need to introduce a greater degree of formality. Formal insolvency proceedings may be apposite to engineer a reorganisation plan which can be imposed on the dissenting minority of creditors[53]. The UNCITRAL guidelines favour expedited reorganisation proceedings as an alternative to insolvency proceedings, which should only be triggered when the negotiations for an expedited reorganisation break down[54]. The UNCITRAL 'Legislative Guide' admits that cross-border restructurings tend to magnify the intricacy of negotiations as creditor consent will be difficult to obtain[55]. The 'Guide' makes a reference to principles published by the INSOL, a private association of international insolvency accountants and lawyers. This reference might be understood as an invitation to scrutinise the dynamics of negotiating an international reorganisation plan. But it could also be read as a message of resignation in the face of complex private international law problems.

a) United States Law on Recognition of Foreign Restructuring Plans

The US Bankruptcy Code has enacted the UNCITRAL Model on Cross-Border Insolvency[56] requiring US courts to recognise foreign proceedings[57].

52 Sec. 28 of the UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law), *Legislative Guide on Insolvency Law*, New York 2005, available at *http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf*; see also J. Armour, S. Deakin, 1 *JCLS* 21, 34 et seq. (2001), evaluating the 'London approach' towards the resolution of financial distress.

53 In this context, a bankruptcy scheme will trade-off the initial priority of claims with the viability of reorganized firms: A. Annabi, M. Breton, P. François, "Game theoretic analysis of negotiations under bankruptcy" (May 2011), available at *http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1856255*.

54 See sec. 76 et seq. of the Legislative Guide.

55 *Ibid*., at sec. 77.

56 United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency* (1997), available at *http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/insolvency-e.pdf*.

57 See 11 §§ 1506 et seq., §§ 1532 et seq. USC; In re Ionica Plc, 241 B.R. 829 (835) (Bktcy. S.D.N.Y., 1999), and In re Artimm, 335 B.R. 149 (161 et seq.) (Bkrtcy. C.D. Cal., 2005),

US law will disregard comity and the universality of bankruptcy proceedings only if the recognition of a foreign proceeding would be manifestly contrary to the policy of the United States[58]. A foreign bankruptcy proceeding will not be recognised if an orderly, efficient and equitable distribution of the debtor's assets is unlikely[59]. US law does not prevent a creditor from filing a claim in more than one of the insolvency proceedings against a multinational debtor, but although the claim is not netted out, no creditor will receive a distribution of more than 100 percent of the claim[60]. Experience under the Maxell and Lehman cases illustrate that courts of two countries will cooperate in order to avoid distributions which disregard parity principles and the notion of '*pari passu*'.

Ancillary proceedings in the US may only be brought if the debtor has domestic assets[61]. Otherwise the rule of res judicata would prevail[62]. However, comity will not overcome conflicting policy choices by national regulators[63]. The Parmalat securities litigation in the US presents an intriguing example of how US courts are prepared to integrate a foreign reorganisation plan into domestic law. The Parmalat group was an Italian family-owned business which had collapsed after a complex fraud scheme had been discovered[64]. The Parmalat group filed for bankruptcy in Italy and the majority of creditors approved a reorganisation scheme (a 'concordato')[65]. Under the terms of

---

and Lifland, Chapter 15 of the United States Bankruptcy Code: An Annotated Section-by-Section Analysis, in: Affaki (ed.), Faillite internationale et conflit de jurisdiction – Regards croisés transatlantiques – Cross border insolvency and conflict of jurisdictions – A US-EU experience (2007), at p. 31 et seq.

58 11 § 1506 USC.

59 Reserve International Liquidity Fund, Ltd. v. Caxton International Limited, 2010 WL 1779282 (S.D.N.Y., 2010).

60 See L. DeCarl Adler, *Managing the Chapter Cross-Border Insolvency Case – A Pocket Guide for Judges* (Federal Judicial Center 2011), 25 et seq., available at *http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/adlerchap15.pdf/$file/adlerchap15.pdf*.

61 11 § 1528 USC. See generally A. Ranney-Marinelli, "Overview of Chapter 15 Ancillary and Other Cross-Border Cases", 82 *Am. Bankr. L. J.* 269 (2008).

62 Cf. In re Parmalat Securities Litigation, 493 FS 2d 723 (732 et seq.) (S.D.N.Y., 2007).

63 See B. C. Matthews, "Emerging Public International Banking Law? – Lessons from the Law of the Sea Experience", 10 *Chi. J. Int'l. L.* 539, 559 et seq. (2010), and the statement per Chief Judge Re in: Cunard S.S. Co. Ltd. v. Salen Reefer Services AB, 773 F. 2d 452 (457) (2nd Cir., 1985):

"...Comity will be granted to the decision or judgment of a foreign court if it is shown that the foreign court is a court of competent jurisdiction, and that the laws and public policy of the forum state and the rights of its residents will not be violated..."

64 In re Parmalat Securities Litigation, 493 FS 2d 723, 725 et seq. (S.D.N.Y., 2007); see account in M. M. Winkler, 26 *Berkeley J. Int'l. L.* 352, 357 et seq. (2008).

65 See Brief of Appellees in re Parmalat Securities Litigation, 2007 WL 6196826 (2nd Cir., 2007).

the 'concordato' a new Parmalat company was formed to collect some of the foreign assets of 'old' Parmalat and to handle claims by unsecured creditors. Investors in the US claimed that the new Parmalat company was the successor of the old one and was thus the appropriate defendant for a class action for securities fraud committed by the old Parmalat group. The investors contended they had standing to sue since the Italian 'concordato' did not cover the claims they were raising. The representative of the old Parmalat'e estate moved for an injunction. The US district rejected the motion for an injunction, holding that res judicata did not apply. Issues of fraud had not been the subject of the negotiations of the 'concordato' and comity was not violated, since any contribution judgment would ultimately be in the competence of the Italian courts[66]. The debtor representative appealed and the US Court of Appeals for the Second Circuit confirmed. In a majority holding, the Court explained comity towards the Italian court and its 'Concordato' would be sufficiently observed since any favourable judgment obtained in the US could not be enforced against the debtor's asset without the cooperation of Italian judges[67].

A 2001 judgment of the US Court of Appeals for the Second Circuit has been criticised for narrowing down the concept of international comity. Ruling on an action to turn over domestic assets subject to a security interest in the US, the court appears to question the balance between creditor and debtor interest determined in a non-domestic proceeding[68]. The Court acknowledges that priority rules are not universal, but rejects recognition of foreign bankruptcy proceedings because non-domestic rules on the treatment of administrative expenses would substantially disadvantage secured creditors in the US[69]. Subsequent cases have attempted to narrow down the scope of the second circuit holding: Comity does not require that a foreign bankruptcy law provides for an identical treatment of a claim. There is no breach of US public policy as long as the foreign bankruptcy law affords sufficient procedural safeguards[70]. Comity should facilitate an orderly and fair distribution of the debtor's assets collected world-wide[71].

---

66 In re Parmalat SecuritiesLitigation, 493 FS 2d 723, 738 et seq. (S.D.N.Y., 2007).

67 Bondi v. Capital & Finance Asset Management S.A., 535 F. 3d 87, 92 et seq. (2nd Cir., 2008).

68 See the criticism by P. L. Lee, "Ancillary Proceedings Under Section 304 and Proposed Chapter 15 of the Bankruptcy Code", 76 *Am. Bankr. L. J.* 115, 125 et seq. (2002).

69 In re Treco, 240 F. 3d 148, 156 et seq. (2nd Cir., 2001)

70 In re Petition of the Board of Directors of Compañía General de Combustibles SA et al., 269 B.R. 104, 111 er seq. (2001); In re Petition of the Board of Hopewell International Insurance, 281 B.R. 200, 214 et seq. (Bkrtcy. S.D.N.Y., 2002).

71 In re Rosametta, S.R.L., 336 B.R. 557, 564 et seq. (Bkrtcy. S.D. Fla., 2005).

b) Restructuring Mechanisms in the European Union and Schemes of Arrangement

In handling cross-border cases, courts in the EU's Member States have to observe the delicate balance between autonomous private international law rules and the European Insolvency Regulation. Traditional private international law rules apply with respect to third countries. Under the European Insolvency Regulation, the debtor's centre of the main interests controls both the forum and the applicable law. Secondary proceedings may only be brought if the debtor has an establishment in another member state. A (preliminary) insolvency administrator of the main proceeding may file an application for commencing a secondary proceeding in another member state[72].

Regrettably, the European Insolvency Regulation does not offer much guidance for choice of law and recognition problems of cross-border protocols in a European context. Art. 1(2) of the Regulation exempts insolvency proceedings concerning insurance undertakings, credits institutions, investment undertakings administering funds or securities for third parties, and to collective undertakings. An annex to art. 2(a) specifies which national insolvency proceedings are covered by the Regulation[73]. The Regulation also applies to Germany's recent amendments to her *Insolvenzordnung*[74] (Insolvency Regulation). But it is as yet unclear to what extent Germany's new restructuring law will add substantially to private contracting in the vicinity of or during insolvency proceedings[75]. French and Luxembourg laws provide prepackaged schemes which cram down minority creditors[76], or compositions without formally opening bankruptcy proceedings[77], but they are not listed

72 R. Dammann, F. Müller, "Eröffnung eine Sekundärverfahrens in Frankreich gem. Art. 29 lit. a EuInsVO auf Antrag eines 'schwachen' deutschen Insolvenzverwalters", 2011 (19) *Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht* 752 et seq.

73 See generally P. Nabet, *La Coordination des Procédures d'Insolvabilité en Droit de la Faillite Internationale et Communautaire* (Paris 2010), at p. 45 et seq.

74 See H. Vallender, "Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen [ESUG] – Das reformierte Plan– und Eigenverwaltungsverfahren", 60 *Monatsschrift für Deutsches Recht* 125 et seq. (2012).

75 Cf. P. Mankowski, "Anerkennung englischer Solvent Schemes of Arrangements in Deutschland", 65 *Wertpapier-Mitteilungen* 1201, 1209 (2011).

76 See for France: H. Crozé, "Loi de sauvegarde – Panorama général et procédural", 2005 (10) *Procédures*, étude 11; A. Besse, N. Morelli, "Le prepackaged plan à la française: –pour une saine utilisation de la procédure de sauvegarde", *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* No. 25, 18 juin 2009, 1628 et seq.; G. Berthelot, "Le droit des procédures collectives à nouveau réformé: "De la Sauvegarde financière accélérée", *Actualité des procédures civiles et commerciales*, No. 17, 29 octobre 2010, p. 1 et seq.

77 See for Luxembourg: Allen & Overy, *Restructuring Across Borders – Luxembourg: corporate restructuring and insolvency procedures* (September 2011).

in the annex[78]. Nor are the English schemes of arrangement under sec. 895 et seq. of the Companies Act of 2006.

English schemes of arrangement have gained notoriety in cross-border restructurings as they appear to unleash regulatory competition in insolvency law[79]. Companies from other EU member states consider these schemes as a vehicle for transcending the limitations of their own domestic insolvency laws. Contrary to COMI requirements under the European Insolvency Regulation, companies which plan to restructure under English law do not have to relocate to the UK in order to negotiate a scheme of arrangement: The English High Court accepted jurisdiction when 56% of the creditors were located in the UK[80]. German and Spanish companies appear to be the European pioneers in having their schemes approved by an English court[81].

Pursuant to sec. 895 of the UK Companies Act of 2006, a scheme of arrangement is a compromise or arrangement between a company and its creditors, or any class of them, or its members or any class of them. A scheme introduces a global commutation (including reconstruction and amalgamation) requiring both approval of a court and at least 75% of the creditors[82]. Upon application by a creditor, the company or any member of the company, the court will order a meeting[83]. Every notice summoning the meeting has to be accompanied by a statement explaining the effect of the compromise or arrangement[84]. If creditor approval is obtained, the court will sanction a compromise or a scheme of agreement which is binding upon all creditors or the class of creditors or on the members or class of members once it has been delivered to registrar[85]. Most scheme provide for a deadline for filing claims.

78 For a survey of of restructuring mechanisms in the member states of the European Union see the country reports in Getting the Deal Through (eds.), *Restructuring and Insolvency in 57 jurisdictions worldwide* (2009).

79 See generally on regulatory competition in insolvency law among EU member states: G. Hölzle, "Die Sanierung von Unternehmen im Spiegel des Wettbewerbs der Rechtsordnungen in Europa", 72 *KTS – Zeitschrift für Insolvenzrecht* 290 et seq. (2011), and H. Eidenmüller, Tilmann Frobenius, "Die international Reichweite eines englischem Scheme of Arrangement", 65 *Wertpapier-Mitteilungen* 1210, 1218 (2011).

80 In the Matter of Rodenstock, [2011] EWHC 1104 (Ch).

81 L. Westphal, M. Knapp, "Die Sanierung deutscher Gesellschaften über ein englisches Scheme of Arrangement", 32 *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2033 et seq. (2011); Re La Seda De Barcelona, [2010] EWHC 1364 (Ch); Trimast Holding Sarl v. Tele Columbus GmbH, [2010] EWHC 1944 (Ch); In the Matter of Rodenstock, [2011] EWHC 1104 (Ch).

82 See §§ 895, 899 (1) of the Companies Act 2006; Financial Services Authority (FSA), *FSA process guide to decision making on Schemes of Arrangement for insurance companies* (July 2007).

83 § 896 Companies Act 2006.

84 § 897 (1) Companies Act 2006.

85 § 899 (3), (4) Companies Act 2006.

Creditors who do not observe this deadline for filing claims will not be considered for distribution under the scheme[86].

Schemes of arrangement have received a mixed welcome by German courts. In applying private international law rules of the German *Insolvenzordnung* a district court (*Landgericht*)[87] analogised the proceedings for a scheme of arrangement to the US chapter 11 procedure which the German Supreme Court recognises[88]. The district court accepts that the Scheme of Arrangement deprives a German creditor of his rights, the latter having had no opportunity to file his claim with the English court. The Celle court of appeal (*Oberlandesgericht*) took a different approach: According to the court, schemes of arrangement do meet the statutory requirements for domestic insolvency proceedings: Schemes of arrangement do not settle claims against the debtor comprehensively, since they do not include the totality of creditors[89]. When the German Supreme Court (*Bundesgerichtshof*) decided on the case, it side-stepped issues of international insolvency law: The court noted that the creditor was enforcing his rights under an insurance contract. European Union law on jurisdiction of member state courts did not bar German courts from deciding on insurance law issues, thus rejecting the binding effect of an English Scheme of Arrangement. This provokes the question under what circumstances national courts have discretion to disobey the standards of comity in cross-border insolvency settings[90].

2. Outlook

Trans-border insolvencies are a test case for universalism. The private international law criterion that the debtor's COMI controls the location of the main proceedings and the applicable law has ushered in a certain degree of consolidation in insolvency law. Both the 'Principles of Cooperation in Trans-national Border Cases' by the American Law Institute[91] and the UNCI-

86 FSA, *FSA process guide to decision making on Schemes of Arrangement*.

87 See judgment of the district court (Landgericht) of Rottweil of 17 May 2010, BeckRS 2010, 13330 (beck-online).

88 German Supreme Court (BGH), judgement of 13 October 2009 (X ZR 79/09), available at *http://lexetius.com/2009,3103*.

89 Court of Appeal (Oberlandesgericht) of Celle, judgement of 8 September 2009 (8 U 46/09), available at *http://app.olg-ol.niedersachsen.de/efundus/volltext.php4?id=5106*. See, however, the analysis by P. Mankowski, 65 *Wertpapier-Mitteilungen* 1201 et seq. (2011); H. Eidenmüller, Tilmann Frobenius, 65 *Wertpapier-Mitteilungen* 1210, 1217 et seq. (2011).

90 Cf. C. P. Paulus, "Das englische Scheme of Arrangement – ein neues Angebot auf dem europäischen Markt", 32 *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1077, 1080 et seq. (2011).

91 The American Law Institute, The International Insolvency Institute (eds.), *The ALI/III Principles of Cooperation in Transnational Cases* (2010), available at *http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/36/5306.html*.

TRAL 'Model Law on Cross-Border Insolvency' foster cooperation in trans-border insolvency proceedings. Empirical studies suggest that the courts of the main and ancillary proceedings cooperate in order to facilitate an efficient distribution of the debtor's assets[92]. Cross-border protocols are the product of private contracting in order to coordinate concurrent insolvency proceedings in several jurisdictions. However, cross-border protocols fall short of establishing ground rules for restructuring contracts.

Anecdotal evidence suggests that privately negotiated restructuring contracts challenge mandatory bankruptcy law and rules for protecting a country's *ordre public* or established public policies. Closer inspection reveals that the crucial point about private ordering in the field of bankruptcy law is creditor participation[93]. Restructuring schemes will only be successful if they can be made binding for a minority of dissenting creditors. Consortium agreements have taken recourse to collective action-clauses[94]. U.S. law on mass bankruptcies demonstrates that (international) creditors should be weary about their due process rights[95]. The movement for 'contractualisation'[96] of insolvency and restructuring laws will have to flesh out rules for minority protection and substantive rules for judicial scrutiny of a scheme of arrangement or any other pre-packaged reorganisation scheme.

92 I. Mevorach, "On the Road to Universalism: Comparative and Empirical Study of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency Law", 12 *Eur. Bus. Org. L. Rev. (EBOR)* 518, 537 et seq. (2011).

93 Cf. C. P. Paulus, 32 *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1077, 1080 (2011).

94 See Institut für Interdisziplinäre Restrukturierung, *Schemes of Arrangement* – Veranstaltungs– und Diskussionsbericht vom 4. Trilog 4. Juni 2011, available at *http://www.iir-hu.de/fileadmin/Freigaben/Veranstaltungen/Trilog/Trilog_4_Bericht.pdf*.

95 Cf. J. B. Martin, "A User's Guide to Bankruptcy Mediation and Settlement Conferences", 11 *Tenn. J. Bus. L.* 198, 190 (2009).

96 A.-F. Zattara-Gros, La Contractualisation du Droit de Entreprises en Difficultés, in *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot* (Dalloz 2011), 623 et seq.; P. Mankowski, P. Mankowski, 65 *Wertpapier-Mitteilungen* 1201, 1209 (2011).

др *Рајнер* КУЛМС, LL.M.
виши научни сарадник на Макс Планк Институту за упоредно и међународно приватно право, Хамбург, Немачка

ПРЕКОГРАНИЧНИ СТЕЧАЈНИ ПРОТОКОЛИ: ОД МЕКОГ ПРАВА ДО ИНОВАТИВНИХ МЕХАНИЗАМА РЕСТРУКТУРИРАЊА?

Резиме

Стечај мултинационалних група представља велики изазов за прекограничну заштиту поверилаца. Прекогранични протоколи представљају приватне споразуме којима се врши координација конкурентних стечајних поступака који се воде у различитим државама. Овај чланак проучава неколико протокола и њихов потенцијал за реструктурирање. У раду се анализира америчка пракса признања страних планова реструктурирања. Чланак се закључује се механизмима реструктурирања у Европској унији, укључујући и планове поравнања на основу британског Закона о компанијама из 2006. године.

Кључне речи: *прекогранични стечајни протоколи, реструктурирање, планови поравнања.*

др *Владимир* КОЗАР
специјални саветник у НЛБ банци а.д. Београд
доцент Правног факултета за привреду и правосуђе Универзитета Привредна академија у Новом Саду

ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ СПОРАЗУМНОГ ФИНАНСИЈСКОГ РЕСТРУКТУРИРАЊА ПРИВРЕДНИХ ДРУШТАВА

Резиме

Правне последице споразумног финансијског реструктурирања привредних друштава значајне су како за корпоративног дужника, тако и за његове повериоце. Према редоследу настанка, могу се поделити на оне које настуπају независно од исхода поступка реструктурирања и пре његовог окончања, као што је мировање дугова (мораторијум), и оне које настају закључењем уговора о финансијском реструктурирању, након успешно окончаног поступка. Делотворна мера заштите потраживања поверилаца у току мораторијума представља ограничење овлашћења статутарног заступника у виду обавезног супотписа. Последице закључења уговора огледају се, пре свега, у редефинисању дужничко-поверилачких односа предвиђањем отплате у ратама, изменом рокова доспелости, каматних стопа или других услова кредита или инструмента обезбеђења. Битна последица јесте задржавање реда првенства хипотеке.

Предвиђени су порески подстицаји за банке и друге повериоце, учеснике финансијског реструктурирања. Укинут је порез на пренос апсолутних права код преноса удела у правном лицу и хартија од вредности, што се односи и на мере претварања потраживања у капитал привредног друштва – корпоративног дужника.

Уговор о финансијском реструктурирању представља правни основ за рекласификацију потраживања банака, чиме се значајно умањују обавезне резерве за процењене губитке и позитивно утиче на адекватност капитала банке.

Кључне речи: *финансијско реструктурирање, мировање дугова, хипотека, порески подстицај, рекласификација потраживања.*

I Увод

Споразумно (вансудско, ванстечајно) финансијско реструктурирање привредног друштава представља прву у низу мера које је могуће спровести према привредном друштву у финансијским тешкоћама. Редослед мера у таквој ситуацији у нашем правном систему је следећи: 1. споразумно (вансудско, ванстечајно) реструктурирање; 2. унапред припремљени план реорганизације; 3. стечајна реорганизација; 4. банкротство.[1] Наведени институти, осим банкротства, представљају начине и облике опоравка привредних друштава, који се могу подвести под установу санације која деценијама развијана, а сада не постоји у нашем правном систему.[2]

Законом о споразумном финансијском реструктурирању привредних друштава[3] уређују се услови и начин споразумног финансијског реструктурирања привредних друштава у Републици Србији које се спроводи најкасније пре покретања стечајног поступка.

Правне последице о споразумног финансијског реструктурирања привредних друштава огледају се у мировању дугова, до чега долази у току поступка, а ако се поступак успешно оконча, закључује се уговор о финансијском реструктурирању којим се редефинишу дужничко-поверилачки односи.

II Мере заштите потраживања поверилаца у току мораторијума

Једна од основних претпоставки успешног спровођења споразумног финансијског реструктурирања привредних друштава јесте

1 В. Козар, *Коментар Закона о споразумном финансијском реструктурирању привредних друштава*, Пословни биро д.о.о., Београд, 2011, стр. 8.

2 М. Мићовић, „Споразумно финансијско реструктурирање или санација привредних друштава“, *Правни живот*, бр. 11/2011, стр. 54.

3 Објављен у *Службеном гласнику РС*, бр. 36/2011 од 27. маја 2011. године, ступио на снагу 4. јуна, а примењује се од 24. јуна 2011. године (чл. 18).

привремена обустава испуњења обавеза, као и забрана покретања извршног поступка, односно одлагање извршења обавеза корпоративног дужника према повериоцима, у првом реду банкама (мировање дугова, мораторијум).[4] „Мировање дугова“ је привремена обустава испуњења обавеза, укључујући обуставу извршења у принудној наплати са рачуна привредног друштва, као и забрана покретања извршног поступка, односно одлагање извршења према привредном друштву у погледу потраживања поверилаца који учествују у финансијском реструктурирању.

У току финансијског реструктурирања уводи се мировање дугова (мораторијум), укључујући сва извршна судска решења, друге извршне наслове и законска овлашћења, као и пореска, царинска и менична дуговања из члана 47 Закона о платном промету,[5] које производи правно дејство даном закључења уговора о мировању дугова.[6] Дакле, закон не прописује мораторијум као правну последицу покретања поступка вансудског споразумног реструктурирања, која би наступила по сили закона, већ је потребно да повериоци са дужником закључе одговарајући уговор.

Поред начелне забране предузимања радњи које би могле спречити или отежати наплату потраживања поверилаца који су закључили уговор о мировању дугова, која је саставни део законског начела поступања у доброј вери,[7] уговором о мировању дугова могуће је предвидети посебне мере заштите потраживања поверилаца.

Иако је реч о необавезној садржини уговора, која је предвиђена подзаконским актом – Правилником о садржини уговора о мировању дугова, допуштање уговарања посебних мера заштите потраживања поверилаца представља веома значајан инструмент који доприноси смањењу пословних и правних ризика поверилаца који се упуштају у подухват споразумног финансијског реструктурирања, чији се исход не може са сигурношћу предвидети, а чија је обавезна фаза мораторијум.

Мере заштите потраживања поверилаца обухватају нарочито: ограничења и праћење плаћања, измиривања обавеза, задуживања и дру-

4 В. Козар, „Мировање дугова (мораторијум) у поступку финансијског реструктурирања“, Зборник реферата са међународног научног скупа одржаног од 29–31. марта 2012. године у Новом Саду у организацији Правног факултета за привреду и правосуђе Универзитета Привредна академија у Новом Саду, стр. 226.

5 *Службени лист СРЈ*, бр. 3/2002, 5/2003, *Службени гласник РС*, бр. 43/2004, 62/2006, 111/2009, 31/2011.

6 Мировање дугова уређено је чланом 12 Закона о споразумном финансијском реструктурирању привредних друштава.

7 Члан 7 став 3 Закона о споразумном финансијском реструктурирању привредних друштава.

гих трансфера и трансакција дужника, као што је претходна или накнадна сагласност (дозвола или одобрење) или именовање лица овлашћеног за сапотписивање исправа којима дужник врши новчане трансакције у току мировања дугова, укључујући уређење питања одговорности овог лица.[8] На овај начин, допуштено је коришћење, на аутономној основи, више института којим повериоци могу да контролишу и прате пословање корпоративног дужника, нпр. нова задуживања узимањем кредита, давањем јемства, заснивањем хипотека, као и закључивање других уговора и правних послова којима би се, преузимањем нових главних или акцесорних обавеза, оптеретила имовина или погоршао положај повериоца који учествују у поступку споразумног финансијског реструктурирања.

Претходна или накнадна сагласност (дозвола или одобрење) као мера заштите потраживања поверилаца из уговора о мировању дугова, има одређених сличности са институтом сагласности за закључење уговора из члана 55 став 1 Закона о облигационим односима у коме је прописано кад је општим актом правног лица одређено и у регистар уписано да његов заступник може закључити одређени уговор само уз сагласност неког органа, сагласност се може дати претходно, истовремено или накнадно, ако шта друго није уписано у регистар. Разлика је у томе што се у првом случају не тражи да ограничење буде прописано општим актом корпоративног дужника, нити да је уписано у Регистар привредних субјеката. Такође, код реструктурирања ограничење се односи на корпоративног дужника као правно лице, а ограничење из Закона о облигационим односима односи се на његовог статутарног заступника. У првом случају сагласност (дозволу или одобрење) дају повериоци, а не орган дужника. Зато се поставља питање домашаја овог ограничења према трећем, савесном лицу са којим би корпоративни дужник закључио уговор или други правни посао о новом задуживању, без сагласности поверилаца предвиђене уговором о мировању дугова. У сваком случају такво ограничење би требало да буде регистровано да би могло да има правно дејство према трећим лицима.

Именовање лица овлашћеног за сапотписивање исправа којима дужник врши новчане трансакције у току мировања дугова, као мера заштите потраживања поверилаца, има већи правни и практични значај, с обзиром да је то лице обавезно да депонује свој потпис код банке која води рачун привредног друштва, а ограничење сапотписивања исправа се региструје у регистру привредних субјеката.[9] Правилник о садржини уговора о мировању дугова употребљава термин „сапотписивање“ и

8 Члан 3 став 1 тачка 2 Правилника о садржини уговора о мировању дугова.

9 Члан 3 ст. 2 и 3 Правилника о садржини уговора о мировању дугова.

ово ограничење везује за потписивање „исправа којима дужник врши новчане трансакције у току мировања дугова". Поставља се питање на које правне послове се односи ограничење „сапотписивања". Израз „новчане трансакције" сличан је појму „трансакција плаћања" који се користи у Закону о платном промету, па следи закључак да се уговором о мировању дугова може именовати лице овлашћено за сапотписивање налога за плаћање, које корпоративни дужник издаје својој банци уз инструкцију за трансфер средстава с његовог рачуна повериоцу, или на рачун повериоца.[10] Међутим, како се изрази „новчане трансакције" и „трансакције плаћања" не подударају, „сапотписивање исправа" као мера заштите потраживања поверилаца који учествују у поступку споразумног финансијског реструктурирања, могла би се применити и на друге правне послове којима се регулишу или обезбеђују новчани токови, а пре свега на закључење нових уговора о кредиту, давање јемства, заснивање хипотека, којима би се погоршао положај поверилаца, учесника реструктурирања. На овај начин повериоцима се омогућава да врше непосредну контролу и утичу на пословање корпоративног дужника, пре свега кроз заступничку функцију, а посредно и на управљачку функцију.

Поставља се питање домашаја овог ограничења према трећем, савесном лицу са којим би корпоративни дужник у току мировања дугова закључио уговор или други правни посао којим се врше новчане трансакције, без сапотписа лица именованог уговором о мировању дугова, када је ограничење сапотписивања исправа регистровано у регистру привредних субјеката.

Закон о привредним друштвима[11] у члану 33 прописује да је заступник дужан да поступа у складу са ограничењима својих овлашћења која су утврђена актима друштва или одлукама надлежних органа друштва (став 1). Како потписивању уговора о мировању дугова претходи одлука надлежних органа друштва, јасно је да је заступник дужан да поступка у складу са ограничењима својих овлашћења која су утврђена уговором о мировању дугова, па и са ограничењем сапотписивања исправа. Међутим, Закон о привредним друштвима поставља правило да према трећим лицима регистрована ограничења овлашћења заступника (па тиме и нерегистрована) немају правно дејство,[12] прописујући да се

10 У члану 4 став 1 Закона о платном промету предвиђено је да трансакција плаћања може бити трансфер одобрења или трансфер задужења, док је у ставу 3 истог члана дефинисано да је трансфер одобрења трансакција плаћања коју иницира дужник, који налог за плаћање издаје својој банци и даје јој инструкцију за трансфер средстава с његовог рачуна повериоцу, или на рачун повериоца.

11 *Службени ɪласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011.

12 М. Васиљевић, *Водич за ɪримену Закона о ɪривредним друшɪвима*, Intermex, Београд, 2011, стр. 78.

ограничења овлашћења заступника не могу истицати према трећим лицима (став 2).

Изузетно овај закон прописује да се ограничења овлашћења заступника у виду обавезног супотписа могу истицати према трећим лицима, ако су регистрована у складу са законом о регистрацији (став 3), дакле у складу са Законом о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре.[13] Реч је о ограничењу које се састоји у заједничком склапању послова од стране више заступника и прокуриста (супотпис).[14]

Цитиране одредбе Закона о привредним друштвима о дејству регистрованог ограничења супотписа према трећим лицима, могу се применити и на дејство ограничења „сапотписивање исправа којима дужник врши новчане трансакције у току мировања дугова" као мере заштите потраживања поверилаца у поступку споразумног финансијског реструктурирања. То указује да је „сапотписивање" односно обавезан супотпис, једино делотворно ограничење дужника, односно овлашћења његовог заступника, наравно под условом да је регистровано у Регистру привредних субјеката.

Правилник о садржини уговора о мировању дугова допушта уговарање и других мера заштите потраживања поверилаца које у њему нису изричито набројане, сагласно начелу слободе уговарања, које морају бити у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја.[15]

Поред мера заштите потраживања поверилаца, наведени правилник омогућава уговарање додатних средстава обезбеђења, односно гаранција и јемстава.

III Садржина уговора и мере финансијског реструктурирања

Финансијско реструктурирање се окончава уговором о финансијском реструктурирању.[16] Дужник је обавезан да уговор о финансијском реструктурирању у року од два радна дана од дана закључења достави регистру привредних субјеката ради регистрације забележбе о постојању тог уговора, сагласно начелу правне сигурности. Уговор о финансијском реструктурирању оверава се у Привредној комори Србије и заводи у посебну књигу.[17]

13 *Службени ɪласник РС*, бр. 99/2011.

14 М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 78.

15 Начело аутономије воље из члана 10 Закона о облигационим односима.

16 Члан 14 Закона о споразумном финансијском реструктурирању привредних друштава.

17 Члан 12 став 2 Правилника о условима и начину институционалног посредовања у споразумном финансијском реструктурирању привредних друштава.

Уговор о финансијском реструктурирању може да обухвата следеће мере: предвиђање отплате у ратама, измену рокова доспелости, каматних стопа или других услова кредита, зајма или другог потраживања или инструмента обезбеђења; уновчење имовине или пренос такве имовине ради намирења потраживања; отпуст дуга; извршење, измену или одрицање од заложног права; давање додатних средстава обезбеђења од стране дужника или трећих лица, укључујући давање јемстава и гаранција; претварање потраживања у капитал; закључивање уговора о кредиту, односно зајму; издавање хартија од вредности; друге мере од значаја за реализацију финансијског реструктурирања. Дакле, закон не прописује обавезну садржину уговора о финансијском реструктурирању, већ примера ради наводи најчешће мере, а допушта и могућност уговарања других мера од значаја за реализацију финансијског реструктурирања. Наведене мере споразумног финансијског реструктурирања сличне су мерама у оквиру истоименог института о поступку приватизације,[18] као и мерама за реализацију плана реорганизације из члана 157 Закона о стечају.

IV Правна природа уговора о финансијском реструктурирању и дејство новације на престанак залоге

По својој правној природи, а у зависности од мера предвиђених за реализацију финансијског реструктурирања, наведени уговор има правну природу поравнања из члана 1089 Закона о облигационим односима (нпр. ако се предвиђа отплате у ратама) или новације из члана 348 став 1 Закона о облигационим односима, ако се постојеће обавезе замењују новом (нпр. ако се врши конверзија – претварање потраживања у капитал).[19] Поред тога, могућа је комбинација поравнања и новације, јер се поравнањем може извршити новација обавезе, и у том случају се јемац ослобађа одговорности за њено испуњење, а престаје и залога коју је дао неко трећи.[20] Ако поравнањем није извршена новација обавезе (као нпр. код делимичног отпуста дуга или отплате у ратама), јемац и трећи који је дао своју ствар у залогу остају и даље у обавези, а њихова одговорност може бити смањена поравнањем, али не и повећана, изузев ако су се сагласили са поравнањем.[21]

Међутим, када је у питању дејство новације на престанак залоге уопште, па и залоге коју је дао неко трећи, а не дужник обезбеђеног

18 Члан 19 Закона о приватизацији (*Службени гласник РС*, бр. 38/2001, 18/2003, 45/2005, 123/2007, 30/2010).

19 В. Козар, *нав. дело*, стр. 56.

20 Члан 1095 став 1 Закона о облигационим односима.

21 Члан 1095 став 2 Закона о облигационим односима.

потраживања, Закон о споразумном финансијском реструктурирању привредних друштава у члану 15 направио је значајан изузетак у односу на цитирано опште правило облигационог права, тиме што је установио правило о непрекидности (континуитету) заложног права, и то како у случају хипотеке, тако и када је потраживање обезбеђено заложним правом на покретним стварима и правима.

V Замена „обезбеђеног потраживања које се реструктурира“ „реструктурираним обезбеђеним потраживањем“

Закон о споразумном финансијском реструктурирању привредних друштава разликује две врсте потраживања: „обезбеђено потраживање које се реструктурира“ и „реструктурирано обезбеђено потраживање“. Иако употребљена терминологија може навести на помисао да је у питању игра речи, битно је уочити разлику између ових термина и две различите врсте потраживања која су њима означена. Јер, „обезбеђено потраживање које се реструктурира“ замењује се „реструктурираним обезбеђеним потраживањем“. На овај начин законодавац је реструктурирању недвосмислено дао правну природу новације, јер се једно потраживање које је постојало између повериоца и дужника, сада замењује новим потраживањем,[22] што одговара дефиницији новације из члана 348 став 1 Закона о облигационим односима, који уређује пренов (новацију), тако што прописује да обавеза престаје ако се поверилац и дужник сагласе да постојећу обавезу замене новом и ако нова обавеза има различит предмет или различит правни основ. Чланом 350 истог закона, у оквиру уређења дејстава пренова, прописано је у ставу 1 да уговором о пренову ранија обавеза престаје, и нова настаје, а у ставу 2 да са ранијом обавезом престају и залога и јемство, изузев ако је са јемцем или залогодавцем друкчије уговорено, а у ставу 3 да исто важи и за остала споредна права која су била везана за ранију обавезу.

Да би се избегло наведено неповољно дејство пренова (новације) у финансијском реструктурирању на средства обезбеђења, до чега би дошло по цитираним општим одредбама Закона о облигационим односима, осим уколико са залогодавцем није уговорено да са ранијом обавезом не престају и залога или јемство, Законом о споразумном финансијском реструктурирању привредних друштава установљена је непрекидност (континуитет) заложног права: потраживање које се реструктурира и које је обезбеђено хипотеком, односно заложним правом на покретним стварима и правима (у даљем тексту: обезбеђено потраживање које се реструктурира), замењује се реструктурираним обезбеђеним потраживањем, тако да хипотека, односно заложно пра-

22 В. Козар, *нав. дело*, стр. 59.

во на покретним стварима и правима, као споредно право везано за обезбеђено потраживање које се реструктурира, наставља да постоји као средство обезбеђења реструктурираног потраживања, у складу са уговором о финансијском реструктурирању. Катастар непокретности, односно други регистар заложног права, врши измену података уписане хипотеке, односно заложног права на покретним стварима и правима, сагласно износу реструктурираног обезбеђеног потраживања, као и другим условима реструктурираног обезбеђеног потраживања. Хипотека, односно заложно право на покретним стварима и правима, представља средство обезбеђења реструктурираног обезбеђеног потраживања до износа обезбеђеног потраживања које се реструктурира, а у случају да је износ реструктурираног обезбеђеног потраживања смањен у односу на износ обезбеђеног потраживања које се реструктурира, катастар непокретности, односно други регистар заложног права врши измену података уписане хипотеке, односно заложног права на покретним стварима и правима.

VI Задржавање реда првенства – непрекидност (континуитет) заложног права

С обзиром да у споразумном финансијском реструктурирању привредних друштава више поверилаца, пре свега банака, истовремено закључује са привредним друштвом као дужником споразум о реструктурирању дугова, што подразумева редефинисање дужничко-поверилачких односа између корпоративног дужника и поверилаца, то овај споразум постојећу обавезу замењује новом, која, према томе, има нови, односно различит правни основ. У погледу хипотеке, а у складу са одредбама Закона о облигационим односима, Закона о хипотеци и Закона о државном премеру и катастру, као и пратећих подзаконских прописа, услед овог пренова обавезе, поверилац чије је потраживање обезбеђено хипотеком, у недостатку наведених специјалних одредаба о непрекидности (континуитету) заложног права из Закона о споразумном финансијском реструктурирању привредних друштава, био би принуђен да уписану хипотеку поново упише у јавним књигама, због чега би изгубио ред првенства већ уписане хипотеке. Имајући у виду већи број и различитост (често и сукоб) интереса поверилаца, у пракси се ретко уговара могућност задржавања постојеће хипотеке у случају пренова (новације), у смислу члана 350 став 2 Закона о облигационим односима. Исти проблем би постојао и у односу на заложна права на покретним стварима и правима. Услед свега тога, повериоци, а посебно банке, били би обесхрабрени да учествују у споразумном корпоратив-

ном реструктурирању дугова, што би довело до отварања стечаја над многим привредним друштвима и другим облицима пословања, који би могли да се финансијски опораве и наставе пословање, а који може да се заврши банкротством и престанком пословања.

Осим тога, трошкови заснивања нове хипотеке додатни су демотивишући фактор за повериоце, нарочито имајући у виду одредбе тарифног броја 17 Тарифе накнаде за коришћење података и пружање услуга, која је саставни део Уредбе о висини накнаде за коришћење података премера и катастра и пружање услуга Републичког геодетског завода.[23] Међутим, чланом 14 Уредбе о изменама и допунама Уредбе о висини накнаде за коришћење података премера и катастра и пружање услуга Републичког геодетског завода,[24] прописано да се у тарифном броју 17 додаје се тачка 14), којом се утврђује да накнада за измену података већ уписане хипотеке у висини од 80 бодова, као и да се за услугу из тачке 10) подтачка (1) на вредност услуге додаје се 0,2% од вредности потраживања које се обезбеђује хипотеком, а највише до 5000 бодова. На овај начин утврђен је и ограничен број бодова, а тиме и висине накнаде за услугу измене података уписане хипотеке, те утврђена сама „измена података већ уписане хипотеке“ као поступак, односно процесна радња.

VII Порески подстицаји

Закон о споразумном финансијском реструктурирању привредних друштава не садржи конкретне одредбе о подстицајима у поступку финансијског реструктурирања, већ упућује на друге прописе, чије је предлагање, односно доношење у надлежности Народне банке Србије, Министарства финансија и Министарства економије и регионалног развоја. Порески подстицаји за финансијско реструктурирање, у смислу пореског ослобођења отпуста дуга код поверилаца, као и могућности репрограмирања дуга по основу пореза и других јавних прихода, утврђују се законом којим се уређује порез на добит правних лица, односно законом којим се уређује порески поступак и пореска администрација, док Народна банка Србије у прописима из своје надлежности утврђује подстицаје за финансијско реструктурирање.[25]

Новелама Закона о порезима на имовину из 2009. године[26] брисана је тачка 3 у члану 23 став 1 основног законског текста, којом је

23 *Службени ɪласник РС*, бр. 45/02 и 15/10.

24 *Службени ɪласник РС*, бр. 15/2010.

25 Члан 16 Закона о споразумном финансијском реструктурирању привредних друштава.

26 Члан 8 Закона о изменама и допунама Закона о порезима на имовину (*Службени ɪласник РС*, бр. 5/2009).

било предвиђено да се порез на пренос апсолутних права плаћа код преноса уз накнаду удела у правном лицу и хартија од вредности. Тиме су од ове врсте пореза изузете и мере претварања (конверзије, замене) потраживања у капитал привредног друштва (корпоративног дужника), што представља значајан подстицај за споразумно финансијско реструктурирање привредних друштава, као и за стечајну реорганизацију. Такво решење задржано је и након последњих законских измена.[27]

Такође, изменама и допунама Закона о порезу на добит предузећа, који сада носи назив Закон о порезу на добит правних лица[28] члан 22а став 1 промењен је тако што је прописано да се на терет расхода у пореском билансу банке признаје увећање исправке вредности потраживања билансне активе и резервисања за губитке по ванбилансним ставкама, која су у складу са унутрашњим актима банке исказани у билансу успеха на терет расхода у пореском периоду, до висине одређене у складу са прописима Народне банке Србије, чиме су пружени порески подстицаји за банке као повериоце корпоративног привредног друштва у финансијским тешкоћама.

VIII Рекласификација реструктурираних потраживања банака

Новом Одлуком о класификацији билансне активе и ванбилансних ставки банке[29] предвиђени су подстицаји за *рекласификацију* потраживања банака на основу закљученог уговора о финансијском реструктурирању.

Наведеном одлуком утврђује се која се билансна актива и ванбилансне ставке класификују, критеријуми за класификацију потраживања банке, као и начин обрачуна резерви за процењене губитке који могу настати по основу потраживања банке, а ради адекватног и ефикасног управљања кредитним ризиком коме је банка изложена у свом пословању (тачка 1). Потраживања банке класификују се у категорије А, Б, В, Г и Д, према критеријумима за класификацију прописаним у тачки 20. У најповољнију категорију А класификују се потраживања од дужника код кога се, на основу процене финансијског стања, односно кредитне способности, не очекују проблеми у наплати, затим потраживања обезбеђена првокласним средствима обезбеђења (гото-

27 Закон о порезима на имовину (*Службени гласник РС*, бр. 26/2001, 45/2002, 80/2002, 135/2004, 61/2007, 5/2009, 101/2010, 24/2011, 78/2011).

28 *Службени гласник РС*, бр. 25/01, 80/02, 43/03, 84/04, 18/10 и 101/2011.

29 *Службени гласник РС*, бр. 94/2011.

вински депозит, залога на злату уз испуњеност још неких услова) као и потраживања по којима дужник своје обавезе измирује благовремено или је у доцњи не дужој од 30 дана. У најнеповољнију категорију Д класификују се потраживања од дужника у ликвидацији или стечају, затим потраживања по којима је дужник у доцњи дужој од 180 дана и сл.

Резерва за процењене губитке обрачунава се на бруто књиговодствену вредност потраживања, у зависности од класификације потраживања (тачка 34), и то од 0% потраживања класификованих у категорију А, 2% потраживања класификованих у категорију Б, 15% потраживања класификованих у категорију В, 30% потраживања класификованих у категорију Г и 100% потраживања класификованих у категорију Д. Дакле, обавезна резерва за процењене губитке креће се од 0% до 100% потраживања, у зависности од класификације. Што је повољнија класификација потраживања, нижа је потребна резерва за процењене губитке, која представља одбитну ставку од капитала банке[30] и неповољно утиче на адекватност капитала банке. Банка је дужна да одржава прописани износ капитала ради стабилног и сигурног пословања, односно ради испуњења обавеза према повериоцима, у висини која није мања од динарске противвредности 10.000.000 евра. Показатељ адекватности капитала представља однос између капитала и ризичне активе банке. Народна банка Србије прописује начин израчунавања капитала и адекватности капитала банке.[31]

Зато, закључени уговор о финансијском реструктурирању представља основ за повољнију *рекласификацију* потраживања банака, јер се доцња рачуна према накнадно уговореном датуму доспећа, а тиме истовремено постиже и повољнија класификација потраживања које се реструктурира, односно реструктурираног потраживања. Тачком 23 став 4 Одлуке о класификацији билансне активе и ванбилансних ставки банке предвиђено је да се одредбе ст. 1 и 2 ове тачке, које уређују редовно рачунање доцње у наплати према првобитном датуму доспећа, не примењују на реструктурирана потраживања при првом реструктурирању под условом да је дужник у периоду од најмање три месеца, односно најмање три узастопна плаћања према уговореном плану отплате након извршеног реструктурирања, своје обавезе измиривао с доцњом не дужом од 30 дана. Ако су испуњени наведени услови доцња у наплати реструктурираних потраживања рачуна се према накнадно

30 Износ потребне резерве за процењене губитке по билансној активи и ванбилансним ставкама банке је одбитна ставка од основног капитала – тачка 12 став 1 под 6 у вези става 3 под 4 Одлуке о адекватности капитала банке (*Службени гласник РС*, бр. 46/2011).

31 Члан 21 ст. 1 и 3, члан 22 став 1 и члан 23 став 2 Закон о банкама (*Службени гласник РС*, бр. 107/2005, 91/2010).

уговореном датуму доспећа, што значи према измењеним роковима доспелости из закљученог уговора о финансијском реструктурирању. На тај начин потраживање по коме је дужник био у доцњи дужој од 180 дана, а које је било класификовано у најнеповољнију категорију Д, на основу уговора о финансијском реструктурирању рекласификује се у неку од повољнијих категорија са далеко нижом стопом обрачунавања резерве.

Закључењем уговора о финансијском реструктурирању са отплатом у ратама, измењеним роковима доспелости, каматних стопа или других услова кредита, истовремено се отклања трајнија неспособност за плаћање као стечајни разлог из чл. 11–12 Закона о стечају, а тиме и отварање стечаја над дужником, који представља критеријум за класификовање потраживања банке у најнеповољнију категорију Д са обавезом обрачунавања резерве за процењене губитке од 100% потраживања.

На тај начин, привредном друштву у финансијским тешкоћама омогућава се опстанак и наставак пословања, избегава се стечај, а банке као кључни повериоци добијају подстицај у виду повољније класификације потраживања и нижом обавезом обрачунавања резерве.

У тачки 2 став 2 дата је дефиниција „реструктурираног потраживања" тако што је прописано да се реструктурираним потраживањем, у смислу ове одлуке, сматра потраживање уређено уговором којим су редефинисани дужничко-поверилачки односи банке и дужника услед његових финансијских тешкоћа. При томе, овај уговор мора да испуњава три кумулативна услова, и то тако: 1. да су њиме замењена сва биланс-на потраживања од дужника, односно њихов већи део, 2. да су битно промењени услови под којима је то потраживање одобрено (под чим се нарочито подразумева продужење рока враћања главнице или камате, смањење каматне стопе или висине потраживања, замена испуњења, као и друге промене услова којима се олакшава положај дужника) и 3. да је истовремено усвојен адекватан програм финансијске консолидације дужника.[32]

Дакле, наведена три услова морају кумулативно бити испуњена да би уговор о финансијском реструктурирању из члана 14 Закона о споразумном финансијском реструктурирању привредних друштава представљао ваљани правни основ за рекласификацију потраживања

32 У случају дужника који је физичко лице – да је банка, на основу кредитне способности дужника, оценила да је он у могућности да уредно измирује своје обавезе према банци у наредном периоду, умањила висину потраживања за износ депозита положеног на име обезбеђења потраживања у случају да је тај депозит положен и уговорила да се дужник након извршеног реструктурирања неће додатно задуживати.

које је њиме уређено, редефинисањем дужничко-поверилачких односа банке и дужника, и тиме сматрало реструктурираним потраживањем у смислу Одлуке о класификацији билансне активе и ванбилансних ставки банке.[33]

Ако реструктурирање задовољава само услове из Одлуке о класификацији билансне активе и ванбилансних ставки банке, а истовремено не представља финансијско реструктурирање у смислу Закона о споразумном финансијском реструктурирању привредних друштава, нпр. ако у њему не у њему учествују најмање две домаће или стране банке у својству поверилаца, већ само једна банка, тада је за обезбеђење реструктурираног потраживања потребно уписати нову хипотеку, с обзиром да се реструктурирано потраживање дефинише као ново потраживање (којим су замењена сва билансна потраживања од дужника, односно њихов већи део), и том, новом хипотеком обезбедити, уговором редефинисано потраживање банке.[34]

***Vladimir* KOZAR, PhD**
Special Adviser to the NLB Bank a.d. Belgrade
Assistant Professor at the Faculty of Economy and Justice, University Business Academy of Novi Sad

LEGAL CONSEQUENCES OF A CONSENSUAL FINANCIAL RESTRUCTURING OF BUSINESS COMPANIES

Summary

The legal consequences of a consensual financial restructuring of business companies are important both for the corporate debtor and for its creditors. According to the order of creation, they can be divided into those that act independently of the outcome of the restructuring process and prior to its completion such as debts stand-by (moratorium), and those that are arising from the conclusion of the contract on financial restructuring, following the successful completion of the procedure. An effective protection measure of creditors' claims during the moratorium is limitation of powers of statutory representatives in the form of mandatory countersignature. The consequences arising from the conclu-

33 В. Козар, *нав. дело*, стр. 66.

34 Став Одбора за правна питања Удружења банака Србије од 20.6.2011. године.

sion of the contract are reflected, primarily, in redefining of debtor – creditor relations, foreseeing of repayment in instalments, modifying terms of maturity, interest rates and other terms of the loan or collaterals. An important result is the retention of the order of priority of mortgage.

Tax incentives for the banks and other creditors, the participants in the financial restructuring, are provided. Absolute right transfer tax was abrogated on the transfer of shares in legal entity and securities, which refers to the measures of converting receivables into capital of the business company – corporative debtor.

Contract on financial restructuring constitutes legal grounds for the reclassification of banks' claims, thereby reducing the mandatory reserves for the potential losses and has a positive effect on capital adequacy of the banks.

Key words: *financial restructuring, debts stand-by, mortgage, tax incentives, reclassification of claims.*

***Марко* МАРЈАНОВИЋ**
правни саветник у Агенцији за приватизацију

ОДРЕЂЕНИ ПРАВНИ АСПЕКТИ ЗАШТИТЕ ПРАВА ЗАПОСЛЕНИХ У ПОСТУПЦИМА ПРИВАТИЗАЦИЈЕ И СТЕЧАЈА

Резиме

У овом чланку аутор ће анализирати посебне инструменте заштите права запослених који се примењују у поступцима приватизације и стечаја. У раду ће бити приказани одређени проблеми у остваривању права запослених који су проистекли из примене приватизационих и стечајних прописа. Тежиште разматрања биће стављено на законску забрану принудног извршења против субјеката приватизације који су у поступку реструктурирања. С тим у вези, у раду је указано на специјални правни режим који имају потраживања из радног односа према друштвеним предузећима која су утврђена домаћим судским одлукама. У пракси Европског суда за људска права ова потраживања су добила карактер посебно заштићених потраживања, имајући у виду да је суд увео принцип одговорности Републике Србије за неизмирене обавезе друштвених предузећа према запосленима. Извршење пресуда Европског суда за људска права захтевало је одређене интервенције у законодавној и судској пракси. Оцена аутора је да предузете мере нису на адекватан начин решиле постојеће проблеме.

Кључне речи: *приватизација, реструктурирање, стечај, потраживања, запослени, друштвена предузећа, Европски суд за људска права.*

I Уводне напомене

Заштита права запослених један је од императива сваке правно уређене државе имајући у виду да се адекватном реализацијом права на рад остварују материјални услови за живот људи и омогућује њихова егзистенција. Ова проблематика посебно је присутна у државама као што је наша, где је незапосленост из дана у дан све већа, а привреда већ дуже времена не успева да апсорбује вишак радне снаге јер се и сама налази на рубу пропасти. У оваквој ситуацији, настојећи да минимизирају трошкове пословања, који свакако јесу високи због разних фискалних и парафискалних обавеза према држави, привредници предузимају различите мере, које се често директно одражавају на статус радника. Злоупотребом одређених законских могућности заправо се на мала врата уводи тзв. рад на црно, односно тежиште пословања се помера ка зони сиве економије, што је без сумње штетна друштвена појава, како из перспективе радника тако и из позиције државе.[1]

Одредбе о посебној заштити права запослених нашле су своје место у бројним домаћим и међународним актима. Право на рад припада категорији уставних права. Уставом Републике Србије јемчи се право на рад, право на слободан избор рада, једнакост у погледу доступности радних места, право на поштовање достојанства своје личности на раду, на безбедне и здраве услове рада, на заштиту на раду, на ограничено радно време, на дневни и недељни одмор, на плаћени годишњи одмор, на правичну накнаду за рад и на правну заштиту за случај престанка радног односа, јемчи се заштита посебних категорија запослених (жене, омладина, инвалиди).[2]

Поред начелних уставних гаранција, радно-правни статус регулисан је мноштвом прописа из различитих области. Ту пре свега спадају матични прописи из ове области, као што су Закон о раду,[3] Закон о

1 Илустративан пример за ово је злоупотреба института волонтирања. Волонтирање је посебно регулисано Законом о волонтирању (*Службени гласник РС*, бр. 36/2010). Према чл. 8 наведеног закона, забрањено је организовање волонтирања у циљу стицања добити и забрањено је волонтирање којим се замењује рад који обављају лица у складу са прописима о раду. Привредно друштво може да буде организатор волонтирања ако организује волонтирање за опште добро, односно добро другог лица на пословима ван делатности привредног друштва, ако се обављањем волонтерских услуга и активности не стиче добит, и ако волонтирање не замењује рад запослених и других радно ангажованих лица у привредном друштву. За случај кршења наведених одредаба прописана је новчана казна у распону од 100.000,00 динара до 500.000,00 динара. И поред наведених законских одредаба, у пракси је примећено да послодавци злоупотребљавају волонтирање тако што ангажују волонтере на пословима из њихове редовне делатности у циљу стицања добити.

2 Устав Републике Србије (*Службени гласник РС*, бр. 98/2006), чл. 60.

3 Закон о раду (*Службени гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009).

запошљавању и осигурању за случај незапослености,[4] Закон о безбедности и здрављу на раду,[5] Закон о спречавању злостављања на раду,[6] затим конвенције Међународне организације рада, и бројни подзаконски прописи.

Поред тога, прописи из других области сегментирано регулишу и одређена питања из радно-правне материје. На овом месту задржаћемо се само на прописима из ове категорије, и то превасходно на прописима који регулишу посебне инструменте заштите запослених у смислу наплате неизмирених потраживања, у ситуацијама када се послодавац налази под посебним режимом, као што су приватизација или стечај.

II Заштита права запослених у поступку приватизације

Приватизација као поступак промене власништва друштвеног, односно државног капитала, подразумева и одређене промене у статусу запослених код субјекта приватизације, зависно од интереса купца капитала и потреба за рационализацијом пословања. Интенција законодавца је била да се у поступку приватизације морају додатно заштитити интереси и права радника како би се спречила евентуална самовоља инвеститора. У том смислу приватизациони прописи предвиђају значајне инструменте за заштиту запослених.

У приватизационом поступку, социјални програм, којим су дефинисане обавезе купца друштвеног капитала према запосленима, чини саставни део уговора о продаји друштвеног капитала.[7] Уколико купац друштвеног капитала не испуњава обавезе према запосленима (не извршава одредбе о начину решавања питања запослених или не исплати у целини минималне зараде запосленима у субјекту приватизације и припадајуће доприносе, за период од најмање девет месеци у току календарске године), по сили закона наступа раскид уговора о продаји друштвеног капитала.[8] Последице раскида приватизационог уговора су веома неповољне за купца имајући у виду да купац у том случају, као несавесна страна, губи право на повраћај исплаћене купопродајне цене.[9]

И поред овако драстичних санкција за несавесне купце друштвеног капитала, поступак приватизације није дао очекиване резултате

4 Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености (*Службени ɪласник РС*, бр. 36/2009, 88/2010).

5 Закон о безбедности и здрављу на раду (*Службени ɪласник РС*, бр. 101/2005).

6 Закон о спречавању злостављања на раду (*Службени ɪласник РС*, бр. 36/2010).

7 Закон о приватизацији (*Службени ɪласник РС*, бр. 38/2001, 18/2003, 45/2005, 123/2007), чл. 41 ст. 1.

8 Закон о приватизацији, чл. 41а ст. 1 тач. 6 и 6а.

9 Закон о приватизацији, чл. 41а ст. 3.

с обзиром на велики број раскинутих приватизационих уговора. Као неки од важнијих разлога за то могу се навести неспровођење контроле порекла капитала који је улаган приликом приватизације, као и несавесност купаца друштвеног капитала, који су кроз поступак приватизације вршили „прање“ нелегално стеченог капитала и извлачење средстава из купљених предузећа (закључењем различитих фиктивних уговора, оптерећивањем имовине приватизованих предузећа ради добијања кредита а потом „испумпавање“ добијених средстава у приватна предузећа која су контролисали и сл.).

С друге стране, за поступак реструктурирања у приватизацији, може се рећи да је изгубио свој основни смисао[10] и претворио се у средство за куповину времена и одлагање неизбежног – стечаја. Реструктурирање у поступку приватизације представља посебну фазу која има за циљ да се субјект приватизације учини атрактивнијим за продају спровођењем различитих мера које треба да доведу до успешне продаје методом јавног тендера или јавне аукције. Реструктурирање подразумева спровођење одређених промена код субјекта приватизације као што су статусне промене, промене правне форме, промене унутрашње организације и друге организационе промене (дакле, и смањење броја запослених), затим, отпис главнице дуга, припадајуће камате или других потраживања, у целини или делимично, отпуштање дуга у целини или делимично ради намиривања поверилаца из средстава остварених од продаје капитала субјекта приватизације. У пракси постоје предузећа која дуги низ година „животаре“ у поступку реструктурирања, како би се одложило покретање стечаја над њима.

Управо поступак реструктурирања у приватизацији довео је до тешкоћа поверилаца субјеката реструктурирања, међу којима значајно место заузимају и запослени, у погледу намирења својих потраживања. Законом о приватизацији практично је уведен мораторијум на поступак принудне наплате доспелих потраживања поверилаца према субјектима приватизације који су у поступку реструктурирања.

У првобитној верзији Закона о приватизацији из 2001. године било је прописано да у току спровођења реструктурирања повериоци не могу предузимати радње ради принудне наплате својих доспелих потраживања.[11] Овако широко постављена формулација у судској пракси је створила дилеме у погледу примене наведене одредбе, посебно због тога што је, у то време важећи Закон о извршном поступку, предвиђао да се одредбе других закона које се односе на захтев за одлагање и прекид извршења неће примењивати у извршном поступку.[12] У судској

10 Закон о приватизацији, чл 19.

11 Закон о приватизацији (*Службени ɪласник РС*, бр. 38/2001), чл. 20 ст. 4.

12 Закон о извршном поступку (*Службени лисᴛ СРЈ*, бр. 28/00, 73/00 и 71/01), чл. 263.

пракси је заузет став да је Закон о приватизацији *lex specialis* у односу на Закон о извршном поступку, те да колизију одредаба ова два закона треба решити у корист Закона о приватизацији. У том смислу, заузет је став да спровођење извршења, у извршним поступцима покренутим пре покретања поступка реструктурирања извршног дужника, треба прекинути, али не и сам поступак извршења принудне наплате. Ако је извршење покренуто након покретања поступка реструктурирања, треба одредити извршење и истовремено одредити прекид спровођења извршења. Ово је важило само за новчана потраживања. За принудно извршење неновчаних обавеза, прекид поступка спровођења извршења није било могуће одредити, јер је Законом о приватизацији била уведена забрана предузимања радњи ради принудне наплате, па је језичким тумачењем закључено да се иста односи само на новчане обавезе.[13] Дакле, код новчаних потраживања, забрана принудне наплате односила се само на спровођење извршења али не и на одређивање извршења.

Током 2005. године Закон о приватизацији је претрпео значајне измене, међу којима је важна и измена која се односи на забрану принудне наплате потраживања према дужнику који је у реструктурирању. Више није прављена разлика између новчаних и неновчаних потраживања. Поред тога, уведена је забрана да се одреди и спроведе принудно извршење, која је била временски ограничена,[14] што је значило да су судови морали да предлоге за извршење поднете за време трајања ове забране одбаце као недозвољене. По истеку времена за које је ова забрана одређена, у случају поновно поднетог предлога за извршење, било је услова за одређивање извршења, али спровођење извршења и даље није било могуће. Дакле, изменама из 2005. године, постојао је временски период у ком повериоци уопште нису имали право да траже принудно извршење. Другим речима, било им је ускраћено право на судску заштиту.

Накнадним изменама Закона о приватизацији из 2008. године дошло се до формулације законске забране принудне наплате потраживања према дужнику који је у поступку реструктурирања, која је још увек на снази. Од дана доношења одлуке о реструктурирању до дана доношења одлуке о окончању реструктурирања, против субјекта приватизације, односно над његовом имовином, не може се одредити или спровести принудно извршење нити било која мера поступка извршења ради намирења потраживања, а извршни поступци који су у току се прекидају. На основу одлуке о реструктурирању орган надлежан за спровођење принудне наплате обуставља извршавање евидентираних основа и налога, а судо-

13 Правно мишљење усвојено на седници Грађанског одељења Врховног суда Србије од 30.6.2003. године.

14 Закон о изменама и допунама Закона о приватизацији (*Службени ɪласник РС*, бр. 45/2005), чл. 31.

ви и други органи надлежни за доношење основа и налога за принудну наплату не доносе нове основе и налоге за принудну наплату.[15] Дакле, новелиране одредбе Закона о приватизацији дејство забране принудне наплате потраживања проширују и на поступак одређивања извршења, а не само на поступак спровођења извршења.

Овакав законски режим довео је до тога да повериоци предузећа за које је донета одлука о реструктурирању, нису могли да у извршном поступку наплате своја потраживања. Међу повериоцима су били и запослени код субјеката приватизације са ненамиреним потраживањима из радног односа. Положај радника друштвених предузећа је тиме значајно деградиран. У великом броју случајева они су остали ускраћени за основна права из радног односа која им припадају – права на зараду и права на уплату доприноса за обавезно социјално осигурање.

III Повезивање стажа од стране државе

Држава је најпре почела са решавањем проблема који се односи на неуплаћене доприносе за пензијско и инвалидско осигурање, доношењем прописа који су имали за циљ да се у одређеној мери побољша положај радника и ублаже социјалне тензије. Требало је обезбедити услове за пензионисање радника који су с обзиром на године живота стекли услов за пензију, али због неуплаћиваних доприноса за пензијско и инвалидско осигурање то нису могли учинити (тзв. рупе у стажу). Држава је на себе преузела обавезу повезивања радног стажа, с обзиром да је у великој мери и била одговорна за насталу ситуацију због лоше контроле уплате доприноса за пензијско и инвалидско осигурање.[16]

15 Закон о приватизацији, чл 20-ж.

16 Проблем контроле наплате пореза и доприноса за обавезно социјално осигурање у будућности држава ће покушати да реши тако што ће овај посао пренети на пословне банке, преко којих се врши исплата зарада. Према чл. 30-а Закона о пореском поступку и пореској администрацији, који ће почети да се примењује од 1.7.2012. године, банка ће дозволити исплату зарада, односно накнада зарада, само уз истовремено плаћање обавеза по основу пореза и доприноса за обавезно социјално осигурање, обрачунатих у складу са законом, на одговарајући уплатни рачун јавних прихода, а ако на рачуну исплатиоца нема довољно средстава за истовремену исплату зарада, односно накнада зарада, уз плаћање припадајућих пореза и доприноса, банка ће дозволити исплату сразмерног дела зараде, односно накнаде зараде, уз плаћање припадајућих пореза и доприноса. Према чл. 179 ст. 10 истог закона, банка која не обустави извршење налога за исплату зарада, односно накнада зарада, поднетог без налога за истовремено плаћање припадајућих пореза и доприноса за обавезно социјално осигурање, казниће се за прекршај новчаном казном у износу који одговара висини неплаћених пореза и доприноса за обавезно социјално осигурање, увећаном за 50%. Представници банкарског сектора незадовољни овом обавезом, разматрају покретање иницијативе за укидање наведених одредаба.

Тако је прво донет Закон о уплати доприноса за пензијско и инвалидско осигурање за поједине категорије осигураника – запослених.[17] Овим законом држава је обезбедила уплату доприноса за пензијско и инвалидско осигурање ради утврђивања стажа осигурања за период од 1.1.1991. године до 31.12.2003. године, за оне запослене за које доприноси нису уплаћени од стране њихових послодаваца, чиме је извршено прво повезивање стажа. Средства за уплату доприноса обезбеђена су у државном буџету. Ово повезивање стажа било је општег карактера имајући у виду да су право на уплату доприноса имала сва лица која су у наведеном периоду била у радном односу у предузећу, установи, банци, организацији и земљорадничкој задрузи у Републици Србији.[18] Повезивање стажа по овом закону коштало је државу око 18,6 милијарди динара. Иако је закон прописао да ће за износ доприноса које је држава уплатила из буџета, иста преузети потраживања која Фонд за пензијско и инвалидско осигурање има према несавесним послодавцима (законска суброгација),[19] држава није успела да рефундира највећи део средстава која је по овом основу платила, имајући у виду да је над многим послодавцима покренут стечајни поступак и да није било довољно средстава за намирење.

Потом је донета одлука о повезивању стажа за период од 2004. године до 2009. године, а након тога донете су одлуке о повезивању стажа за 2010. годину и 2011. годину. У овим случајевима није донет посебан закон, као што је то учињено за период од 1.1.1991. године до 31.12.2003. године, већ је држава повезивање стажа вршила на основу закључака Владе Републике Србије и путем подзаконских аката донетих од стране ресорних министарстава (нпр. Процедура о начину регулисања неуплаћених доприноса за пензијско и инвалидско осигурање за поједине привредне субјекте задуживањем, Процедура о начину регулисања неуплаћених доприноса за пензијско и инвалидско осигурање за поједина правна лица на терет буџета Републике Србије, Процедура о начину регулисања обавеза за допринос за пензијско и инвалидско осигурање запослених за субјекте приватизације у случају покретања стечајног поступка).[20] Овакав начин регулисања права из пензијског осигурања може се оценити као неуставан, имајући у виду да

17 Закон о уплати доприноса за пензијско и инвалидско осигурање за поједине категорије осигураника – запослених (*Службени гласник РС*, бр. 85/05).

18 Закон о уплати доприноса за пензијско и инвалидско осигурање за поједине категорије осигураника – запослених, чл. 2.

19 Закон о уплати доприноса за пензијско и инвалидско осигурање за поједине категорије осигураника – запослених, чл. 8 ст. 2.

20 Више података доступно на *http://www.trezor.gov.rs/povezivanje-staza-cir.html* и *http://www.pio.rs/lat/staz*, 10.4.2012.

је Уставом прописано да се пензијско осигурање уређује законом.[21] Оно што је карактеристично за повезивање радног стажа за период од 2004. године до 2011. године је то што се не ради о општој уплати доприноса за пензијско и инвалидско осигурање као што је то био случај са законом из 2005. године. Ово повезивање стажа односи се на одређене субјекте који по овом основу дугују држави. Ту спадају привредна друштва и остали облици организовања који послују са више од 50% државног капитала, привредна друштва која се налазе у поступку припреме за приватизацију, субјекти приватизације који се налазе у поступку приватизације, привредна друштва која су приватизована у складу са Законом о својинској трансформацији, субјекти приватизације код којих је закључен уговор о продаји капитала или имовине а који се налазе у поступку контроле извршења уговорних обавеза купца и привредна друштва код којих је закључен уговор о продаји капитала или имовине а истекли су рокови у којима Агенција за приватизацију контролоше извршење уговорних обавеза купца. Дакле, ради се о повезивању стажа код предузећа на која су се примењивали или се још увек примењују приватизациони прописи, где доминирају друштвена предузећа. И овде се може истаћи приговор неуставности, с обзиром на уставну забрану дискриминације и прокламовано начело једнакости.[22] На овај начин држава је с једне стране фаворизовала раднике запослене у предузећима на које се примењују приватизациони прописи у односу на запослене у приватним предузећима који не уживају привилегију повезивања радног стажа из државног буџета, а с друге стране, благонаклоно се поставила према друштвеним предузећима која нису измиривала обавезе по основу обавезног социјалног осигурања, а све на штету пореских обвезника који су уредно сервисирали обавезе по основу јавних прихода.[23]

IV Заштита права запослених у стечајном поступку

1. Заштита права на основу стечајних прописа

Посебну заштиту запослени уживају и у случају отварања стечајног поступка над послодавцем. Запослени код стечајног дужника, за потраживања настала пре отварања стечајног поступка, представљају најзначајнију повлашћену класу стечајних поверилаца.

21 Устав Републике Србије, чл. 70 ст. 1.

22 Устав Републике Србије, чл. 21.

23 Према подацима Управе за трезор, држава је закључно са 1.11.2011. године, на име повезивања стажа, исплатила укупно 35,8 милијарди динара на уплатне рачуне јавних прихода, а за укупно 505 предузећа.

Треба имати у виду да немају сва потраживања из радног односа једнак третман, већ нека имају привилегован статус а друга су непривилегована.[24] Дакле, стечајним прописима штите се интереси запослених тако што се одређена потраживања из радног односа сврставају у приоритетни исплатни ред.

Тако је Законом о стечајном поступку било прописано да у други исплатни ред (који се намирује након намирења трошкова стечајног поступка) спадају неисплаћене нето зараде запослених код стечајног дужника у износу минималних зарада за последњих годину дана пре покретања стечајног поступка и неисплаћени доприноси за пензијско и инвалидско осигурање запослених за последње две године пре покретања стечајног поступка.[25]

Закон о стечају је у овом делу детаљнији од свог претходника јер прописује да у први исплатни ред (који се намирује након исплате трошкова стечајног поступка и обавеза стечајне масе) спадају неисплаћене нето зараде запослених и бивших запослених, у износу минималних зарада за последњих годину дана пре отварања стечајног поступка са каматом од дана доспећа до дана отварања стечајног поступка и неплаћени доприноси за пензијско и инвалидско осигурање запослених за последње две године пре отварања стечајног поступка, а чију основицу за обрачун чини најнижа месечна основица доприноса, сагласно прописима о доприносима за обавезно социјално осигурање на дан отварања стечајног поступка, као и потраживања по основу закључених уговора са привредним друштвима чији су предмет неисплаћене обавезе на име доприноса за пензијско и инвалидско осигурање запослених за последње две године пре отварања стечајног поступка, а чију основицу за обрачун чини најнижа месечна основица доприноса, сагласно прописима о доприносима за обавезно социјално осигурање на дан отварања стечајног поступка.[26]

У упоредном праву постоји знатно шири круг приоритетних потраживања запослених, за разлику од нашег права које познаје само једно такво потраживање – потраживање на име неисплаћене нето зараде у износу минималне зараде за последњих годину дана пре отварања стечајног поступка.[27] Потраживање по основу неплаћених доприноса за пензијско и инвалидско осигурање је потраживање државе. Ипак, положај запослених као поверилаца у случају стечаја над послодавцем, делимично је поправљен радно-правним прописима.

24 Вук Радовић, „Стечајни исплатни редови", *Правни живот*, бр. 3–4/2005, стр. 98.

25 Закон о стечајном поступку (*Службени гласник*, бр. 84/2004 и 85/2005), чл. 35 ст. 2 тач. 2.

26 Закон о стечају (*Службени гласник РС*, бр. 104/2009), чл. 54 ст. 4 тач. 1.

27 В. Радовић, *нав. чланак*, стр. 100.

2. Заштита права на основу Закона о раду

Посебан режим заштите за потраживања запослених у случају стечајног поступка регулисан је Законом о раду.[28] У случају да одређено потраживање из радног односа није у целости или делимично намирено у стечајном поступку, запослени који је био у радном односу на дан покретања стечајног поступка као и лице које је било у радном односу у периоду за који се остварују права посебно призната Законом о раду, имају право на исплату потраживања из државног буџета, а преко Фонда солидарности који је законом основан. Посебна заштита пружена Законом о раду обухвата право на исплату зараде и накнаде зараде за време одсутности са рада због привремене спречености за рад по прописима о здравственом осигурању коју је био дужан да исплати послодавац за последњих девет месеци пре покретања стечајног поступка у висини минималне зараде заједно са уплатом доприноса за обавезно социјално осигурање, право на исплату накнаде штете за неискоришћени годишњи одмор кривицом послодавца у висини минималне зараде, за календарску годину у којој је покренут стечајни поступак, ако је то право имао пре покретања стечајног поступка, право на исплату отпремнине због одласка у пензију у календарској години у којој је покренут стечајни поступак, ако је право на пензију остварио пре покретања стечајног поступка, у висини три просечне зараде у привреди републике, право по основу накнаде штете на основу одлуке суда донете у календарској години у којој је покренут стечајни поступак, због повреде на раду или професионалног обољења, ако је та одлука постала правноснажна пре покретања стечајног поступка. Поступак за остваривање права покреће се по захтеву запосленог који је дужан да исти поднесе у року од 15 дана од дана достављања правноснажне одлуке којом је утврђено право на потраживање у стечајном поступку (закључак о утврђеном потраживању). У току 2010. године преко Фонда солидарности исплаћено је укупно 243.816.936,00 динара, чиме је своје право у складу са Законом о раду остварило укупно 1.618 радника, док је у току 2011. године (до 20.10.2011. године) исплаћено укупно 428.087.508,00 динара, чиме су намирена потраживања укупно 2.734 радника. Приходи из буџета у 2009. години који су намењени финансирању Фонда солидарности смањени су за више од 47% у односу на 2008. годину, а скоро исти износ је намењен и за 2010. годину. У том смислу Фонду солидарности недостају средства за испуњење захтева запослених на основу признатих права по Закону о раду.[29] Може се претпоставити да ситуација неће бити ништа боља ни у наредним годинама, чиме је реализација овог посебног вида заштите запослених доведена у питање.

28 Закон о раду, чл. 124–146.

29 Више података доступно на: *http://www.fs.gov.rs,* 10.4.2012.

3. Проблеми у случају тзв. аутоматског стечаја

У последњих неколико година драматично је повећан број привредних субјеката над којима је отворен стечајни поступак, посебно увођењем посебног поступка у случају дуготрајне неспособности за плаћање, или како се често у јавности означава тзв. аутоматског стечаја.[30] Овај посебан поступак спроводи се над правним лицима која су обуставила сва плаћања у непрекидном трајању од најмање годину дана.[31]

Поступак се огледа у томе што организација која спроводи принудну наплату једном месечно доставља свим привредним судовима обавештење о правним лицима са њихове територије која су у непрекидној блокади од најмање годину дана. По пријему овог обавештења стечајни судија по службеној дужности доноси решење о покретању претходног стечајног поступка, којим оставља рок од 60 дана од дана објаве решења у коме повериоци или стечајни дужник могу да уплате предујам на име трошкова стечајног поступка, чиме доказују постојање правног интереса за спровођење стечајног поступка. Ако предујам не буде уплаћен у року сматраће се да не постоји правни интерес поверилаца и стечајног дужника за спровођење стечајног поступка. У том случају, стечајни судија доноси решење којим отвара стечајни поступак над дужником, утврђује испуњеност стечајног разлога трајније неспособности плаћања, утврђује да не постоји интерес поверилаца и стечајног дужника за спровођење стечајног поступка и закључује стечајни поступак. Стечајни дужник се брише из регистра привредних субјеката а његова имовина прелази у својину Републике Србије, која не одговара за обавезе стечајног дужника.

Може се закључити да су одредбе о посебном поступку у случају дуготрајне инсолвентности веома штуре иако предвиђају веома драматичне правне последице. С једне стране, протеком рока за уплату предујма, повериоци се потпуно лишавају могућности да наплате своја потраживања јер долази до гашења стечајног дужника уз пренос његове имовине на државу без преноса обавеза. С друге стране, држава је на овај начин спровела, како то поједини аутори наводе, стечајну национализацију односно конфискацију,[32] у погледу имовине стечајног

30 Закон о стечају, чл. 150–154.

31 У току 2010. године, одредбе о аутоматском стечају примењивале су се на правна лица која су обуставила сва плаћања у непрекидном трајању од три године, а у току 2011. године наведне одредбе су се примењивале на правна лица која су била у непрекидној блокади од најмање две године.

32 Небојша Јовановић, „Стечајна национализација (конфискација) у Србији“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2010, стр. 130–149.

дужника, чиме је прекршено уставно начело мирног уживања имовине, што отвара питање уставности наведених одредаба.[33]

Недоречена регулатива која се односи на аутоматски стечај, ствара одређене проблеме и у погледу радно-правног статуса запослених.[34] Отварањем и истовременим закључењем стечајног поступка престаје правни субјективитет стечајног дужника, а самим тим и радни однос свих запослених код стечајног дужника. У тој ситуацији потребно је запосленима закључити и предати уредно попуњену радну књижицу, извршити одјаву за обавезног социјалног осигурања и сл., како би могли остваривати одређена права, попут нпр. права по основу незапослености (право на новчану накнаду). Проблем настаје због тога што у случају аутоматског стечаја није регулисано које лице и на који начин ће извршити предају попуњене радне књижице. То би могао бити привремени стечајни управник под условом да буде именован решењем о покретању претходног стечајног поступка, што би било пожељно и због неких других питања. У случају да привремени стечајни управник није именован, у теорији је као решење понуђена могућност да се запослени обрати стечајном суду како би му суд издао правноснажно решење о отварању и закључењу стечајног поступка над стечајним дужником код кога је био запослен, са којим би потом затражио од надлежног органа управе да му изда дупликат радне књижице.[35] Идентичан одговор пружила је и судска пракса.[36]

V Заштита права запослених у пракси Европског суда за људска права

1. Пракса Европског суда за људска права у погледу одговорности државе за обавезе друштвених предузећа

Као што је напред наведено, због забране принудне наплате потраживања према дужнику који је у поступку реструктурирања која је предвиђена одредбама Закона о приватизацији, радници запослени

33 Уставни суд Србије је на деветој седници II Великог већа, одржаној дана 29.3.2012. године, покренуо поступак за оцену уставности одредаба чл. 150 до 154 Закона о стечају.

34 На ове проблеме указао је и Савез самосталних синдиката Србије у допису упућеном Министарству економије и регионалног развоја. Доступно на: *http://www.sindikat.rs/download/stecaj.pdf*, 11.4.2012.

35 Драгиша Слијепчевић, „Стечај због дуготрајне неспособности за плаћање", *Право и привреда*, бр. 7–9/2010, стр. 238–240.

36 Одговор усвојен на седницама одељења Привредног апелационог суда од 8.11.2011. године и 22.11.2011. године.

у друштвеним предузећима која су била у поступку реструктурирања, нису могли да намире своја потраживања из радног односа у извршном поступку против својих послодаваца. Поступци реструктурирања су се најчешће завршавали неуспешно, па су ова друштвена предузећа одлазила у стечај. У стечајним поступцима су се такође појавили проблеми са намирењем потраживања запослених што због дужине трајања поступака, што због непостојања довољно велике деобне масе за намирење.

Ратификовањем Конвенције о заштити људских права и основних слобода,[37] која је у односу на Републику Србију ступила на снагу 3.3.2004. године,[38] створена је могућност да физичка и правна лица, која сматрају да су им поступањем органа Републике Србије, повређена права гарантована Конвенцијом, покрену поступак пред Европским судом за људска права у Стразбуру,[39] против државе.

Користећи ову могућност, радници друштвених предузећа поднели су Европском суду за људска права велики број представки против Републике Србије, у којима су најчешће истицали повреду права на правично суђење у разумном року из чл. 6 ст. 1 Конвенције, због прекомерне дужине трајања судских поступака и пропуста тужене државе да изврши правноснажне пресуде донете у њихову корист, као и повреду права на мирно уживање имовине из чл. 1 Протокола бр. 1 уз Конвенцију.

Европски суд за људска права је у овим предметима, превасходно полазећи од одредаба Закона о предузећима,[40] заузео став да дужни-

37 Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода сачињена је под окриљем Савета Европе. Конвенција је отворена за потпис у Риму 4.11.1950. године, а ступила је на снагу у септембру месецу 1953. године.

38 Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, измењене у складу са Протоколом број 11, Протокола уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протокола број 4 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода којим се обезбеђују извесна права и слободе који нису укључени у Конвенцију и први Протокол уз њу, Протокола број 6 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне, Протокола број 7 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протокола број 12 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода и Протокола број 13 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне у свим околностима (*Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005 – испр.).

39 Европски суд за људска права је судска институција Савета Европе. Основан је 1959. године, а постао је стална институција заштите људских права у Европи 1.11.1998. године када је ступио на снагу Протокол 11 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Седиште Суда је у Стразбуру, у Француској. Више података доступно на: *http://www.echr.coe.int/echr*, 11.4.2012.

40 Закон о предузећима (*Службени лист СРЈ*, бр. 29/96, 33/96, 29/97, 59/98, 74/99, 9/01 и 36/02), чл. 392 до 399 и чл. 400-а, 400-б, 400-в и 421-а. Ове одредбе и данас су на снази на основу чл. 456 Закона о привредним друштвима (*Службени гласник РС*,

ци – друштвена предузећа, и поред чињенице да се ради о посебним правним лицима, не уживају довољно институционалне и радне самосталности у односу на државу јер држава управља њима преко Агенције за приватизацију и Владе, и да је држава одговорна због тога што правноснажне пресуде донете у корист радника нису извршене јер српске власти нису предузеле неопходне мере како би се пресуде о којима је реч извршиле. Пропуст државе да изврши правноснажне пресуде донете у корист запослених у друштвеним предузећима представља мешање у њихово право на мирно уживање имовине. У том смислу суд је закључио да је Република Србија одговорна за неизмирене обавезе друштвених предузећа, па је обавезао државу да, на име материјалне штете, из сопствених средстава, плати сваком раднику износ који му је досуђен правноснажном пресудом, као и износ који је суд одредио на име нематеријалне штете.[41] Дакле, суд је заузео становиште да држава има ефективну контролу над друштвеним предузећима и да у складу са тим, држава сноси одговорност за њихове дугове, те да у том смислу, држава треба да плати целокупан дуг радницима друштвених предузећа како је то утврђено домаћим правноснажним пресудама. Другим речима, суд је увео готово солидарну одговорност државе за обавезе друштвених предузећа према запосленима, што потраживања према друштвеним предузећима из радног односа даје карактер посебних „заштићених потраживања".[42]

Европски суд за људска права заузео је и став да без обзира на чињеницу да уставну жалбу треба у начелу сматрати делотворним домаћим правним средством у оквиру значења чл. 35 ст. 1 Конвенције у вези са свим поднетим представкама против Републике Србије почев од 7.8.2008. године када су прве мериторне одлуке Уставног суда о основаности уставних жалби објављене у „Службеном гласнику РС",[43] овај

бр. 125/2004) и чл. 597 ст. 1 Закона о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011).

41 Пресуда у предмету Р. Качапор и други против Србије по представкама бр. 2269/06, 3041/06, 3042/06, 3042/06, 3045/06 и 3046/06 од 15.1.2008. године, пресуда у предмету Влаховић против Србије по представци бр. 42619/04 од 16.12.2008. године, пресуда у предмету Црнишанин и други против Србије по представкама бр. 35835/05, 43548/05, 43569/05, и 36986/06 од 13.1.2009. године, пресуда у предмету Гришевић и други против Србије по представкама бр. 16909/06, 38989/06 и 39235/06 од 21.7.2009. године.

42 Младен Николић, „Одговорност државе за одређена потраживања запослених према друштвеним предузећима", *Право и привреда*, бр. 4–6/2011, стр. 345–347.

43 Пресуда у предмету Винчић и други против Србије по представкама бр. 44698/06, 44700/06, 44722/06, 44725/06, 49388/06, 50034/06, 694/07, 757/07, 758/07, 3326/07, 3330/07, 5062/07, 8130/07, 9143/07, 9262/07, 9986/07, 11197/07, 11711/07, 13995/07, 14022/07, 20378/07, 20379/07, 20380/07, 20515/07, 23971/07, 50608/07, 50617/07, 4022/08, 4021/08, 29758/07 и 45249/07 од 1.12.2009. године.

конкретан пут накнаде (путем уставне жалбе) се не може сматрати делотворним у вези са предметима који подразумевају представке радника због неизмирених обавеза друштвених предузећа.[44] Другим речима, у оваквим случајевима, представке неће бити проглашене недопуштеним због тога што подносилац није пре обраћања Европском суду за људска права поднео уставну жалбу Уставном суду Републике Србије.

2. Мере предузете у циљу извршења одлука Европског суда за људска права

Имајући у виду да су државе дужне да извршавају пресуде Европског суда за људска права, те да Комитет министара континуирано спроводи контролу над њиховим извршењем,[45] Република Србија је морала да реагује предузимањем општих мера како би се отклонили системски проблеми домаћег законодавства и правосуђа на које је суд у Стразбуру указао, и како би се спречило даље подношење представки по овом основу јер би тиме била доведена у питање ефикасност суда.[46]

У том смислу Влада Републике Србије је дана 13.1.2011. године донела одлуку о образовању Радне групе за анализу стања у вези са извршавањем пресуда Европског суда за људска права, чији је задатак да утврди узроке који су довели до неизвршавања правноснажних пресуда донетих против друштвених предузећа, да утврди висину дуговања друштвених предузећа по основу домаћих пресуда које нису извршене, као и да предложи мере за намирење потраживања.[47]

---

44 Одлука о допуштености представки у предмету Милуновић и Чекрлић против Србије по представкама бр. 3716/09 и 38051/08 од 17.5.2011. године.

45 Комитет министара је орган Савета Европе, који је, између осталог, надлежан за спровођење надзора над извршењем пресуда Европског суда за људска права од стране држава чланица Савета Европе. Комитет министара одржава четири састанка у току године, на којима представници држава чланица подносе извештаје о предузетим мерама у циљу извршења пресуда. Уколико држава чланица испуни све обавезе утврђене пресудом, Комитет министара доноси коначну резолуцију *(final resolution)* чиме се конкретан предмет у потпуности закључује. У противном, Комитет министара доноси привремене резолуције (*interim resolution*) којима даје примедбе и сугестије у вези извршења пресуда.

46 Према извештају прес службе Европског суда за људска права из августа месеца 2011. године, преко 900 сличних представки чека доношење одлуке. Доступно на: *http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/962F2571-2D85-4879-94CC-5D699E3F1A65/0/PCP_Serbia_en.pdf*, 12.4.2012.

47 Радну групу чине заступник Републике Србије пред Европским судом за људска права, саветник председника Владе, представници Министарства правде, Министарства финансија, Министарства економије и регионалног развоја, Министарства за људска и мањинска права, државну управу и локалну самоуправу, Врховног касационог суда, Привредног апелационог суда, Првог основног суда у Београду и Агенције за приватизацију.

Убрзо након тога, Врховни касациони суд је усвојио правно схватање по којем се извршни поступци који се односе на наплату новчаних потраживања из радног односа утврђених извршним исправама против дужника, субјекта приватизације у реструктурирању, неће прекидати, а прекинути поступци ће се наставити и окончати.[48] На овај начин кроз судску праксу је, у погледу ове врсте потраживања, направљен изузетак од примене одредаба Закона о приватизацији о забрани извршења против предузећа која су у поступку реструктурирања.

Полазећи од одлука Европског суда за људска права, усвојеног правног схватања Врховног касационог суда, као и одредаба Закона о приватизацији о забрани изршења против дужника који су у поступку реструктурирања, учињен је покушај да се настали проблеми превазиђу у оквиру новог Закона о извршењу и обезбеђењу. Овај закон садржи бројне новине које би требало да извршне поступке учине ефикасним и скрате њихово трајање. Анализа одредаба Закона о извршењу и обезбеђењу превазилази оквире овог рада па ће аутор указати само на једну одредбу коју сматра интересантном. Наиме, законом је прописано да се одредбе других закона које прописују прекид или одлагање извршног поступка неће примењивати у извршном поступку који се спроводи по предлогу за извршење ради наплате новчаног потраживања из радног односа, већ ће суд у оваквим случајевима застати са извршним поступком у складу са одредбама Закона о парничном поступку.[49] Наведена одредба је требало да дерогира забрану одређивања и спровођења извршења против предузећа која су у поступку реструктурирања из Закона о приватизацији, када је реч о новчаним потраживањима из радног односа. Међутим, како Закон о извршењу и обезбеђењу налаже застој извршног поступка, који би трајао до окончања поступка реструктурирања субјекта приватизације, то нема суштинске разлике у односу на прекид односно одлагање извршења, те на овај начин проблем није решен. Ако се пође од језичког тумачења наведене одредбе, може се запазити да закон говори о „*другим законима који прописӯју прекид или одлагање извршног поступка*“. Треба имати у виду да Закон о приватизацији, између осталог, прописује забрану одређивања и спровођења принудног извршења против предузећа у поступку реструктурирања, што се не може подвести под појам прекида или одлагања извршног поступка. Поједини аутори сматрају да је било исправније и целисходније да је измењен Закон о приватизацији и да

48 Правно схватање Врховног касационог суда од 24.2.2011. године са образложењем од 25.3.2011. године. Доступно на: *http://www.vk.sud.rs/pravno-shvatanje-sprovodjenje-izvrsenja.html*, 11.4.2012.

49 Закон о извршењу и обезбеђењу (*Службени гласник РС,* бр. 31/2011 и 99/2011 – др. закон), чл. 9 ст. 5.

су поменута потраживања изузета од дејства одредаба која забрањују извршење или налажу прекид извршења.[50] Очигледно је да законодавац није на прави начин озаконио споменуто правно схватање Врховног касационог суда из фебруара 2011. године. Штавише, чини се да је проблем са принудном наплатом ове категорије потраживања поново враћен на почетак, имајући у виду последице примене одредбе Закона о извршењу и обезбеђењу.

Поред наведених мера, а у настојању да се поступак по уставној жалби учини ефикаснијим, дошло је до измена Закона о уставном суду, тако што је уведена могућност да Уставни суд одлучује о накнади материјалне или нематеријалне штете због повреде људског или мањинског права или слободе зајемченог Уставом, чиме је укинута надлежност Комисије за накнаду штете,[51] чији се рад показао неефикасним.[52] На овај начин отворена је могућност да питање накнаде штете због повреде права која су гарантована Уставом (међу којима су и право на правично суђење у разумном року[53] и право на имовину[54]), буде расправљено и решено пред домаћим органима. Тиме је додатно ојачан значај уставне жалбе као делотворног правног средства, у смислу чл. 13 Конвенције о заштити људских права и основних слобода.

Последњу у низи мера у циљу извршавања одлука Европског суда за људска права предузела је Влада Републике Србије, доношењем Уредбе о евидентирању доспелих неизмирених обавеза друштвених предузећа по извршним пресудама за потраживања из радних односа.[55] Овом Уредбом уређен је начин и рок евидентирања доспелих неизмирених обавеза друштвених предузећа по извршним пресудама за потраживања из радних односа, а у циљу спровођења општих мера на основу пресуда Европског суда за људска права. Уредба се односи на обавезе друштвених предузећа за потраживања из радног односа које су доспеле на дан 31.12.2011. године, и за које постоји пресуда која је постала извршна до 30.6.2011. године. При том, под дужником се под-

50 Младен Николић, „Закон о извршењу и обезбеђењу“, *Билтен Врховног касационог суда*, бр. 3/2011, стр. 251.

51 Рад Комисије био је регулисан чл. 90 Закона о Уставном суду и Правилником о саставу и раду Комисије за накнаду штете на основу одлуке Уставног суда којом је усвојена уставна жалба (*Службени гласник РС*, бр. 27/2008 и 23/2011).

52 Закон о изменама и допунама Закона о Уставном суду (*Службени гласник РС*, бр. 99/2011), чл. 32–33.

53 Устав Републике Србије, чл. 32 ст. 1.

54 Устав Републике Србије, чл. 58 ст. 1.

55 Уредба о евидентирању доспелих неизмирених обавеза друштвених предузећа по извршним пресудама за потраживања из радних односа (*Службени гласник РС*, бр. 23/2012).

разумева друштвено предузеће или привредно друштво са већинским друштвеним капиталом против којег је донета пресуда домаћег суда. Дакле, дужници су сва друштвена предузећа а не само она која су у поступку реструктурирања. Евидентирање неизмирених обавеза друштвених предузећа по извршним пресудама за потраживања из радних односа врши се подношењем пријава потраживања, које повериоци (запослени или бивши запослени) могу поднети Агенцији за приватизацију у року од четири месеца од дана ступања Уредбе на снагу (до 5.8.2011. године). Уз пријаву потраживања поверилац је дужан да достави и одређене доказе, међу којима и потврду надлежног суда да потраживање није намирено у извршном поступку на дан 31.12.2011. године и потврду организације за принудну наплату о висини потраживања на дан 31.12.2011. године и о износу и датуму делимичног извршења потраживања до тог дана. Уколико је друштвено предузеће као дужник на дан 31.12.2011. године у стечају или ликвидацији, потврду о томе да ли је потраживање намирено издаје орган надлежан за спровођење ликвидације односно стечаја. Након евидентирања и обраде података из пријава Агенција за приватизацију треба да сачини извештај о укупном износу евидентираних обавеза као и по појединим дужницима. Након тога, Министарство економије и регионалног развоја треба да информише Владу о исходу поступка евидентирања, и то у року од 60 дана по истеку рока за подношење пријава потраживања, и да истовремено предложи одговарајући пропис за измирење обавеза по овом основу.

Наведена Уредба, иако на први поглед може деловати као корак напред у решавању проблема у вези са наплатом потраживања из радног односа према друштвеним предузећима, заправо проблем не решава већ управо супротно може бити узрок нових тешкоћа.[56] Многа важна питања Уредбом уопште нису регулисана. Тако нпр. нису регулисане последице у случају неподношења пријаве потраживања у року. Да ли се ради о преклузивном року чијим протеком поверилац који не поднесе пријаву у року губи право да се намирује од државе, или се ради само о инструктивном року у коме би требало спровести евидентирање обавеза по овом основу? У прилог тумачења о инструктивном карактеру рока за пријављивање потраживања говори чињеница да поверилац који није поднео пријаву по наведеној Уредби може да покрене поступак пред Европским судом за људска права и издејствује пресуду којом ће држава бити обавезана да измири потраживање из радног односа према друштвеном предузећу досуђено домаћом пресудом. У том смислу прописивање преклузивног рока за пријављивање потраживања би

56 У прилог наведеног говори и саопштење Друштва судија Србије од 28.3.2012. године којим је ова Уредба оцењена као противуставни акт. Доступно на: *http://www.sudije.rs/sr/aktuelnosti/saopstenja-za-javnost,* 11.4.2012.

било бесмислено, јер би повериоци другим правним путем постигли исти ефекат.

Осим тога, иако Уредба предвиђа рок од четири месеца за подношење пријава потраживања, овај рок је заправо краћи због тога што образац пријаве потраживања и начин њеног достављања тек треба да буду утврђени правилником Министарства економије и регионалног развоја, који треба да буде донет у року од 15 дана од дана ступања на снагу Уредбе. Дакле, рок за пријаву потраживања је краћи за тих 15 дана, под условом да надлежно Министарство не закасни са доношењем наведеног правилника у ком случају би рок за пријаве потраживања био додатно скраћен. Иначе, и рок од четири месеца делује као прекратак имајући у виду потврде које повериоци морају да прибаве. С обзиром да је број оваквих поверилаца несумњиво велики, органи чија је дужност да издају тражене потврде биће затрпани послом, а спровођење њихових редовних активности ће највероватније бити значајно отежано и успорено.

Поставља се и питање на који начин поступак евидентирања потраживања утиче на већ покренуте извршне поступке, односно да ли је то сметња за покретање нових поступака извршења, као и какав је утицај Уредбе на поступке наплате потраживања од државе по донетим пресудама Европског суда за људска права.

Најзад, Уредбом није регулисан начин измирења потраживања нити извори средстава за ову намену, већ је одлука о овим питањима одложена након извршеног евидентирања потраживања.

VI Закључна разматрања

Приватизациони и стечајни прописи предвиђају посебне инструменте за заштиту права запослених. Иако су домаћим прописима предвиђене бројне мере које имају за циљ побољшање положаја запослених, мора се приметити да њихово спровођење у пракси наилази на бројне тешкоће. Разлоге за то треба тражити у недореченој и неусклађеној регулативи, као и у немогућности да држава обезбеди довољна финансијска средства за остварење постављених циљева у домену радно-правне материје.

Изненађује околност да држава и поред притисака који долазе од стране међународних институција, попут Савет Европе и његових органа као што су Европски суд за људска права и Комитет министара, и даље није спремна да предузме конкретне и јасне мере ради отклањања системских проблема у домаћем законодавству и пракси. Ово се нарочито односи на проблеме код спровођења извршења ради напла-

те потраживања из радних односа према друштвеним предузећима. Чини се као да држава свесно доноси разне прописе којима суштински постојеће проблеме не решава, већ њихово решење одлаже на неодређено време. Треба имати у виду да донети акти често долазе у сукоб са неким од основних уставних начела и гаранција, што отвара могућност да исти буду проглашени неуставним. Тиме држава даје сигнал и својим грађанима и међународним ауторитетима да није спремна, одлучна и способна да тренутно стање промени. Овакво поступање свакако неће наићи на позитивне реакције, посебно ако се има у виду да је Европски суд за људска права затрпан представкама поднетим против Републике Србије, у којима се углавном указује на повреде права на суђење у разумном року и права на мирно уживање имовине.

Иако се Република Србија налази међу последњим чланицама Савета Европе у погледу датума ратификације Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и њених Протокола, веома брзо је постала рекордер по броју представки које су поднете против ње у односу на укупан број становника под њеном јурисдикцијом. Имајући у виду досадашњи приступ домаћих власти у борби са нагомиланим проблемима, остаје бојазан да темељне системске и структурне промене још дуго неће заживети на овим просторима.

***Marko* MARJANOVIĆ**
Legal Advisor, Privatization Agency

CERTAIN LEGAL ASPECTS OF EMPLOYEES' RIGHTS IN PRIVATIZATION AND BANKRUPTCY

Summary

In this article the author will analyze the specific instruments protecting the rights of employees, applicable in the privatization and bankruptcy. The article will present certain problems in realisation of employees' rights and claims arising from the implementation of privatization and bankruptcy rules. The emphasis will be placed on the consideration of the legal ban on enforcement against companies that are in the privatization process of restructuring. In this regard, the author points out the special legal regime of claims arising from employment against socially-owned companies which are in the privatization process of restructuring. Having regard the non-enforcement of numerous domestic final judgments given in the favour of employees against socially-owned

enterprises, the European Court of Human Rights ruled that there exists the responsibility of the state for unsettled claims against original debtors and ordered Serbia to pay what was owed in accordance with the domestic judgements. Enforcement of judgments of the European Court of Human Rights requested the intervention in domestic legislation and court practice. The author deems that those measures would not be effective in resolving above mentioned issues.

Key words: *privatization, restructuring, bankruptcy, claims, employees, socially-owned companies, European Court of Human Rights.*

***Марко* ЛАЗОВИЋ, мастер**
приправник у Привредном суду у Београду

ПОКРЕТАЊЕ СТЕЧАЈНОГ ПОСТУПКА УСЛЕД ДУГОТРАЈНЕ НЕСПОСОБНОСТИ ЗА ПЛАЋАЊЕ СТЕЧАЈНОГ ДУЖНИКА И УПЛАТА ПРЕДУЈМА

Резиме

Тумачење одредаба главе X Закона о стечају[1] у погледу питања правне квалификације обавештења Народне банке Србије о дуготрајној неспособности за плаћање правних лица, обавеза поверилаца у погледу достављања предлога о покретању стечајног поступка и уплате предујма, као и самог поступања стечајног суда, наводе на закључак да је реч о хибридном стечајном поступку, који у својој почетној фази битно одступа од правила редовног стечајног поступка.

Циљ овог реферата је да укаже на недостатке одредаба закона чијим тумачењем можемо доћи до закључка да стечајни повериоци нису дужни да доставе уредан предлог за покретање стечајног поступка, већ су према неким мишљењима дужни само да доставе доказ о уплати предујма. Такође, овакво схватање довело је до одређених процесних проблема у пракси привредних судова о чему ће такође бити речи.

Кључне речи: *стечај, аутоматски стечај, покретање поступка и предујам.*

1 Закон о стечају (*Службени гласник РС*, бр. 104/2009 од 16.12.2009. године, даље у фуснотама: ЗС).

I Покретање поступка

Стечајни поступак се покреће предлогом овлашћених предлагача и то повериоца, дужника или ликвидационог управника. У случају да постоје одређени недостаци у садржини и форми предлога[2] суд је дужан да обавести предлагача о недостацима и одреди рок за отклањање истих. У противном, предлог ће одбацити решењем против кога није дозвољена жалба, док ће трошкове у вези са тим сносити предлагач. Такође, предлагач је овлашћен да повуче поднет предлог до истицања огласа о отварању стечајног поступка на огласној табли суда, односно пре доношења решења о одбацивању или одбијању предлога. У овом случају суд ће обуставити поступак.

Поступак стечаја услед дуготрајне неспособности за плаћање се покреће предлогом од стране овлашћеног предлагача. Међутим, пре подношења предлога, организација која спроводи поступак принудне наплате суду доставља обавештење да је одређено правно лице у дуготрајној блокади, односно да је у дужем периоду, без прекида, обуставило сва плаћања. Дакле, прецизно речено, претходни поступак суд покреће по службеној дужности након примљеног обавештења, док се стечајни поступак покреће искључиво на основу предлога овлашћеног предлагача. Како долази у обзир примена општих одредаба закона када је то могуће, може се закључити да је суд дужан да у року од три дана од дана пријема обавештења донесе решење о покретању претходног стечајног поступка.[3] Суд само у случају неуплате предујма и недостављања предлога за покретање поступка покреће стечајни поступак али га истовремено и закључује, те такорећи стечајног поступка у правом смислу и нема.

1. Достављање предлога за покретање стечајног поступка и предујам

Анализирајући одредбе главе X Закона о стечају можемо закључити да је предлагач дужан да уз уплаћени предујам поднесе и уредан предлог.[4] Посебно из разлога што се, након уплате и утврђене чињенице да постоји стечајни разлог дуготрајне неспособности плаћања, на даљи ток поступка примењују одредбе Закона о стечају о отварању и спровођењу стечајног поступка, па самим тим и одредбе о подношењу предлога прописане садржине.[5]

2 ЗС, чл. 56.

3 Види: ЗС, чл. 60 ст. 1.

4 ЗС, чл. 151 ст. 1.

5 ЗС, чл. 152 ст. 2.

У вези са напред реченим, одредба закона којом је предвиђено да суд по уплати предујма без одлагања заказује рочиште[6] представља посебан проблем у пракси, с обзиром да је контрадикторна одредби којом је прописано да ће предлагач уплатити предујам и тражити спровођење стечајног поступка (дакле логично предлогом за спровођење стечајног поступка).[7] Упркос овој контрадикторности, нелогичност заказивања рочишта непосредно по пријему доказа о уплати предујма без достављања предлога за покретање стечајног поступка видимо у следећем. Суд у овом процесном тренутку на основу доказа о уплати предујма нема сазнања пре свега да ли постоји вероватноћа да је предлагач истовремено и поверилац стечајног дужника.[8] Даље, када је реч о стечајном дужнику као предлагачу, може се с правом поставити питање зашто би стечајни дужник био ослобођен обавезе да достави списак стечајних и осталих поверилаца.[9] Поред овога, на заказаном рочишту на коме би суд утврђивао постојање стечајног разлога, суд не би могао да утврди правни интерес предлагача јер овај није доставио доказе о свом потраживању. Такође, приликом утврђивања стечајног разлога, чињенице које су биле основ обавештења организације за принудну наплату (у даљем тексту: ОПН) могу да се промене када знамо да је рок за подношење предлога и уплату предујма шездесет дана од објављивања решења о покретању претходног поступка. Следствено томе, сматрамо да је потребно доставити и доказе уз предлог који потврђују постојање стечајног разлога.[10] Треба имати на уму да се на даљи поступак, по уплати предујма, и то пре одржавања рочишта, а после његовог заказивања, примењују одредбе Закона о стечају о покретању и спровођењу стечајног поступка. Између осталих одредаба, већ на самом рочишту за испитивање постојања стечајног разлога и правног интереса, примењују се и оне које предвиђају обавезу предлагача да достави уредан предлог за покретање стечајног поступка.[11]

Супротно изнетом, став је Привредног апелационог суда да није потребно да повериоци или стечајни дужник поднесу предлог у формал-

6 ЗС, чл. 152 ст. 1.

7 ЗС, чл. 151 ст. 1.

8 ЗС, чл. 56 ст. 2 тач. 5. Примера ради, излучни поверилац нема право на подношење предлога за покретање стечајног поступка и уплату предујма.

9 ЗС, чл. 56 ст. 2 тач. 4.

10 С обзиром да се поступак покреће по службеној дужности могло би се заступати и становиште да је суд дужан да испита да ли ова чињеница постоји током даљег тока стечајног поступка, нарочито у тренутку доношења решења о покретању и закључењу стечајног поступка.

11 ЗС, чл. 43 ст. 1, 55 ст. 1 и 56. Ово је типичан пример какве проблеме ствара квалификација обавештења достављеног од стране НБС. На овом месту још једном треба указати на напред поменуту контрадикторност, која додатно потврђује став о обавези достављања предлога уз доказ о уплати предујма.

ном смислу, већ да је довољно само поднеском да затраже спровођење стечаја,[12] наравно поред уплате предујма.

2. Обавештење и предлог

Два предлога не могу стајати у погледу покретања једног поступка према једном стечајном дужнику. Чак и када би била поднета два предлога од стране овлашћених предлагача који би евентуално уплатили предујам, суд би на основу ранијег предлога покренуо стечајни поступак, а каснији предлог тумачио би као пријаву потраживања.[13] Тако ни обавештење ни накнадни предлог поднети у року од шездесет дана не могу бити сматрани истовремено предлозима за покретање поступка.

Према ставу Привредног апелационог суда, обавештење не представља предлог за покретање поступка.[14] Ако бисмо пошли од тога да обавештење замењује предлог,[15] бројна питања која се иначе намећу као спорна, не завређују да буду разматрана, имајући у виду да би се примењивала општа правила стечајног права. Тако примера ради у односу на неуредан и непотпун предлог, суд би наложио ОПН да исти уреди, а у случају да не поступи по том налогу, суд би такав предлог – обавештење одбацио,[16] а такође би и код питања повлачења предлога и права на жалбу против решења о покретању и закључењу поступка важила општа правила стечајног права.

На овом месту требало би указати на други проблем који би се јавио ако бисмо обавештење сматрали предлогом, а предлог поверилаца или дужника обичним поднеском. У том случају суд не би могао поднесак ових учесника, о чијим правима и обавезама одлучује у стечајном поступку да одбаци уколико је неуредан, нити би могао да им наложи да уреде предлог, јер законом није прописана садржина поднесака већ само предлога,[17] и коначно, што представља највећи апсурд, странке не

12 Види: Привредни апелациони суд, *Билтен судске праксе привредних судова*, бр. 4/2011, Београд, 2011, питање 52, стр. 138.

13 Код чињеничног стања да су два предлагача поднела предлог и уплатила предујам а један од њих је то учинио након истека рока од шездесет дана, суд ће заказати рочиште за испитивање стечајног разлога и покренути стечајни поступак уколико су испуњени услови по благовременом предлогу а неблаговремени предлог би могао да тумачи као пријаву потраживања. Дакле суд не би одбацио овакав предлог иако је неблаговремен, док би уплаћени предујам морао да врати предлагачу.

14 Види: Привредни апелациони суд, *Билтен судске праксе привредних судова*, бр. 3/2010, Београд, 2010, питање 43, стр. 167.

15 Види: Драгиша Б. Слијепчевић, „Стечај због дуготрајне неспособности за плаћање", *Право и привреда*, бр. 7–9/2010, стр. 230.

16 Види: Д. Слијепчевић, *нав. чланак*, стр. 231.

17 Изложени проблем се односи на садржину предлога за покретање стечајног поступка, а не на правила о садржини поднесака према Закону о парничном поступку (*Службени гласник РС*, бр. 72/11), чл. 98.

би могле да повуку свој предлог након предујмљивања трошкова. Тако ће суд, противно вољи повериоца који је уплатио предујам а који је накнадно до истицања огласа о покретању стечајног поступка, односно пре доношења решења о одбацивању или одбијању предлога за покретање повукао свој предлог,[18] одржати рочиште и уколико су испуњени услови отворити стечајни поступак.[19]

Ипак овај поступак се не покреће предлогом већ по службеној дужности, након пријема обавештења. Можда баш ова чињеница да се поступак покреће по службеној дужности изазива проблеме у пракси. Да је закон дао ОПН-у положај предлагача, дужност да уреди предлог, право на жалбу, тема овог рада била би сасвим друга питања.[20]

Обавештење које подноси суду организација која спроводи поступак принудне наплате нема карактер предлога за покретање поступка. Садржина обавештења посебно упућује на овакав закључак. Пре свега реч је о подацима који се односе на чињеницу блокаде рачуна правног лица у непрекидном трајању за одређени период. Поред информације о трајању и износу блокаде, обавештење садржи податке о томе којем се суду доставља, називу правног лица на које се односи, основним подацима о том правном лицу преузетих од Агенције за привредне регистре, Републичког завода за статистику или пословних банака уколико правна лица нису регистрована код Агенције, камати и укупном износу динара са каматом за који је рачун у блокади. Важну информацију суду представља и податак о броју радника, преузет од Републичког фонда за пензионо и инвалидско осигурање или Агенције за привредне регистре из финансијских извештаја. Коначно, обавештење садржи и податак о пословној имовини правног лица,[21] као збиру сталне и обртне имовине и одложених пореских средстава добијеног такође из финансијских извештаја код Агенције. Оно само по себи не садржи никакав предлог и

18 ЗС, чл. 58.

19 Види: Привредни апелациони суд, *Билтен судске праксе привредних судова*, бр. 4/2011, Београд, 2011, питање 56, стр. 142.

20 Тако је Закон о платном промету (*Сл. лист СРЈ*, бр. 3/02 и 5/03 и *Сл. гласник РС*, бр. 43/04), у време важења Закона о принудном поравнању стечају и ликвидацији (*Службени лист СФРЈ*, бр. 84/89 и *Службени лист СРЈ*, бр. 37/93 и 28/96), предвидео право централне банке, Народне банке Србије, да прати ликвидност и солвентност правних лица која су због неизмирених обавеза у блокади непрекидно шездесет дана или шездесет дана са прекидима у последњих 75 дана. Новим Законом о стечајном поступку (*Службени гласник РС*, бр. 84/04 и 85/05) је било изричито предвиђено ко су овлашћени предлагачи у стечајном поступку, те је предлог централне банке за покретање стечајног поступка у смислу одредаба Закона о платном промету сматран недозвољеним, имајући у виду да је „листа активно легитимисаних лица инклузивна – лимитативна". Међутим до доношења наведеног закона централна банка је била овлашћени предлагач. Данас, ова институција нема својство предлагача. Види: *Билтен врховног касационог суда*, бр. 1/2011, Београд, 2011, стр. 221.

21 Податак о пословној имовини правних лица је изражен у хиљадама динара.

не може бити уподобљено дејствима предлога који подносе овлашћени предлагачи. Самим тим суд нити може да нареди уређивање предлога у одређеном року нити може да одбаци исти јер обавештење то није.

3. Битне чињенице које суд утврђује по пријему обавештења

Одмах по пријему, суд је дужан да испита достављено обавештење, и то ради утврђивања своје надлежности, затим да ли се правно лице налази у блокади, као и да ли према конкретном правном лицу може да се покрене и спроведе стечајни посупак.

Након што испита достављено обавештење, те уколико су испуњени услови, суд у року од три дана од дана пријема обавештења, доноси по службеној дужности решење којим покреће претходни стечајни поступак са циљем да утврди постојање правног интереса поверилаца за покретање стечајног поступка. Што се тиче постојања правног интереса стечајног дужника за покретање стечајног поступка, мишљења смо да овај постоји у сваком случају када постоји стечајни разлог обзиром да бисмо могли донекле да изједначимо појам правног интереса у стечајном поступку са чињеницом постојања дуготрајне инсолвентности стечајног дужника и логичном последицом исте, постојањем потраживања стечајних поверилаца. Са друге стране, треба указати на недоследност одредбе закона којом је прописано да суд по пријему обавештења доноси решење о покретању претходног стечајног поступка којим утврђује и постојање правног интереса поверилаца за спровођење стечајног поступка, и то смислу, односно циљу па и садржини решења о покретању стечајног поступка.[22] Језичким тумачењем одредбе може се извести закључак да се решењем о покретању претходног поступка утврђује и постојање правног интереса поверилаца за спровођење стечајног поступка. Ово није сагласно разлозима и садржини решења. Тачније, решењем се позивају повериоци да уколико имају правни интерес (евентуално потраживање) уплате предујам одређен овим решењем, након чије уплате ће суд заказати рочиште ради расправљања о постојању стечајног разлога али и на коме ће се тек утврдити да ли постоји потраживање лица која су уплатила предујам односно да ли се ова лица могу квалификовати као стечајни повериоци.[23] Сама чињеница да је уплаћен предујам не рађа претпоставку да уплатилац и има правни интерес. Ову околност суд мора испитати у сваком конкретном случају и то из достављених доказа, поред доказа да је предујам уплаћен, и то

22 ЗС, чл. 150 ст. 4.

23 „Стечајно потраживање је новчано изражено потраживање повериоца према стечајном дужнику, без обзира да ли је доспело или недоспело, утврђено или неутврђено, новчано или неновчано, условљено или неусловљено, оспорено или неоспорено, обезбеђено или необезбеђено.“ Вук Радовић, „Пријава потраживања у стечајном поступку“, *Правни живот*, бр. 11/2002, стр. 231.

на рочишту заказаном ради расправљања о постојању стечајног разлога. Због могућности двосмисленог тумачења ове одредбе чини се да би исту требало прецизније формулисати. Ако се одредба пажљивије анализира може да се изведе и закључак да је законодавац прописао да се постојање правног интереса утврђује у претходном стечајном поступку. Овако двосмислено прописана одредба је могла бити и срећније срочена.

4. Трајање претходног стечајног поступка

Након доношења решења о покретању претходног поступка намеће се питање трајања ове фазе стечајног поступка пошто је прописано трајање претходног поступка до тридесет дана од дана подношења предлога.[24] Обзиром да суд решењем о покретању претходног стечајног поступка одређује рок од шездесет дана за уплату предујма то је по свему судећи рок трајања претходног поступка управо рок за уплату предујма.[25] Ово представља још једну од разлика у односу на редовни стечајни поступак. На овом месту ваља напоменути да првостепени судови према ставу Привредног апелационог суда не могу донети решење о покретању и закључењу стечајног поступка иако уплата предујма буде извршена након истека рока од шездесет дана а пре доношења поменутог решења. Због тога је оправдано поставити питање да ли је крајњи рок трајања претходног поступка шездесет дана након чега суд неће прихватити уплате предујма или тај рок није преклузиван. Мишљења смо да претходни поступак ипак траје дуже од шездесет дана који је само рок за уплату предујма. Наиме, суд из техничких разлога не може да донесе решење о покретању и закључењу стечајног поступка или уколико је уплаћен предујам да закаже рочиште ради испитивања правног интереса и стечајног разлога истог дана када је протекао рок од шездесет дана. Ово пре свега из разлога што је могућа и уплата шездесетог дана, о којој предлагач тек треба да обавести суд. Следствено томе, сматрамо да претходни поступак траје све до доношења решења о покретању и закључењу стечајног поступка, односно до заказивања рочишта уколико је уплаћен предујам. Из свега напред реченог произлази да претходни поступак не само да не може да се оконча у року од тридесет дана већ ни у року од шездесет дана. Ипак, суд треба да поступа у складу са начелом хитности те да у најкраћем могућем року доношењем решења о покретању и закључењу поступка или заказивањем рочишта за испитивање стечајног разлога оконча претходни стечајни поступак. Ово посебно, када се узме у обзир чињеница да је Привредни апелациони суд мишљења да поступајући суд треба да узме у разматрање не-

24 ЗС, чл. 67.

25 Види: Д. Слијепчевић, *нав. чланак*, стр. 232–233.

благовремене уплате предујма извршене до дана доношења решења о закључењу стечајног поступка. Уколико виши суд не би заступао ово становиште, требало би узети да је претходни стечајни поступак окончан истеком рока од шездесет дана, а да суд може да дозволи себи један краћи рок да пристигну све евентуалне уплате извршене последњег дана тог рока. Међутим ова околност не би утицала на продужење трајања поступка, обзиром да уплате нису извршене након истека предметног рока.

II Уплата предујма

1. Појам и постављање проблема

Предујам је износ унапред потребних трошкова које предлагач стечајног поступка треба да уплати, као један од услова за покретање и даље спровођење поступка. Током поступка настају трошкови попут трошкова објављивања огласа, накнаде и награде стечајног управника, плате запослених којима стечајни управник није отказао уговор о раду и други трошкови,[26] те за случај да је вредност имовине толико мала, износ предујма представља врсту мере обезбеђења накнаде насталих трошкова. Не само да је реч о гаранцији да ће се настали трошкови намирити, већ се ради и о чињеници да сам поступак не би могао да се спроведе.

Решењем о покретању претходног стечајног поступка суд ће одредити висину предујма[27] на име трошкова огласа, трошкова ангажовања стечајног управника и трошкова неопходних за обезбеђење имовине. Предујам се мора уплатити у преклузивном року, који је одређен решењем о покретању претходног стечајног поступка, од шездесет дана од дана објављивања решења на огласној табли суда.[28] Уплаћени предујам се сматра трошком стечајног поступка и исплаћује се приоритетно из стечајне масе, односно из уплаћених средстава у ситуацији када суд утврди да је предлог неоснован и да не постоје услови за покретање стечајног поступка,[29] као и у случају када је вредност стечајне масе недовољна. Уколико је предлагач поднео предлог за покретање стечајног поступка, а предујам не буде уплаћен у року од шездесет дана, суд ће решењем такав предлог одбацити.[30]

---

26 Примера ради: закупнина, накнада члановима одбора поверилаца, осигурање, вештачење.

27 ЗС, чл. 151 ст. 1 у вези са чл. 59 ст. 1.

28 ЗС, чл. 151 ст. 1 и 2.

29 ЗС, чл. 59 ст. 3.

30 ЗС, чл. 59 ст. 1 и ст. 2.

2. Неуредан предлог у вези са уплатом предујма и рок за уплату

Повериоци и стечајни дужник могу у року од шездесет дана од објављивања решења о покретању претходног стечајног поступка тражити спровођење стечајног поступка и положити предујам. Уколико у овом року буде уплаћен предујам на даљи ток поступка се примењују одредбе Закона о стечају о покретању и спровођењу стечајног поступка, те произлази да је предлагач дужан да поред уплаћеног предујма поднесе и предлог за покретање стечајног поступка.[31]

На овом месту треба указати на два питања: 1) како ће суд поступити у ситуацији када је само уплаћен предујам при чему предлог није уопште поднет, или је поднет али је неуредан,[32] односно када је поднет само уредан предлог али без уплате предујма; 2) у ком року треба доставити уредан предлог и извршити уплату предујма. Дакле, да ли треба доставити уредан предлог у року од шездесет дана од дана истицања решења о покретању претходног стечајног поступка на огласну таблу?

1) Имајући у виду да се опште одредбе стечајног закона могу применити приликом решавања наведеног проблема, сматрамо да суд правилно поступа када поднесак којим предлагач обавештава суд о уплати предујма као неуредан предлог враћа на уређење након чега уколико предлагач не поступи по наредби суда, исти одбацује.[33] Исто би важило и у случају када би био достављен неуредан предлог или уредан предлог без уплате предујма. У свим овим случајевима трошкове поступка сноси предлагач.[34]

Супротно овом мишљењу стоји став да је суд дужан да, уколико је уплаћен предујам без одлагања и без налагања уплатиоцу да достави предлог, закаже рочиште ради расправљања о постојању стечајног разлога.[35] Код оваквог поступања суд би, на заказано рочиште ради

31 ЗС, чл. 56.

32 Исте правне последице произлазе ако је поднет неуредан предлог и извршена уплата предујма или је само извршена уплата предујма и о томе достављен поднесак са уплатницом. И у овом другом случају суд узима такође да је поднет неуредан предлог.

33 ЗС, чл. 57 став 1 и 2.

34 Мишљења смо да би члан 152 ст. 1 Закона о стечају требао да гласи да ће судија након што буде уплаћен предујам и достављен предлог за покретање стечајног поступка заказати рочиште као у даљем тексту члана. У супротном, закључком ће суд наложити уређивање предлога под претњом одбачаја.

35 Види: Привредни апелациони суд, *Билтен судске праксе привредних судова*, бр. 4/2011, Београд, 2011, питање 54, стр. 140. У вези са овим је и одлука Привредног апелационог суда Пвж. бр. 620/11, у којој је заступљен став да достављен пред-

испитивања стечајног разлога и утврђивања правног интереса прелагача, позвао уплатиоца за кога из писмених доказа (уплатнице и евентуално поднеска којим само обавештава суд о уплати) не произлази вероватност постојања дужничко-поверилачког односа са стечајним дужником. Чињеница је да без предлога суд не може да поступа у стечајном предмету и то пре свега због околности да је поступање суда у почетној фази битно одређено његовом садржином у погледу испитивања формалних услова за само покретање поступка. Поред овог и друге околности, као на пример, навођење чињеница и документације која доказује врсту, основ и висину потраживања, затим списак познатих поврилаца, постојање повезаних лица у вези са истовремено поднетим планом реорганизације, упућују на сличан закључак. У вези са унапред припремљеним планом реорганизације, треба имати на уму да стечајни судија не одбацује план уколико садржи одређене недостатке, већ одбацује предлог за покретање стечајног поступка и предлог унапред припремљеног плана заједно и истовремено.[36] Није довољно јасно, зашто онда у овој ситуацији искључити обавезу подношења предлога од стране уплатиоца предујма. У случају да предлагач на самом рочишту достави уредне доказе у погледу наведених података потребних суду за даље поступање, вероватно је претпоставити да би суд одложио наведено рочиште ради упознавања са приложеним доказима. Узгред треба подсетити да свако рочиште ствара трошкове и ангажује низ служби ради његовог несметаног одвијања.

У случају када је достављен уредан предлог без уплате предујма, треба имати у виду одредбу закона којом је предвиђен накнадни рок за уплату предујма од пет дана[37] почев од дана пријема налога суда за уплату под претњом одбачаја. Наиме, поставља се питање да ли постоји обавеза суда да у случају када је прописан рок од шездесет дана за уплату предујма, наложи по пријему уредног предлога предлагачу да изврши уплату у накнадном року од пет дана. Чини се да би овакво поступање суда са једне стране било сувишно, јер је већ предвиђен рок од шездесет дана за уплату предујма. Међутим са друге стране, уколико би суд наложио предлагачу да у року од пет дана или у краћем року у оквиру рока од шездесет дана, уплати предујам, тада би овакво поступање суда било у складу са одредбама закона.[38] Тумачењем одредаба главе X као посеб-

лог након истека рока од шездесет дана за уплату предујма, који је благовремено уплаћен не рађа правни основ за одбачај предлога. Разлози оваквог мишљења основ имају у одредби чл. 152 Закона о стечају којом су предвиђене последице само за случај да предујам не буде уплаћен у року, а не за недостављање предлога за покретање стечајног поступка након благовремено извршене уплате.

36 ЗС, чл. 158 ст. 3.

37 ЗС, чл. 59 ст. 1 и 2.

38 ЗС, чл. 59 ст. 1 и чл. 151 ст. 1.

них у односу на опште, можемо да закључимо да је рок од шездесет дана преклузиван осим када то изричито није предвиђено.[39]

У вези са напред реченим, спорно је питање правног дејства извршене уплате предујма након истека рока трајања претходног поступка од шездесет дана, а до дана доношења решења о покретању и закључењу стечајног поступка. Према ставу Привредног апелационог суда, првостепени суд решење о одбачају предлога доноси у складу са чињеничним стањем у време доношења одлуке. У том смислу, уколико је предујам уплаћен након истека наведеног рока од шездесет дана, а пре доношења решења којим је одбачен предлог (свакако пре доношења решења о покретању и закључењу стечајног поступка), према мишљењу овог суда, првостепени суд би требало да закаже рочиште ради расправљања о постојању стечајног разлога, као да је извршена благовремена уплата предујма.[40] Из напред наведених разлога, посебно става да је рок од шездесет дана преклузиван, мишљења смо да овакво поступање суда није утемељено у закону. Ако и постоје разлози у пракси за овакво поступање, основ би требало тражити у евентуалним изменама стечајног закона.

2) Када се утврђује дан почев од којег почиње да тече рок за уплату предујма и достављање уредног предлога, требало би поћи од тога да ли се решење доставља учесницима или се само објављује на огласној табли. Једно мишљење упућује на закључак да у случају када је решење о покретању претходног поступка достављено дужнику овај има рок од шездесет дана од дана достављања решења да изврши уплату предујма. Такође, уколико је за њега повољнији рок од шездесет дана од дана истицања решења на огласној табли, може да изврши уплату и у том року.[41] Свакако да би овакав став био повољнији за предлагача – уплатиоца, међутим несагласан је са одредбом закона којом је изричито предвиђено да ће судија решењем одредити висину предујма и рок од шездесет дана од дана објављивања решења у коме се мора извршити уплата.[42] Овлашћена лица могу али не морају да уплате предујам, међутим њихова слобода одлучивања није проширена и на трајање рока за уплату. Дакле без обзира што се решење доставља стечајном дужнику (те би почетак рока могао да се рачуна од дана достављања), он сам мора да води рачуна о диспозитиву решења против кога нема право

39 ЗС, чл. 43 ст. 2.

40 Види: Привредни апелациони суд, *Билтен судске праксе привредних судова*, бр. 3/2010, Београд, 2010, стр. 151.

41 Види: Привредни апелациони суд, *Билтен судске праксе привредних судова*, бр. 4/2011, Београд, 2011, питање 46, стр. 133.

42 ЗС, чл. 151 ст. 1.

жалбе. Стога, мишљења смо да дужник мора да изврши уплату као и доставу предлога благовремено у року од шездесет дана од дана истицања решења на огласну таблу суда. Несумњиво, ово је још једна сугестија законодавцу која би, уколико буде усвојена, пре свега имала велики значај у циљу уједначавања судске праксе. Неприхватљиво би било да једни судови дословно примењују текст закона а други тумаче исти како је повољније за странке.

Ако се пође од тумачења одредаба које важе у редовном стечајном поступку, у коме је предлагач дужан да у року предвиђеном за претходни стечајни поступак, дакле у року од тридесет дана од дана подношења предлога, достави уређен предлог (како би се поступак окончао у року од тридесет дана), то би и у поступку по обавештењу Народне банке, предлагач био дужан да достави уредан предлог у року од шездесет дана од објављивања решења о покретању претходног поступка.

Сматрамо да би требало имати у виду да су рокови у стечајном поступку преклузивни[43] и да би уплата предујма након протека рока била у сукобу са основним начелима стечајног права. Рок од шездесет дана има за циљ да ограничи трајање ове фазе поступка. Међутим, чини се да није прекорачен уколико је неуредан предлог поднет у року, а уредан по налогу суда у врло кратком року по истеку овог.

Неспорно је, али ваља напоменути, да и у стечајном поступку покренутом по обавештењу ОПН предлагач који је уплатио предујам нема право на камату на износ предујма од дана уплате из разлога што се камата плаћа уколико је уговорена, односно уколико постоји доцња[44] у извршењу обавезе.[45]

43 ЗС, чл. 43 ст. 2.

44 Доцња представља облик неуредног испуњења облигације и то у виду закашњења испуњења. Живомир С. Ђорђевић, Владан С. Станковић, *Облиīационо īраво*, Београд, 1974, стр. 487. О субјективном и објективном појму доцње види: Слободан Перовић, *Облиīационо īраво*, 4. издање, Београд, 1980, стр. 545.

За разлику од нашег права у енглеском праву доцња представља облик повреде уговора, те се подводи под општи режим правила о повредама закљученог уговора. Више о томе: Небојша Јовановић, *Кључне разлике енīлескоī и срīскоī уīоворноī īрава*, Београд, 2008, стр. 117.

45 Види: Привредни апелациони суд, *Билīен судске īрасе īривредних судова*, бр. 3/2010, Београд, 2010, питање 26, стр. 150.

***Marko* LAZOVIĆ, Master of Law**
Intern at the Commercial Court in Belgrade

INITIATION OF BANKRUPTCY PROCEEDINGS DUE TO LONG-TERM INSOLVENCY OF DEBTOR AND ADVANCE PAYMENT

Summary

Interpretation of the provisions of Bankruptcy law, section X, regarding issues of legal qualification of National bank of Serbia information on long-term insolvency of companies, creditors obligations in terms of submission of motion regarding initiation of bankruptcy proceeding and advance paymant, as well as actions taken by the court of law, imply to the conclusion that it is a hybrid bankruptcy proceedure that in its begining stage deviates significantly from the regular bankruptcy proceedure. The aim of this report is to pinpoint deficiencies of provisions by whose interpretation we may reach a conclusion that creditors are not obliged to deliver proper motion for the commencement of the bankruptcy procedure, but to certain oppinions are only required to submit proof of an advance payment of cort costs. In addition, this led to certain procedural issues in the commercial courts legal practise that will be discussed later on as well.

Key words: *bankruptcy, automatic bankruptcy procedure, commencement of proceedings, advance costs.*

***Марко* РАДОВИЋ**
студент докторских студија Правног факултета Универзитета у Београду

ПРАВНИ ТРЕТМАН КАМАТЕ У НАШЕМ СТЕЧАЈНОМ ПРАВУ

Резиме

У тежњи ка најповољнијем колективном и сразмерном намирењу поверилаца у стечајном поступку, камата свакако заузима значајно место. При доминацији начела монетарног номинализма у нас,[1] одсуство права повериоца на камату, као вида надокнаде повериоцу услед лишења извесне своте новца, штетило би остварењу начела једнаке вредности узајамних давања, једном од основних у облигационом праву. Стога, савремено стечајно право, па и наше позитивно, доста пажње посвећује праву поверилаца на обрачун и исплату камате у стечајном поступку, било она уговорена или затезна. Ово посебно из разлога што се испреплетаност правних и економских интереса у стечајном поступку посебно манифестује кроз поступак намирења поверилаца у стечајном поступку који поред захтева за наплатом главног потраживања потражују и камату.

С обзиром да потраживање камате у стечајном поступку изазива бројне недоумице, и поред изузетног значаја за правично намирење поверилаца, то постоји потреба за разјашњењем бројних питања која се с тим у вези постављају. Отуда ће у овом раду бити размотрен правни третман камате у нашем позитивном стечајном праву, с циљем да се, зарад заштите имовинских интереса поверилаца у стечајном поступ-

1 Врлета Круљ, *Новац и новчане обавезе у унутрашњем и међународном праву,* Савремена администрација, Београд, 1973, стр. 47.

ку, укаже на позитивноправна законска решења, отклоне недоумице произашле услед неодређености законских норми и попуне уочене правне празнине.

Кључне речи: *камата, правни третман, споредно потраживање, стечајни поступак, реорганизација.*

I Правни третман камате кроз циљ и начела стечајног поступка

Основни извор позитивног стечајног права у Србији, Закон о стечају,[2] прихвата поимање стечаја у ширем смислу, обзиром да регулише како поступак банкротства, тако и поступак реорганизације.[3] У том духу ће бити посматрано и питање камата у стечајном поступку кроз наше позитивно законодавство.

Сам циљ стечајног поступка, који се огледа кроз тежњу ка најповољнијем колективном намирењу стечајних поверилаца, подразумева да повериоцима у стечајном поступку поред главног потраживања буду измирене и камате. У супротном би стечај омогућавао стечајним дужницима да буду у повољнијем положају од дужника изван стечаја. Стога је тежња поверилаца за наплатом камате, уз главно потраживање, у складу са готово свим начелима стечајног права. Довољно је само поменути начело заштите стечајних поверилаца, путем којег се тежи колективном и сразмерном намирењу свих стечајних поверилаца, а које се не би могло ни замислити уколико би се укинуло право повериоцима стечајног поступка да поред главних, теже измирењу и споредних тражбина. Остварење права на наплату камате доприноси остварењу и начела једнаког третмана и равноправности поверилаца истог исплатног реда, посебно у случају истицања захтева за обрачун камате по отварању стечајног поступка.

С друге стране, начела економичности и хитности у стечајном поступку оличена су у тежњи за што бржим и што јефтинијим остваривањем највеће могуће вредности имовине стечајног дужника и највећег могућег степена намирења поверилаца, како главног тако и споредног потраживања. Иако су, индивидуално посматрано, ова начела стечајног права у колизији са тежњом поверилаца за наплатом камате у стечајном поступку, ипак, посматрајући их у склопу осталих начела,

2 Закон о стечају (*Сл. гласник РС*, бр. 114/2009).

3 Поимање стечаја у ужем смислу обухватало би само банкротство, док у ширем и банкротство и реорганизацију као саставни део стечаја.

посебно у односу на начела заштите, једнаког третмана и равноправности стечајних поверилаца, она доприносе ефикаснијем намирењу било главног потраживања било камате.

Начело судског спровођења стечајног поступка, заједно са начелом императивности и преклузивности и осталим начелима стечајног права,[4] скупа доприносе првенствено правној сигурности, па не могу бити у колизији са очигледном намером поверилаца да се што потпуније намире, и поред главнице наплате и камату.

II Потраживање камате излучних поверилаца у стечајном поступку

Потраживања у стечајном поступку могу бити различите природе, те сходно врсти права на којем заснивају своје учешће у стечајном поступку, повериоци могу имати различит положај при наплати камате. Њихов положај може бити више или мање привилегован. Тиме долази до одступања од начела равноправности стечајних поверилаца (лат. *in concursu condictio omnium creditorum par*) и успостављања начела *par condictio creditorum*, односно поврставања поверилаца.[5] Стога се према критеријуму обезбеђености, потраживања у стечају деле на обезбеђена (потраживања разлучних поверилаца) и необезбеђена (потраживања стечајних поверилаца). Поред наведених, имаоци неког стварног или другог апсолутног права, које искључује право стечајних органа да унове предмет тог права ради намирења стечајних поверилаца називају се излучним повериоцима.

Излучни поверилац није стечајни поверилац.[6] Најчешће се у његовој улози јавља власник ствари, која се у време покретања стечајног поступка налазила у дужниковој државини (нпр. по основу закупа), али он може бити и ималац каквог другог личног права (нпр. носилац ауторског права). Обзиром да то стварно или лично право повериоца није део имовине стечајног дужника, излучни поверилац може тражити да се исто издвоји (излучи) из стечајне масе,[7] како би се спречило њено отуђење. По издвајању предмета излучења из стечајне масе, поверилац задржава право да као поверилац необезбеђеног потраживања захтева

4 Више о начелима стечајног права видети: Гордана Ајншпилер-Поповић, *Коментар новог Закона о стечају (Сл. гласник РС, бр. 104/2009)*, Приручник, Београд, 2010, стр. 14.

5 Вук Радовић, „Стечајни исплатни редови", *Актуелна питања савременог законодавства*, Будва, 2005, стр. 174.

6 Закон о стечају, чл. 50 ст. 2.

7 Драган Вујисић, *Привредно право*, Крагујевац, 2009, стр. 169.

наплату потраживања од стечајног дужника, а које је настало по каквом другом правном основу, најчешће по основу по којем се предмет излучења налазио у државини туженог (нпр. по основу закупа). У том случају може као и сви стечајни повериоци захтевати наплату главног и споредних потраживања.

Међутим, уколико стечајни дужник неовлашћено отуђи предмет излучења у току стечајног поступка, излучни поверилац има право да тражи намирење износа који одговара тржишној вредности ствари, а који се измирује као обавеза стечајне масе. Исто тако, када стечајни управник излучи спорни предмет излучења и исти преда излучном повериоцу по истеку законског рока за излучење, праведно је да поверилац под условима које предвиђа стечајно право, може остварити право на накнаду штете од стечајног управника, уколико је стечајни управник штету проузроковао намерно или крајњом непажњом. У том случају стечајни управник одговара личном имовином. Овде би право на потраживање камате излучни поверилац имао евентуално тек након момента доспелости обавезе на накнаду штете. Међутим, у случају задоцњења стечајног управника у извршењу обавезе излучења, излучни поверилац није пак властан да захтева законску затезну камату, обзиром да се на неновчана потраживања не може тражити исплата затезне камате.

Уколико је предмет излучења у току стечајног поступка неовлашћено продат, имајући у виду да се излучни поверилац намирује из тржишне вредности продате ствари, то он не може захтевати нити накнаду штете, нити евентуално камату. Ако је пак ствар на којој постоји излучно право стечајни дужник неовлашћено отуђио пре отварања стечајног поступка, излучни поверилац може захтевати да се на њега пренесе право на противчинидбу ако она још није извршена, а ако је извршена, има право на накнаду штете као стечајни поверилац. У пракси се обично постојање и висина штете утврђују у парничном поступку, те обавеза на накнаду штете доспева од момента пресуђења, евентуално од момента утврђења постојања штете и њене висине након поступка вештачења. У тој ситуацији би предметни поверилац имао право да захтева камату на предметну обавезу стечајног дужника од момента пресуђења, односно од дана вештачења до коначне исплате, као стечајни поверилац, али само уколико је исту определио у пријави потраживања у стечајном поступку. У случају да предмет излучења буде отуђен током претходног стечајног поступка након ступања на дужност привременог стечајног управника, накнада штете представљала би обавезу стечајне масе. Следом изнетог може се извести закључак да излучни повериоци могу имати право на обрачун и исплату камате у складу са прописима стечајног права, само у случају доспелости обавезе на накнаду штете.

Но, на овом месту се може додати и мисао да и поред устаљеног схватања у правној теорији и пракси да ствар мора бити индивидуално одређена како би излучење било фактички могуће, ипак и генеричне ствари могу бити предмет издвајања. Оне то постају када су одредиве, односно када се на основу посебног означења или физичке издвојености могу индивидуализовати, као у случају када је предмет излучења новац уплаћен на посебан депозитни рачун или положен у сеф. Овде се свакако може, макар у теорији, поставити питање права излучних поверилаца на законску затезну камату у случају непоступања стечајног управника приликом изручења предметних ствари у складу са законским роковима, обзиром да се у конкретном случају ипак говори о новчаним обавезама. Иако се овакве ситуације ретко дешавају у пракси, те судска пракса нема устаљен став о овом питању, логично је и у складу са правном природом затезне камате, да у овом случају треба излучним повериоцима признати право на затезну камату у складу са одредбама које регулишу камату у стечајном поступку.

III Право разлучних поверилаца на камату у стечајном поступку

Разлучни повериоци су лица која имају право првенственог намирења из средстава остварених продајом имовине (ствари или права) стечајног дужника на којој су, у периоду најкасније 60 дана пре дана отварања стечајног поступка, стекли заложно право, законско право задржавања или право намирења на стварима и правима о којима се воде јавне књиге или регистри.

Разлучни повериоци, као обезбеђени повериоци, начелно нису стечајни повериоци. Међутим, две су ситуације које закон познаје када разлучни повериоци могу имати правни статус стечајних поверилаца. Прва се односи на случај када је износ њиховог потраживања већи од износа средстава остварених продајом имовине на којој су стекли разлучно право, када право на намирење за разлику у висини тих износа остварују као стечајни повериоци. У другом случају разлучни повериоци имају право на сразмерно намирење из стечајне масе као стечајни повериоци, ако се одрекну свог статуса разлучног повериоца или ако без своје кривице не могу намирити своје разлучно потраживање. Ово је посебно важно зато што у случају да разлучни повериоци стекну правни статус стечајног повериоца, своја права остварују сходно правилима о необезбеђеним повериоцима, те тако и право на тражење камате.

Наше позитивно право је прецизно регулисало да се на обезбеђена потраживања у стечајном поступку обрачунава уговорена и затезна ка-

мата, али само до висине реализоване вредности имовине која служи за обезбеђење потраживања. Плаћање камате обезбеђених поверилаца које нису измирене из реализоване вредности предмета обезбеђења могуће је само по одобрењу стечајног судије и то само уколико после измирења свих потраживања преостану расположива средства за исплату. Ово законско решење је праведно из разлога што је поверилац при задуживању дужника био слободан да одреди средство обезбеђења, па чак и да се вишеструко обезбеди а што је у пракси најчешће случај. Но, треба поменути да имајући у виду досадашњу праксу и чињеницу да у највећем броју стечајних поступака нема довољно средстава да се сва потраживања у целости намире, нереално је очекивати да до исплате камате преко обезбеђеног износа дође. Уколико се ипак то догоди, камата се обрачунава по законом прописаним каматним стопама.

Како се као најчешће средство обезбеђења потраживања поверилаца јавља хипотека, то је потребно на овом месту истаћи да су у пракси уочена два проблема која се јављају приликом наплате уговорене камате из хипотековане непокретности.

Прва дилема се односи на одређеност или одредивост камате у уговору о хипотеци или заложној изјави, обзиром да се у највећем броју случајева дешава да стечајни управници оспоравају захтев разлучних поверилаца на камату, уколико њена висина није изричито опредељена у надлежном регистру непокретности. Постојање проблема одређености или одредивости камате у уговору о хипотеци, може се видети из бројних недовољно одређених уписа хипотека који су имали за последицу немогућност њихове реализације или њихову отежану реализацију у стечајном поступку по захтеву разлучних поверилаца, а посебно из разлога постојања дилеме о упису будућих потраживања (камате, штете) у јавним књигама, односно да ли се такво потраживање мора бројчано исказати или је за одређеност хипотеке у погледу камате довољно и позивање на број уговора и време његовог закључења како би се извршила идентификација. У судској пракси постоје два приступа решавању овог проблема. С једне стране постоји став да се заложно право може конституисати и за камату која није бројчано исказана било у заложној изјави или у решењу којим је дозвољен упис у јавне књиге. Довољно је да камата буде одредива, тако што је у заложној изјави и решењу којим је дозвољен упис у јавне књиге, односно надлежни регистар непокретности, наведен број уговора и датум његовог састављања. Другачије мишљење је засновано на ставу да није довољно да потраживање буде одредиво, већ мора бити бројчано исказано у хипотекарној изјави и решењу којим се уписује хипотека у јавну књигу.[8]

8 Пресуда Рев. бр. 5212/01 од 16.5.2002. године.

Овде се оправдано може поставити питање зашто је нужно да камата, која је споредно потраживање и чија висина зависи управо од онога што је у уговору о кредиту уговорено, мора бити бројчано исказана у време кад њена новчана сума и није позната. Такође, неопходно је указати и на практичну немогућност да се код уобичајених банкарских кредита, камата искаже бројчано у тренутку уписа хипотеке у јавне књиге, обзиром да се њена висина најчешће мења у складу са пословном политиком банке, тј. камата није фиксна, већ променљива.[9] Стога је потребно приклонити се правном схватању да приликом конституисања заложног права није нужно да камата буде бројчано исказана, већ је довољно да иста буде одредива на тај начин што ће у заложној изјави или решењу којим је дозвољен упис у јавне књиге или надлежни регистар непокретности, бити наведен број уговора и датум његовог сачињења.[10]

Друга дилема уочена у пракси тиче се могућности наплате застареле камате из предмета хипотеке којом се разлучни поверилац обезбедио. Наиме, у нашем праву прописано је да се хипотекарни поверилац може намирити из вредности хипотековане непокретности и после застарелости обезбеђеног потраживања. Међутим, уколико је обезбеђено потраживање застарело, камата и друга повремена давања за период после застарелости истог не могу се намирити из предмета хипотеке.[11] Често се сусрећу покушаји да се ово законско решење занемари уз правдање да ће поверилац, како би избегао ову ситуацију, журити са наплатом дуга и активирати хипотеку, а што може штетити интересима поверилаца. Међутим, како таква мишљења немају реално утемељење у нашим позитивноправним прописима иста не би требало прихватити. Ово посебно из разлога што је одредба којом се регулише питање камате и других повремених давања у случају застарелости обезбеђеног потраживања, императивне природе.

IV Камата стечајних поверилаца у стечајном поступку

Лица која на дан отварања стечајног поступка имају необезбеђено потраживање према дужнику називају се стечајним повериоцима. Управо код необезбеђених потраживања у стечајном праву долази до одступања

9 Ипак, доношењем Закона о заштити корисника финансијских услуга (*Сл. ɩласник РС*, бр. 36/2011), промена висине камате у складу са пословном политиком банке је умањена.

10 Пресудом Рев. 4384/03 од 10.3.2004. године, одлучено је да је за одређеност хипотеке у погледу камате довољно позивање на број уговора и време његовог закључења како би се извршила идентификација одређености и садржине камате и каматне стопе.

11 Закон о хипотеци (*Сл. ɩласник РС*, бр. 115/2005), чл. 26.

од начела равноправности стечајних поверилаца, јер сва потраживања немају једнак положај, већ су повериоци хијерархијски поређани у исплатне редове у складу са начелом међусобне искључивости редова и начелом сразмерности намирења унутар истог исплатног реда.

Пре намирења необезбеђених поверилаца, из стечајне масе се приоритетно намирују трошкови стечајног поступка (нпр. накнада и награде стечајном управнику, судске таксе итд.), а по њиховом пуном намирењу намирују се повериоци стечајне масе у ужем смислу, чија потраживања представљају обавезе стечајне масе. Основно је и универзално прихваћено правило да се повериоци стечајне масе намирују пре поверилаца стечајног дужника, односно оних чије су тражбине настале пре отварања стечајног поступка. Везано за камату, она се може сматрати обавезом стечајне масе уколико стечајни управник, под контролом одбора поверилаца и уз обавештеност стечајног судије закључи уговор о кредиту или зајму, као радњу од изузетног значаја и тиме уговори одређену камату. Међутим, у правној теорији постоје недоумице у вези питања да ли се у овом случају само главница сматра обавезом стечајне масе или се под истом сматра и обавеза плаћања камате. Чињеница је да камата представља споредно потраживање и да дели судбину главног. Па како се, у складу са изнетим, под кредитним задужењем поред главнице убраја и камата, следи и закључак да би и камату на доспеле обавезе дужника у овом случају требало сматрати обавезом стечајне масе, како би се кредитни поверилац приоритетно наплатио. Да је приступ другачији питање је да ли би се даваоци кредита, најчешће банке, уопште упуштале у кредитне послове са стечајним управником.

Наше позитивно стечајно право утврђује постојање три исплатна реда.

У први исплатни ред спадају неисплаћене зараде запослених и бивших запослених са доприносима за пензијско и инвалидско осигурање.[12] У овом случају потраживање камате од дана доспећа минималних зарада за последњих годину дана пре отварања стечајног поступка, па до дана отварања стечајног поступка спада у први исплатни ред. Ово законско решење ствара недоумицу када (бивши) радник стечајног дужника на основу правноснажне и извршне пресуде из радног односа, потражује затезну камату од дана доспећа обавезе до коначне исплате. Спорно је да ли у том случају радник губи досуђене камате из правноснажне и извршне исправе за период од отварања стечајног поступка до исплате. Како наше право, под одређеним условима, дозвољава обрачун камате и након отварања стечајног поступка, то бившем запосленом не може бити ускраћено право на камату и након отварања стечајног поступка,

12 Детаљније: Закон о стечају, чл. 54 ст. 4 тач. 1.

и исту ће наплатити по одобрењу стечајног судије уколико има расположивих средстава након измирења свих потраживања.[13] Ваља напоменути да запослени и бивши запослени који потражују минималне зараде и за период до последње године до отварања стечајног поступка, биће намирени као повериоци трећег исплатног реда.

У други исплатни ред сврстана су потраживања по основу свих јавних прихода доспелих у последња три месеца пре отварања стечајног поступка, осим доприноса за пензијско и инвалидско осигурање запослених. Потраживања по основу јавних прихода доспела раније, односно пре три месеца до отварања стечајног поступка, намириће се као потраживања трећег исплатог реда. С друге стране, с обзиром да покретањем стечајног поступка стечајном дужнику не престаје правни субјективитет, потраживања државе по основу пореза и других јавних прихода насталих после отварања стечајног поступка, спадају у потраживања која представљају обавезу стечајне масе. На овом месту потребно је напоменути да се обрачун камате по основу доспелог а неплаћеног пореза, као споредног пореског давања, врши посебним законом, као *lex specialis* у односу на обрачун камата по правилима облигационог права.[14] Међутим, у погледу камате по отварању стечајног поступка, како се у смислу начела императивности и преклузивности норми стечајног закона, стечајни поступак спроводи искључиво у складу са одредбама стечајног закона, осим ако овим законом није другачије одређено, то се одредбе закона који регулише стечај, сматрају одредбама *lex specialis* у односу на пропис који регулише обрачун камате по основу доспелог а неплаћеног пореза. Следом изнетог, имајући у виду да одредба стечајног закона која прописује да се камата за период после отварања стечајног поступка обрачунава по прописима којима се одређује стопа затезне камате из облигационих односа, представља *lex specialis* у односу на пропис којим се регулише обрачун камате по основу доспелог а неплаћеног пореза, то се обрачун камате по основу доспелог а неплаћеног пореза за период после отварања стечајног поступка обрачунава у складу са одредбама облигационог права.

Трећи исплатни ред чине потраживања осталих стечајних поверилаца. Генерално говорећи о праву необезбеђених поверилаца на камату у стечајном поступку, потребно је нагласити да је ово питање у нашем позитивном стечајном праву детаљно регулисано, посебно имајући у виду

13 Привредни апелациони суд, Осамнаесто саветовање привредних судова Републике Србије, *Билтен судске праксе* бр. 3/2010.

14 Камате по основу доспелог, а неплаћеног пореза, регулисане су Законом о пореском поступку и пореској администрацији (*Сл. гласник РС*, бр. 80/2002, 84/2002 – испр., 23/2003 – испр., 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005 – др. закон, 62/2006 – др. закон, 63/2006 – испр. др. закон, 61/2007, 20/2009, 72/2009 – др. закон и 53/2010).

ранија законска решења.[15] За необезбеђена потраживања, обрачунавање уговорних и затезних камата престаје даном отварања стечајног поступка.[16] Међутим, уколико после измирења свих потраживања постоје расположива средства за исплату, стечајни судија одобрава и обрачунавање и плаћање камате стечајним повериоцима и за период после отварања стечајног поступка. Овим законским решењем признато је право необезбеђеним повериоцима да захтевају камату и након отварања стечајног поступка, али је оно условљено испуњењем два основна услова: први, да преостану расположива средства по намирењу потраживања свих поверилаца, и други, да обрачун камате и њену исплату одобри стечајни судија. По испуњењу ових услова камата ће бити обрачуната у висини стопе законске затезне камате,[17] без обзира на висину стопе уговорене камате, при чему се иста свим повериоцима исплаћује сразмерно, независно од исплатних редова. Тако се може рећи да наше право познаје и четврти, неформални стечајни ред, у који се сврставају тзв. споредна стечајна потраживања, од којих овде посебно треба истаћи камату на потраживања стечајних поверилаца од момента отварања стечајног поступка. Но, како наше стечајно право регулише да се потраживања поверилаца који су се пре отварања стечајног поступка сагласили да буду намирени по намирењу једног или више стечајних поверилаца, намирују тек након пуног намирења трећег исплатног реда, често се јавља дилема да ли приоритет у поступку намирења имају ови повериоци или повериоци који потражују камату од момента отварања стечајног поступка. Код одговора на ово питање треба поћи од чињенице да се повериоци који су сагласни да се намире након других стечајних поверилаца намирују по „пуном“ намирењу свих поверилаца трећег исплатног реда са припадајућом каматом. Отуда се под пуним намирењем подразумева како главно потраживање, тако и потраживање камате, без обзира да ли је она настала пре или након отварања стечајног поступка. Стога би ваљало закључити да повериоци који потражују камату након отварања стечајног поступка, уколико им исплата исте буде одобрена од стране стечајног судије, имају приоритет у односу на оне повериоце који су се сагласили да се намире по намирењу једног или више стечајних поверилаца. У прилог наведеног може се истаћи да повериоци који су приста-

15 Овде посебно треба имати у виду да ранији Закон о стечајном поступку (*Сл. ɪласник РС*, бр. 84/04), није довољно јасно регулисао питање права стечајних поверилаца на затезну камату од момента отварања стечајног поступка, те је судбина овог потраживања зависила од ставова судске праксе.

16 Владимир Козар, *Коменшар сшечајних закона*, Пословни биро д.о.о., Београд, 2010, стр. 64.

17 Закон о висини стопе затезне камате (*Сл. лисш СРЈ*, бр. 9/01 и *Сл. ɪласник РС*, бр. 31/11).

ли да буду намирени након осталих, самим пристанком нису показали довољно заинтересованости за наплату свог потраживања.

У судској пракси постоји дилема до ког момента се врши обрачун камате за период после отварања стечајног поступка, с обзиром да исти није изричито регулисан законом. При решавању овог питања треба поћи од општих одредаба облигационог права које регулишу затезну камату, с обзиром да само стечајно право прописује да се камата за период после отварања стечајног поступка обрачунава по прописима којима се одређује стопа законске затезне камате из облигационих односа. Облигационим правом предвиђено је право поверилаца да поред главног потраживања захтевају и исплату камате од момента доспелости дужникове обавезе, до коначне исплате. Међутим, у стечајном праву се ипак не могу у потпуности остварити права поверилаца да им камата буде намирена до коначне исплате, обзиром да се мора одабрати моменат у коме ће камата свим повериоцима бити обрачуната, како би без обзира на исплатни ред у којем се повериоци налазе, камата била сразмерно исплаћена. Имајући у виду напред изнете полазне основе, код обрачуна камате по отварању стечајног поступка треба разликовати две могуће ситуације.

У првом случају се може десити да при састављању нацрта за главну деобу стечајни управник има сазнање о постојању очигледног вишка стечајне масе, односно да ће повериоци свих исплатних редова бити намирени у потпуности. Овде се у пракси помињу четири момента престанка обрачуна затезне камате: моменат састављања нацрта решења за главну деобу,[18] моменат истицања нацрта решења за главну деобу на огласној табли суда,[19] моменат одржавања рочишта за главну деобу,[20] као и моменат доношења решења о главној деоби. Како нацрт решења за главну деобу мора садржати коначну листу свих потраживања, износ сваког потраживања, исплатни ред потраживања,[21] то значи да потраживање камате мора бити обрачунато управо до момента састављања нацрта решења за главну деобу, јер је то последњи моменат када се поуздано може обрачунати камата и извршити сразмерна расподела.[22] Ово у суштини значи да датум сачињавања нацрта решења

18 Виши трговински суд, *Закон о стечајном поступку кроз судску праксу трговинских судова 2005–2008*, питање бр. 118, Београд, 2008, стр. 133, и *Билтен Вишег трговинског суда* 3/2007, питање бр. 59, стр. 161–163, као и Решење Вишег трговинског суда Пж. 4173/2005 од 22.8.2005. године.

19 Предмет 10. Ст. 38/10, Привредни суд у Београду.

20 Виши трговински суд, *Закон о стечајном поступку кроз судску праксу трговинских судова 2005–2008*, Београд, 2008, питање бр. 119, стр. 134.

21 Више о садржини Нацрта решења за главну деобу: Закон о стечају, чл. 139 ст. 3.

22 Решење Вишег трговинског суда, Пвж. 311/2008 од 19.5.2008. године, *Судска пракса трговинских судова*, Билтен бр. 2/2008.

за главну деобу представља датум који се узима као датум исплате, односно датум којим се врши коначно опредељивање износа за исплату, јер стечајни управник, као предлагач нацрта, мора у исти да унесе коначне износе камате. С друге стране, моменат одржавања рочишта за главну деобу није поуздан тренутак за обрачун наведене камате, јер постоји могућност доношења решења о главној деоби и ван рочишта за главну деобу, уколико не постоје примедбе на нацрт решења за главну деобу. Непоузданост је и разлог неприхватања момента истицања нацрта решења за главну деобу на огласној табли суда. Поред тога, мишљења да се као моменат обрачуна камате након отварања стечаја установи моменат доношења решења о главној деоби су неоснована, јер се расподела свих потраживања, па и камате утврђује до доношења решења о главној деоби.

Друга могућа ситуација је када стечајном управнику није очигледно да ће након намирења свих исплатних редова преостати вишак стечајне масе, односно када након намирења свих исплатних редова дође до накнадног прилива средстава за која стечајни управник није знао. Ова ситуација није регулисана нашим позитивноправним стечајним прописима. Међутим, правна теорија треба дати одговор на ово питање, уз тежњу да моменат обрачуна камате буде што ближи датуму исплате, а с друге стране и да преостане довољно времена за обрачун камате и њену сразмерну расподелу. Отуда би као најправичнији, требало узети моменат подношења захтева стечајног управника стечајном судији за одобрење исплате. Ипак, овде треба напоменути да у пракси датум исплате зависи превасходно од добре комуникације стечајног управника са стечајним судијом, тако да исти не би требало бити ни превише кратак, јер би отежао стечајном управнику обрачун и расподелу камате, а с друге стране ни превише дуг, како би повериоци што потпуније били намирени. Судска пракса показује да је најприкладнији рок за исплату од седам до десет дана од момента одобрења захтева за исплату средстава повериоцима.

Овде треба поменути да како би поверилац у свим напред наведеним случајевима у којима у материјалноправном смислу има право на камату у стечајном поступку до момента отварања истог, да би то своје право и остварио, неопходно је да у пријави потраживања истакне захтев за признавање и утврђење камате.[23] Ово из разлога што правна природа камате, односно њена акцесорност у односу на главно потраживање, које је признато и утврђено у стечајном поступку, не обезбеђује такав статус и камати. Отуд правна судбина камате се не мери према правној судбини главног дуга, те ће се стечајни управник изјаснити о захтеву

23 Закон о стечају, у чл. 111 ст. 1 тач. 5 прописује да пријава потраживања, поред осталог, мора садржати износ потраживања, и то посебно износ главног потраживања са обрачуном камате.

за камату само ако је иста била предмет пријаве стечајног повериоца. Ово је основна процесноправна претпоставка за остваривање права на камату у стечајном поступку. Уколико се постави питање да ли камата до отварања стечајног поступка мора у потпуности бити обрачуната и опредељена у пријави потраживања, одговор би гласио да је то свакако најпожељније, али и пријаву која поред главнице садржи и захтев за камату код које је опредељен датум од кога тече, стечајни управник не може одбацити, обзиром да је иста одредива, јер начин обрачуна камате и њену висину регулишу императивни прописи.[24] Стечајни управник може у крајњој линији да захтев за исплату ове камате, у поступку утврђивања потраживања, оспори и упути повериоца да у парничном поступку утврди њену висину. С друге стране, камата након отварања стечајног поступка се не мора изричито пријавити. Њена исплата се подразумева, али по испуњењу законом прописаних услова.

На самом крају, ваља истаћи да је у нашем стечајном праву предвиђено да одредбе којима се у случају неиспуњења уговорних обавеза стечајног дужника, односно неспособности плаћања или покретања стечајног поступка предвиђа повећана каматна стопа, сматрају ништавим у поступку утврђивања висине потраживања у стечајном поступку. *Ratio legis* овог законског решења је управо онемогућавање погодовања појединих поверилаца, што доприноси обезбеђивању једнаког третмана свих стечајних поверилаца. Тиме се елиминише уговорна привилегија на страни појединих поверилаца и они се стављају у равноправан положај са осталим повериоцима.

V Право на камату у случају престанка потраживања пребијањем

Пребијањем или компензацијом се могу угасити само компензибилна потраживања, тј. она која удовољавају законским условима.[25] У нашем стечајном праву пребијање потраживања је дозвољено,[26] осим у случајевима предвиђеним законом.[27]

---

24 Решење Вишег трговинског суда, Пвж. 128/2009 од 6.4.2009. године.

25 Више о условима за побијање правних радњи: Јаков Радишић, *Облигационо право*, општи део, седмо издање, Номос д.о.о., Београд, 2004, стр. 352–355.

26 Отварањем стечајног поступка поверилац не губи право на пребијање, ако је пре подношења предлога за покретање стечајног поступка стекао право на пребијање свог потраживања према стечајном дужнику са потраживањем стечајног дужника према њему. Поверилац је дужан да до истека рока за пријаву потраживања суду достави пријаву на целокупан износ потраживања и изјаву о пребијању. У супротном, губи право на пребијање.

27 Закон о стечају, чл. 83.

Како је у нашем стечајном праву пребијање дозвољено, посебно је интересантно питање да ли поверилац у стечајном поступку губи право на камату ако је његово потраживање престало пребијањем, а пре тога није извршио обрачун камате, приписао исту главном дугу и тако добијен износ пребио са потраживањем друге стране. Ово се питање посебно намеће, обзиром да је у нашој ранијој судској пракси био утврђен став да се камата на део захтева који је стављен у пребој од дана доспелости до сусрета тражбине (компензација) мора обрачунати уз главни дуг и пребити са противпотраживањем, применом прописа о урачунавању камате и трошкова.[28] Овом ставу треба придодати и раније важећи правни став да поверилац не може тражити ни затезну ни процесну камату на део потраживања која су се угасила пребијањем.[29] Ови правни ставови, инокорпорирани у један, водили су нашу судску праксу ка непризнавању затезне камате повериоцу, самим тим и процесне, ако приликом пребијања потраживања није обрачунао затезну камату, приписао је главном дугу и тај износ пребио са потраживањем друге стране.[30] Образложење истог састојало се у тумачењу да како је камата споредно потраживање, везано за постојање главне обавезе, то се престанком главне обавезе гаси и камата као споредно потраживање.

Међутим, при разматрању овог спорног правног питања треба поћи од чињенице да из одредаба облигационог права којима се регулише компензација, не произлази обавеза приписивања камате главном дугу, нити се приликом пребијања морају пребити сва доспела потраживања. Самим тим, уколико поверилац не жели затезну камату стављати у пребој, посебно код уговорне компензације,[31] он то не мора учинити. Следећи аргумент против напред наведеног правног става који не признаје право на камату по пребијању главнице, јесте да је законска одредба облигационог права која говори о урачунавању камата и трошкова, и предвиђа да ако дужник поред главнице дугује и камату и трошкове урачунавање се врши тако што се прво отплаћују трошкови, затим камата и најзад главница, диспозитивног карактера, јер поверилац и дужник ово питање могу уредити и друкчије. Пословна

28 Правни став усвојен на седници одељења за привредне спорове Вишег привредног суда од 16.12.1991. године. Уз правни став стављена је напомена да се исти не односи на мултилатералну компензацију по законским прописима у ком случају се пребијају дугови.

29 Правни став заузет на XIX састанку делегата привредног судства СФРЈ из 1986. године, поводом затезне и процесне камате у случају компензације.

30 Пресуда Вишег привредног суда у Београду, Пж. 6407/2000 од 25.10.2000. године.

31 Три су начина пребијања у теорији облигационог права: 1) по сили закона, коју наше право још увек не познаје (њено регулисање је предложено у Нацрту грађанског законика Републике Србије), 2) вољно пребијање (уговорно и једнострано) и 3) судска компензација.

пракса, која се уочава у судској пракси, управо показује да повериоци прво наплате главни дуг, а затим се врши обрачун камате. У супротном би се институт компензације сасвим угасио, јер се ниједан дужник не би сагласио да се по постигнутом споразуму са компензантом прво пребију трошкови и камата, па тек онда главница. До буквалне примене урачунавање камате након трошкова а пре главнице долази најчешће код наплате по извршној одлуци суда.[32] На крају, треба напоменути да уколико новчана обавеза престане испуњењем, не долази до престанка права на законску затезну камату, и та се камата може обрачунати и утврдити као самостално потраживање. Како је компензација после испуњења најчешћи начин престанка обавеза, не може се објаснити и образложити, зашто би у погледу камате код пребијања било друкчије. Практично, разлика и нема.

Следом напред изнетог, право повериоца на камату не сме престати само због тога што је главни дуг плаћен и угашен услед пребијања. Самим тим, у стечајном поступку, повериоцу коме је главно потраживање намирено путем вољног пребијања, има право на камату уколико је исту благовремено определио у пријави потраживања.

VI Правни третман камате у поступку реорганизације стечајног дужника

Реорганизација стечајног дужника представља укупност мера које се предузимају према инсолвентном дужнику на основу судски закљученог уговора његових поверилаца, ради повољнијег намирења њихових тражбина него у поступку банкротства.[33] Стечајна реорганизација се може спровести само уколико су у тренутку подношења плана реорганизације постојали законски услови за покретање стечајног поступка, како би се учинила реалном опасност од наступања последица стечаја које доводе у питање извесност намирења поверилаца. Тиме се повериоци поспешују да компромисним решењем установе мере реорганизације које ће им омогућити боље задовољење њихових интереса, него код банкротства. Независно од чињенице да су стечајним законом прописане одређене мере реорганизације, учесницима у поступку реорганизације се даје пуна слобода у избору истих. Имајући у виду да по својој правној природи реорганизација представља судски закључени уговор, ваља напоменути

32 Запажање судије Вишег привредног суда Градимира Дилпарића, исказано у реферату „Право повериоца на камату кад је његово потраживање престало пребијањем", *Судска пракса привредних судова*, Билтен бр. 1, Београд, 2001, стр. 115.

33 Реферат аутора Небојше Јовановића, „Предрасуде о стечајној реорганизацији у Србији", *III Конференција одбора пристуйајућих земаља INSOL Europe*, Агенција за лиценцирање стечајних управника, Београд.

да поверилац, у складу са својом вољом и интересима, може одустати од дела свог потраживања према стечајном дужнику, па и од тражене камате од стечајног дужника. По правноснажности решења о потврђивању усвојеног плана реорганизације престају делимична или у потпуности опроштена дуговања стечајног дужника. Обзиром да по правноснажности решења о потврђивању усвојеног плана реорганизације долази до обустављања стечајног поступка, права поверилаца и других лица и обавезе стечајног дужника се могу реализовати искључиво на начин и под условима прописаним планом реорганизације. То значи да се доношењем решења стечајног судије о потврђивању усвојеног плана реорганизације гасе права стечајних поверилаца према стечајном дужнику у односу на планом реорганизације прописани отпуст њихових потраживања према стечајном дужнику.

Напред изнети закључак је посебно значајан, имајући у виду посебно у случају када непоступање по усвојеном плану реорганизације и преваран и незаконит план реорганизације представљају законом прописани стечајни разлог за покретање новог стечајног поступка над истим стечајним дужником. Сходно томе, уколико се постави питање да ли се стечајни повериоци у случају покретања новог стечајног поступка услед непоступања по усвојеном плану реорганизације, могу јавити као повериоци целокупног свог потраживања (као да план реорганизације никада није ни усвојен), или као повериоци целокупног редефинисаног потраживања (независно од чињенице да је део редефинисаног потраживања у поступку реорганизације исплаћен) или пак само као повериоци редефинисаних а неисплаћених потраживања по основу плана реорганизације (само за део потраживања који по плану реорганизације није исплаћен), преовладава став да у новом стечајном поступку повериоци могу пријавити само редефинисана а неисплаћена потраживања по усвојеном плану реорганизације. Међутим, овде се може поставити питање оправданости и поврх свега правичности овог решења, обзиром да су повериоци пристали на отпуст и редефинисање својих потраживања планом реорганизације у нади да ће бити повољније намирени него у стечају, па се након пропасти плана услед непоступања по истом може протумачити да су њихови интереси злоупотребљени. Отуда, не би требало посебно у правној теорији одустајати од настојања да се размотри питање могу ли повериоци изиграни планом реорганизације пријавити своје потраживање у новом стечајном поступку у висини укупног неизмиреног потраживања (дакле, и дела неизмиреног потраживања по плану реорганизације и дела потраживања којег се поверилац услед вере у успех реорганизације одрекао), с обзиром да план реорганизације није успео. Ово посебно

из разлога што у случају када план реорганизације представља стечајни разлог, предлагачи новог стечајног поступка над истим стечајним дужником могу бити како повериоци обухваћени планом, тако и повериоци чија су потраживања настала пре усвајања плана а нису обухваћени планом. Тако повериоци који нису обухваћени планом реорганизације могу пријавити своја потраживања у целости, како главна, тако споредна (опредељену камату почев од задоцњења дужника у извршењу своје обавезе, до коначне исплате), док би по устаљеном схватању повериоци делимично измирени у поступку реорганизације могли пријавити само неисплаћено потраживање обухваћено реорганизацијом, дакле без потраживања од кога су одустали зарад њеног успеха, чиме се ствара очигледна неравноправност међу повериоцима.

С друге стране, чак и у ситуацији уколико се, по устаљеном схватању у судској пракси, након покретања стечајног поступка услед непоступања по усвојеном плану реорганизације, могу пријавити само неостварена потраживања из плана реорганизације, поставља се питање постоји ли могућност тражења камате у случају задоцњења у испуњењу обавеза из усвојеног плана реорганизације. Одговор на ово питање може бити позитиван уколико се предмет испуњења односи на новчане обавезе, а постоје средства за њену исплату. Не треба искључити ни могућност да повериоци планом реорганизације предвиде уговорну камату у случају непоступања по усвојеном плану реорганизације. Ова се могућност посебно може протумачити из законске регулативе која прописује да се планом реорганизације може предвидети намирење у износу већем од номиналног износа првобитног потраживања, као накнада за продужење.[34] Дужникова обавеза овде доспева тек по истеку рока за испуњење обавеза, предвиђеног планом реорганизације. Иначе, обавеза одређивања рокова за извршење плана реорганизације и рокова за реализацију главних елемената плана реорганизације, ако их је могуће одредити, је законска обавеза. Отуда се у већини случајева доспелост дужникових обавеза јасно мора предвидети планом реорганизације. Међутим, поставља се питање, имајући у виду да план реорганизације по својој природи представља (судски закључен) уговор, шта уколико рок за извршење плана реорганизације није могуће одредити. У овом случају ће се у погледу доспелости дужникове обавезе узети у обзир крајњи рок за спровођење плана реорганизације, а који износи пет година од датума почетка примене истог.[35]

34 Закон о стечају, чл. 169 ст. 1.

35 Одредбом чл. 156 ст. 1 тач. 15 Закона о стечају прописано је да план реорганизације мора садржати рок спровођења плана који не може бити дужи од пет година.

VII Правни третман камате у стечајном поступку са елементом иностраности

Међународни стечај се, у складу са одредбама нашег позитивног права, може дефинисати као стечај снабдевен елементом иностраности. Елемент иностраности у стечају може бити изражен кроз субјекте, повериоце, и имовину дужника која улази у састав стечајне масе.[36]

Да би субјект страног држављанства у Републици Србији остварио право на своје потраживање у стечајном поступку, главно и споредно, неопходно је утврдити које је право меродавно за остварење његових права, укључујући и права на камату. Начелно, на стечајни поступак и његова дејства примењује се право државе у којој је стечајни поступак покренут. У складу са прихваћеним међународним изворима стечајног права, посебно Модел закона *UNCITRAL*-а о прекограничној инсолвентности од 1997. године, страни стечајни повериоци су изједначени са домаћим. Но, да би у домаћем стечајном поступку могли самостално учествовати и остварити своја потраживања (главна и споредна), страни повериоци морају доказати своје својство, као и да сарађују са повериоцима у домаћој држави.

Поред изнетог, на овом месту посебно је значајно дати одговор на питање како обрачунати камату уколико страно лице у стечајном поступку по правилима Закона о стечају пријави потраживање у страној валути. Наше стечајно право овде прописује да се потраживања према стечајном дужнику у страној валути пријављују у тој валути и од стране стечајног управника прерачунавају у динарску противвредност према званичном средњем курсу Народне банке Србије на дан отварања стечајног поступка. Међутим, како поверилац приликом пријављивања потраживања мора истаћи и опредељени захтев за плаћање камате, спорно је на који начин извршити обрачун камате у страној валути, с обзиром да нашим позитивним прописима о обрачуну камате,[37] није предвиђена посебна одредба о стопи затезне камате на потраживања у страној валути између домаћих и страних лица. Отуда је у судској пракси у овој ситуацији заузет став да се на таква потраживања има обрачунати тзв. „домицилна камата", сматрајући исту каматом која се примењује у земљи у чијој је валути обавеза изражена, али без даљег прецизирања да ли је то законска или нека друга каматна стопа која се у тој земљи примењује. Посебно је ово питање спорно код земаља који су своју валуту заменили званичном валутом Европске уније – евро. И по овом питању судска пракса, дакле не позитивноправни пропис, је дефинисала да ће у случају кад се дуговања односе на евро, затезна камата

36 Владимир Чоловић, *Међународни стечај*, Источно Сарајево, 2005, стр. 9.

37 Закон о висини стопе затезне камате и Закон о облигационим односима.

обрачунати по стопи коју Европска централна банка прописује за евро, обзиром да не постоји земља домицила наведене валуте.[38]

Са напред изнетог, поверилац који пријављује главно потраживање у страној валути (која није евро), опредељује камату обрачунату путем тзв. „домицилне камате" односно по каматној стопи коју прописује централна банка у држави у чијој је валути изражена обавеза, а уколико је реч о валути евро, онда затезну камату опредељује по стопи коју Европска централна банка прописује за евро. Након пријаве овог потраживања у страној валути, опредељеног како на име главног дуга тако и на име камате, исто ће од стране стечајног управника бити прерачунато у динарској противвредности према званичном средњем курсу Народне банке Србије на дан отварања стечајног поступка, и у погледу главнице и у погледу камате. Отуда се по отварању стечајног поступка говори само о потраживањима у динарима, те се и у овом случају обрачун камате по отварању стечајног поступка врши у складу са прописима о затезној камати на износе изражене у домаћој валути.

VIII Закључак

У поступку намирења поверилаца у стечају, у погледу камате приоритет при њеној наплати до момента отварања стечајног поступка имају обезбеђени повериоци, тек потом повериоци необезбеђених тражбина. У нашем праву омогућен је обрачун опредељене камате и по отварању стечајног поступка, уколико преостану расположива средства по намирењу потраживања свих поверилаца, а обрачун и исплату исте одобри стечајни судија. Као споредно потраживање по својој природи, камата се може тражити и у случају пребоја главног дуга стечајног дужника. Међутим, да би остварио своје право на њену исплату, поверилац мора потраживање камате уредно и благовремено пријавити у стечајном поступку, чиме се и процесноправно штити равноправност и равномерност намирења свих поверилаца у стечајном поступку.

Повериоци у стечајном поступку право на тражење камате могу имати и у поступку реорганизације, а нарочито у случају њеног неуспеха и поновног отпочињања стечајног поступка услед непоступања по усвојеном плану реорганизације или незаконитом и преварном плану, као стечајном разлогу.

Посебност правног третмана камате у стечајном праву постојана је и код стечаја са елементом иностраности, чија је судбина првенствено зависна од меродавног права које ће се, зависно од специфичности сваког конкретног случаја, применити.

38 Маја Станивуковић, „Стопа затезне камате на уговорна потраживања у страној валути", *Правни живот*, бр. 12/2008, том IV, стр. 222.

На самом крају, ваља напоменути да како је живот увек богатији од записаних мисли човека, поједина правна питања остају нерегулисана, изван закона, те тако и питања у вези третмана камате у стечајном поступку. Стога се и плод овог рада, поред тумачења позитивноправних норми о камати у стечајном поступку, састоји у тежњи да се што више законом нерегулисаних питња обзнани, појасни и макар укажу смернице ка могућим начинима њиховог регулисања. Отуда, исказани ставови, па чак, уколико у појединим случајевима били исувише субјективни, могу допринети развоју правне мисли у потрази за објективним, на науци утемељеним, законским решењима.

***Marko* RADOVIĆ**
PhD Student, University of Belgrade Faculty of Law

LEGAL TREATMENT OF INTEREST IN OUR BACRUPTCY LAW

Summary

In the pursuit of the most favorable collective and proportional settlement in bankruptcy proceeding, interest occupies a significant place. With the dominance of the principle of monetary nominalisam in our law, absence creditor right to interest, as a way of compensation due to deprivation of certain amount of money, would prejudice the realization of the principle of equal value of mutual benefits, one of the most fundamental principles of law of obligations. Therefore, modern bankruptcy law, so as our positive, a lot of attention turns to the right of the creditor to the calculation and payment of interest in bankruptcy proceedings, whether its contractual or legal interest. This in particular out of a reason that intertwining of legal and economical interests in bankruptcy proceeding manifest especially trough proceeding of creditors settlement, witch aside of main claim payment demand, also includes interest.

Considering the fact that interest payment in bankruptcy proceeding causes numerous concerns, and aside of exceptional significance for righteous reconciliation of creditors, exists the need to clarify numerous questions in this regard. Therefore in this case study will be considered legal treatment of interest in our positive bankruptcy law, in order to indicate of the positive legal regulations, eliminate doubts considering indetermination of legal norms and fill out spotted legal gaps, and all of that for the protection of financial interests of creditors in bankruptcy proceedings.

Key words: *interest, legal treatment, bankruptcy, reorganization.*

ФИНАНСИЈСКА ТРЖИШТА

др *Бранко* ВАСИЉЕВИЋ
професор Факултета политичких наука Универзитета у Београду

мр *Ратко* РАДОСАВЉЕВИЋ
докторант Факултета политичких наука Универзитета у Београду

ФИНАНСИЈСКА ИНТЕГРАЦИЈА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ И РЕГУЛИСАЊЕ СИСТЕМСКОГ РИЗИКА*

Резиме

Финансијска интеграција у Европској унији је саставни део економске интеграције. Јединствено финансијско тржиште креира системски ризик. Усвајање нових правила везаних за макро и микро-пруденциону регулативу, формирање Европског одбора за системски ризик, формирање стабилизационих фондова и усвајање правила о буџетској дисциплини и координацији економске политике могу допринети решавању проблема системског ризика на јединственом финансијском тржишту Уније.

Кључне речи: *финансијка интеграција, Европска унија, системски ризик.*

I Појам финансијске интеграције

Процес економске интеграције у оквиру Европске уније води интеграцији финансијских тржишта држава чланица, у циљу стварања јединственог тржишта. Економска интеграција Европске уније израз је

* Овај рад је резултат истраживања у оквиру пројекта: „Политички идентитет Србије у регионалном и глобалном контексту", који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије (евиденциони број 179076).

општих интеграционих процеса у свету, али и специфичних интереса земаља које у њој учествују, уједињених механизмима јединственог тржишта робе, услуга, рада и капитала. Финансијска интеграција, односно интеграција финансијских тржишта производ је економске интеграције, али има и самосталан развој у коме се одражавају како тенденције кретања националних финансијских тржишта, тако и динамика заједничког тржишта и утицаји светског тржишта капитала.

Према дефиницији Европске комисије, финансијска интеграција је „процес, вођен тржишним силама, у коме одвојена национална финансијска тржишта постепено улазе у конкуренцију једна с другима и на крају постају једно финансијско тржиште, које карактерише конвергенција цена и понуде производа и конвергентна ефикасност/профитабилност између пружалаца финансијских услуга".[1]

Интегрисано финансијско тржиште доприноси ефикаснијој алокацији капитала: пружа потпунију информацију за усмеравање средстава, селекционише инвестиционе могућности и доприноси економском расту интегрисаних земаља. С друге стране, интегрисано тржиште потпуније алоцира ризик, доприносећи његовом идентификовању, трансферу и смањивању, чиме се тржишним учесницима пружа већа предвидивост исхода улагања у условима неизвесности, која карактерише савремена финансијска тржишта.

Разумљиво је да се у условима савремене револуције у комуникацијама, иновацијама и процедурама пословања на финансијском тржишту јавља могућност подизања ризичног нивоа појединих тржишних операција и појава ризика интегрисаног тржишта (системски ризик), односно формирање низа тржишних дисторзија. Интегрисано финансијско тржиште није имуно ни на циклично кретање, ни на кризе. Сваки пад активности на финансијском тржишту има тренутни утицај на пад активности реалног сектора привреде. Ако реални сектор формира потенцијал финансијског тржишта, генеришући финансијске инструменте, финансијско тржиште утиче на реални сектор привреде обимом кредита, обезбеђењем ликвидности и утицајем на стање дугорочног предвиђања кретања овог сектора. То је посебно важно, пошто је финансијско тржиште засновано на поверењу улагача; слом поверења има веома изражене реперкусије не само на финансијско тржиште, него и на реални сектор привреде. У таквим условима, нужно је створити адекватан регулаторни оквир, како на националном нивоу, тако и на нивоу интегрисаног тржишта, који ће отклонити тржишне дисторзије, омогућити нормално деловање понуде и тражње на тржишту, а онемогућити формирање монополских структура и прекомерно преузимање ризика.

1 European Commission, *Financial Integration Monitor*, Brussels, 2005.

Интегрисано финансијско тржиште омогућава становништву адекватнију диверзификацију портфолија финансијских инструмената и на тај начин смањивање специфичних ризика улагања. Оно повећава ефекат богатства власника финансијских инструмената, јер у портфолио укључује финансијске инструменте емитената из различитих интеграционих земаља.

Финансијска интеграција је сталан процес продубљивања веза између националних финансијских тржишта и ширења основа деловања регулаторних величина интеграције, посебно закона једне цене финансијских инструмената. Ови процеси су тржишно стимулисани, али налазе се и под утицајем свесног регулисања од стране носилаца економске политике на нивоу целине интеграције. Посебан значај даје им хармонизација правне регулативе, координација или централизација доношења одлука економске политике, јединствени новац и монетарна политика, координација или централизација фискалне политике.

Финансијска интеграција не зауставља се на границама интеграционих земаља. С једне стране, она трпи утицај светског финансијског тржишта, како кроз кретање новца и капитала, тако и кроз иновације у пружању финансијских услуга. Посебно, тај утицај огледа се у могућности преноса кризе. С друге стране, она производи импулсе утицаја на периферне земље, стимулишући развој финансијских тржишта периферних земаља али и инхибирајући њихов раст у случајевима трансмисије кризе.

II Резултати финансијске интеграције Европске уније

Савремени период развоја финансијске интеграције Уније отпочео је 1985. године, када су у *Белој књизи о финансијским услугама* Европске комисије прокламовани принципи регулисања финансијског тржишта на нивоу Уније: контрола домаће државе над пружаоцима финансијских услуга („јединствен пасош“), узајамно признавање регулаторних режима и праксе и минимална хармонизација националних законодавстава.

Овај институционални оквир стимулисао је деловање тржишних механизама што је довело до убразања интеграције. Када је оквир постао тесан тржишним процесима и интеграција успорена, а због тога финансијско тржиште Европске уније почело да заостаје за америчким са становишта ефикасности, нови подстицај интеграцији финансијских тржишта дат је *Акционим планом за финансијске услуге* (FSAP), усвојеним 1999. године. Реализацијом овог плана отклоњене су препреке интеграцији финансијских тржишта са становишта регулације, заштите

тржишта, његове контроле и надзора. Исте године, уведен је и евро као јединствена валута, што је, такође, дало подстицај интеграцији.

Интеграција је реализована неравномерно, како по сегментима финансијског тржишта, тако и по дубини. Најтешња интеграција постигнута је на тржишту новца, а најмањи обим имала је у банкарским пословима са становништвом. С друге стране, већи обим интеграције постигнут је у оквиру евро-зоне, а мањи у оквиру Уније као целине. Ако се интеграција посматра преко обележја испољавања *закона једне цене* на тржишту, која се односе на изједначавање каматних стопа и приноса на финансијске инструменте, конвергентне тенденције, које одражавају утицаје заједничких тржишних фактора а не специфичних националних или компанијских фактора, забележене су на тржишту новца, тржишту државних обвезница и на тржишту акција.[2] О интензитету интеграције информише нас табела 1.[3]

Табела 1.

Интеграција тржишних сегмената финансијског тржишта ЕУ

Тржишни сегмент	**Степен интеграције**
Тржиште новца	Висок степен
Тржиште обвезница: – Државне обвезнице – Корпоративне обвезнице	 Значајан степен Значајан степен
Тржиште акција	Растућа интеграција
Банкарско тржиште: – Међубанкарско тржиште – Активности на тржишту капитала – Послови са становништвом	 Растућа интеграција Растућа интеграција Фрагментарна

2 Код квантитативних показатеља интеграције, подаци показују да је, на пример, у 2010. години скоро 40% акција у поседу власника из евро-зоне било прекограничног порекла; око 45% међубанкарских пласмана у евро-зони било је усмерено на прекограничне кориснике; али да је у кредитирању становништва (пословање „на мало“) обим прекограничног кредитирања у евро-зони износио око 5% укупних кредита, а у целој Унији само 2,3% укупних пласмана. European Central Bank, *Financial Integration in Europe*, Franfurt, May 2011, стр. 24, 15–30.

3 The High-level Group on Financial Supervision in the EU Chaired by Jacques de Larosiere, *Report*, Brussels, 25. фебруар 2009., стр. 72.

Слобода пословања финансијских институција и могућност инвестирања у финансијске инструменте на целој територији Уније, у условима недовољне регулисаности целине финансијског тржишта Уније, довело је од 2007. године до формирања системског ризика, који се манифестовао у шпекулативном мехуру на свим сегментима тржишта. Он је био последица прекомерног преузимања ризика, које није било у складу са нормалним очекивањема о будућим приносима финансијских инструмената, а у чему је инвеститорима ишла на руку и пракса рејтинг агенција, које на финансијском тржишту играју улогу процене кредитног ризика, да нестандардне финансијске инструменте (који се иначе означавају као спекулативни) квалификују као погодне за улагање. Системски ризик активиран је у сегменту хипотекарног тржишта у САД и довео је до ширења кризе на европске финансијске институције, које су, с једне стране, забележиле губитке због улагања у хипотекарне финансијске инструменте нестандардног квалитета а, с друге стране, због веома израженог неповерења у способност партнера да одговоре обавезама, настала је изразита криза ликвидности. На финансијском тржишту дошло је до пада цена, коју је продубила даља масовна продаја финансијских инструмената и шпекулативне операције на тржишту, нарочито инвестиционих фондова ризичног улагања (тзв. хеџ фондови).

Темпо финансијске интеграције није се смањио у периоду кризе; међутим, дошло је до сужавања обима интеграције у неким областима (области тржишта новца и државних обвезница), а посебно у банкарској области, која је највише била погођена кризом поверења.[4]

Процес решавања кризе 2007–2009. године имао је као основ снажну буџетску државну интервенцију у области финансијског посредовања у циљу стабилизације финансијског тржишта, а на тај начин и реалног сектора привреде. Мотив интервенције био је очување поверења економских чинилаца и становништва у финансијско тржиште, како би се очувала његова улога рационалне алокације улагања и стабилизовала реална производња. Ове интервенције, углавном на националном нивоу, довеле су до великог фискалног дефицита, који је поново активирао системски ризик, овога пута преко кризе јавног дуга неколико држава чланица и њених реперкусија на евро као јединствену валуту. Криза јавног дуга и евра, од 2010. године, решавана је кроз усвајање нових регулаторних механизама, који су се односили на тржиште евро-зоне, али са реперкусијама и на финансијску интеграције Уније.

4 Укупни обим европског тржишта капитала растао је по стопи од 9% у периодима 2000–2004. и 2005–2009. године по стопи од 9% годишње, а у САД по стопи од 6% годишње. European Central Bank, *Financial Integration in Europe*, Franfurt, May 2011, стр. 7, 15–30.

III Системски ризик

Обе кризе финансијског тржишта Европске уније биле су резултат манифестације системског ризика. За разлику од специфичних ризика (кредитни, девизни, каматни, и др.), који се ширењем тржишта могу ублажити, било процесом диверзификације, било осигурањем (финансијски деривати, секуритизација), системски ризик се са финансијском интеграцијом повећава.[5]

Системски ризик је облик тзв. тржишних дисторзија: финансијске институције, као доминантни учесници на финансијском тржишту, у процене ризика уграђују само своје индивидуалне трошкове (могуће губитке) а не и друштвене трошкове (губитке). Зато, оне „налазе за профитабилно да преузму више ризика и кредита него што је то оптимално“[6] и тако подизу ризичност тржишта као целине, креирајући нестабилност тржишта. Системски ризик „означава ризик поремећаја у финансијском систему, који има потенцијал да проузрокује озбиљне негативне последице за унутрашње тржиште и реалну привреду“.[7] Ова дефиниција показује да је извор системског ризика финансијско тржиште, али да последице могу погодити и реалну привреду кроз недостатак ликвидности и кредита, као и сектор становништва кроз смањене очекиване приносе по основу реализације капиталне добити.

Системски ризик могу формирати различите околности, које негативно утичу на мобилизациону или алокативну функцију финансијског тржишта (на пример, раст цена хипотекарне активе – шпекулативни мехур, раст цена нафте, и сл.) и које за последицу имају „циклично кретање ликвидности или кредита на финансијском тржишту“ и „концентрацију ризика у неким финансијским инструментима или тржиштима, који су високо повезани унутар и преко националних граница“.[8]

Посебно је важан у овом контексту положај тзв. системски важних финансијских институција, за које се везује потенцијал формирања

5 „Интеграциони процес нужно нема једнозначан позитиван ефекат на финансијску стабилност.“ Gianni De Nicolo, Alexander Tieman, „Economic Integration and Financial Stability: A European Perspective“, *IMF Working Paper WP/06/296*, Washington, December 2006, стр. 1.

6 Roberta S. Karmel, „The Controversy Over Systemic Risk Regulation“, *Brooklin Law School Legal Studies Research Paper*, No 179, New York, January 2010, стр. 5.

7 Regulation (EU) No 1092/2010 of the European Parliament and the Council of 24 November 2010 on European Union macro-prudential oversight of the financial system and establishing a European Systemic Risk Board, *Official Journal of the European Union*, L 331/1, 15.12.2010.

8 Jose Vinals, *The Do's and Don'ts of Macroprudential Policy*, European Commission and ECB Conference on Financial Integration and Stability, Brussels, 2 May 2011.

системског ризика. То су тржишни учесници који имају велики обим концентрације финансијске активе (нпр. највеће светске банке, осигуравајуће компаније, фондови ризика), њихово пословање не може бити супституисано пословањем других учесника и чије пословање услед узајамне повезаности може утицати на друге тржишне учеснике у случају тешкоћа у пословању. Искуство кризе показало је да је системски ризик везан и за операције са сложеним финансијским инструментима, какви су сложене хипотекарне обвезнице, свопови кредитног ризика и други финансијски деривати, које је један од најбогатијих инвеститора данашњице, Ворен Бафит, сликовито описао као „средство за масовно уништавање богатства". Ови финансијски инструменти су креативни резултат развитка тржишта, за којим регулаторна пракса заостаје, тако да се отвара слободан простор шпекулативним операцијама.

Зато је и разумљив интерес да се системски ризик отклони. Као и сваки ризик, и он је представља *вероватноћу појављивања негативног исхода* тржишних операција и стога је важна његова превенција, али и механизам за отклањање последица, уколико превентивна акција не донесе резултат.

IV Регулисање системског ризика у Европској унији

Криза из 2007–2009. године, а затим и криза јавног дуга почев од 2010. године, указале су на чињеницу да финансијска интеграција Европске уније нужно доводи до системског ризика, али да је регулатива тржишта недовољна да се овај ризик идентификује, ублажи и отклоне његове последице по финансијску стабилност. У циљу идентификације отворених проблема пост-кризне регулације финансијског тржишта Уније, Европска комисија формирала је Групу за финансијску супервизију („Де Ларозијерова група"), која је предложила и решења за усавршавање регулативе, укључујући и регулисање системског ризика. Основни нагласак Извештаја јесте да дотадашњи систем регулативе није омогућавао решавање системског ризика, пошто је она била у надлежности држава чланица; *јединствено финансијско тржиште није имало јединственог регулатора.*[9] Стога, није било могућа ефикасна макропруденциона контрола и надзор над финансијским институцијама са високом обимом прекограничног пословања; није било механизма „раног упозоравања" на системски ризик; недостајала су правила надзора и контроле за целину интегрисаног тржишта; недовољно су сарађивала национална регулаторна тела, а координативна тела на нивоу Уније (супервизијски

9 Marek Dabrowski, „The Global Financial Crisis: Lessons for European Integration", *CASE Network Studies and Analyse*, No 384/2009, Warsaw, стр. 19.

комитети за поједине сегменте тржишта) нису имала овлашћења да доносе одлуке везане за целину тржишта, нити да их спроводе.[10]

Препоруке Де Ларозијерове групе за јачање регулативе преточене су у законодавну активност, којом је формирана нова архитектура надзора и контроле на нивоу Уније, уз поштовање начела супсидијерности.[11] Она садржи четири основна елемента: (1) регулисање активности појединих учесника (системски важних банака, рејтинг агенција, хеџ фондова) и појединих сложенијих финансијских инструмената (финансијских деривата) на нивоу Уније; (2) формирање макро-пруденционог регулатора, Европског одбора за системски ризик (ЕСРБ), који ће се бавити идентификацијом и упозоравањем на појаве системског ризика; (3) формирање Европског система финансијске супервизије, који ће вршити микро-пруденциону контролу појединих сегмената јединственог финансијског тржишта[12] и (4) правила санације системски важних банака које имају тешкоће у пословању, у циљу спречавања појава преношења кризе на друге финансијске институције.

У циљу остваривања макро-пруденционе контроле формиран је Европски одбор за системски ризик.[13] Приликом оснивања Одбора, прибегло се *креативном тумачењу* Уговора о функционисању Европске уније, како би се избегло да он има наднационална карактер, односно представља елемент федерализма у Унији. Одбор је формиран на основу члана 114 Уговора о функционисању Европске уније, који регулише надлежности на нивоу Уније у процесу хармонизације националних законодавстава држава чланица,[14] а узимајући као основу интерпретацију тог члана од стране Европског суда правде у тзв.

10 The High-level Group on Financial Supervision in the EU, Chaired by Jacques de Larosiere, *Report*, Brussels, 25. February 2009, стр. 38–42.

11 Доступно на адреси: *http://ec.europa.eu/internal_market/finances/policy*, 20.3.2012.

12 У том циљу формиране су на нивоу Уније три управе: Европска управа за банкарство, Европска управа за хартије од вредности и тржиште и Европска управа за осигурање и пензијске фондове; оне, заједно са Европским одбором за системски ризик, Заједничким комитетом управа и националним регулаторним органима, чине Европски систем финансијског надзора (*European System of Financial Supervision – ESFS*).

13 Regulation (EU) No 1092/2010 of the European parliament and of the Council of 24 November 2010 on European Union macro-prudential oversight of the financial system and establishing a European Systemic Risk Board, *Official Journal of the European Union*, L 331/1, 15.12.2010.

14 Consolidated Versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, *Official Journal of the European Union*, C 115, 9.5.2008. Члан 114. предвиђа надлежност Европског парламента и Савета да усвоје „мере за приближавање одредаба које су садржане у закону, уредби или административној одлуци у државама чланицама, које имају као предмет успостављање и функционисање унутрашњег тржишта".

„Случају ЕНИСА“.[15] На основу тужбе коју је поднела Велика Британија (*Case–217/04 United Kingdom and Northern Ireland v. European Parliament and the Council of the European Union*), Суд је одлучивао да ли члан 114 Уговора о функционисању Европске уније може бити правни основ за оснивање институција које треба да координирају активности и акције држава чланица (у датом случају, оспорено је формирање Европске Агенције за мреже и информатичку безбедност – ЕНИСА). Суд је нашао да у поменутом члану није предвиђено који метод хармонизације се може применити и да због тога не може бити искључено формирање посебне институције која би остваривала тај циљ. На бази овако широког тумачења и Уредба о оснивању Европског одбора за системски ризик може се сматрати као део хармонизације законодавства унутрашњег тржишта Уније. Како је то објашњено у овој Уредби, „Европски одбор за системски ризик допринеће финансијској стабилности, која је неопходна за даљу финансијску интеграцију на унутрашњем тржишту надгледањем системског ризика и издавањем упозорења и препорука где је то неопходно. Ови задаци су тесно повезани са циљевима законодавства Уније које се односи на унутрашње тржиште финансијских услуга. ЕСРБ стога треба да буде формиран на основу члана 114 Уговора о функционисању Европске уније“.[16]

Европски одбор за системски ризика није правно лице. Иако се у Де Ларозијеровом извештају и у материјалима Европске комисије, па и у самој Уредби о оснивању, он третира као *макропруденциони регулатор*, овај Одбор представља само „форум за координацију макропруденционог надзора на нивоу Европске уније“;[17] он припрема анализе и доноси оцену о постојању системског ризика, издаје упозорења и препоруке микро-пруденционим управама на нивоу Уније, националним регулаторима и државама чланицама (углавном поверљиве природе). Међутим, он нема овлашћења за директно имплементацију својих аката; у том циљу, мора се обратити Савету Уније. Одбор је формиран

15 *European Court Reports*, 2006, стр. 1–03771 пар. 44.

16 Regulation (EU) N0 1092/2010 of the European parliament and of the Council of 24 November 2010 on European Union macro-prudential oversight of the financial system and establishing a European Systemic Risk Board, *Official Journal of the European Union*, L 331/1, 15.12.2010, пар. 31.

17 Diego de Sousa e Alvin, *A New European System of financial supervision and crisis management*, EU Studies Association Asia Conference, Bangkok, February 2011, стр. 16; Члан 3 Уредбе о формирању ЕСРБ дефинише његове задатке на следећи начин: „ЕСРБ ће бити одговоран за макро-пруденциони надзор финансијског система Уније, у циљу да допринесе превенцији или ублажавању системских ризика по финансијску стабилност који проистичу из развоја финансијског система, узимајући у обзир макро-економске процесе, тако да се избегну периоди општих финансијских непогода.“

под окриљем Европске централне банке, с обзиром на њену аналитичку компетентност и на његовом челу је председник Банке.

Решења о статусу и компетенцијама Европског одбора за системски ризик произашла су из хибридног карактера Европске уније, односно комбинације федералних и националних компоненти у њеном политичком систему. Због тога, даљи напредак финансијске интеграције и могуће кризе поставиће питање кредибилитета ове институције. Није искључена еволуција у правцу достизања статуса органа Уније са непосредном надлежношћу на целој територији интеграције.

V Криза јавног дуга и регулатива системског ризика

Финансијска интеграција Европске уније била је најпотпунија у сегментима тржишта новца и државних обвезница (јавног или суверено дуга), а посебно државних обвезница земаља евро-зоне. Управо на овом сегменту интеграције формиран је системски ризик пробијањем оквира фискалног дефицита и јавног дуга, утврђених правилима фискалне дисциплине Пакта стабилности и раста. Овај системски ризик се у првој половини маја 2010. године испољио у облику кризе јавног дуга Грчке, а затим и Ирске и Португалије, а у мањој мери и Шпаније и Италије.

Криза је решавана колективном акцијом евро-зоне на санацији финансија презадужених држава. Механизам решавања кризе постављен је тако да се не крши одредба о забрани солидарне одговорности за обавезе појединих држава чланица из Уговора о функционисању Европске уније, тако да је санација вршена на бази билатералних договора, уз координацију на нивоу евро-зоне.

Механизам санације на нивоу Еврозоне је институционализован формирањем Европског финансијског стабилизационог фонда, маја 2010. године. Овај фонд основан је као друштво са ограниченом одговорношћу, са седиштем у Луксембургу и овлашћен је да емитује обвезнице на тржишту капитала, ради прикупљања средстава које може пласирати у процес санације држава чланица зоне које су у финансијским тешкоћама. Стабилизациони фонд ће од 2013. године функционисати под називом Европски стабилизациони механизам, као „стални механизам за очување финансијске стабилности еврозоне као целине".[18] Да би се омогућио његов рад, предложене су промене у Уговору о функционисању ЕУ (у члану 136), које захтевају ратификацију свих чланова евро-зоне. Фонд је основан са кредитним потенцијалом од 700

18 European Council – The President, *Press Remarks*, PCE 314/10, 16.12.2010.

милијарди евра, а од марта 2012., средства су повећана на 900 милиона евра.

Формирање „перманентног" механизма решавања проблема манифестације системског ризика и кризе, оснажено је потписивањем Уговора о стабилности, координацији и управљању у Економској и монетарној унији (марта 2012. године), који предвиђа јачање „економског стуба економске и монетарне уније" у области буџетске дисциплине, координације економских политика и управљања евро-зоном.[19] На тај начин, основан је додатни механизам за спречавање системског ризика, али он није имао за последицу измене Уговора о Европској унији и Уговора о функционисању Европске уније, због тога што није постигнута сагласност свих држава чланица Уније (против су биле Велика Британија и Чешка). Уместо измене оснивачких уговора, искоришћен је механизам *унапређене сарадње* из оснивачких уговора (члан 20 Уговора о Европској унији и чл. 326–344 Уговора о функционисању Европске уније). Државе чланице Уније, које су потписале овај уговор, имаће право коришћења средстава стабилизационог фонда.

Може се закључити да формирање Европског одбора за системски ризик, усвајање правила везаних за макро и микро-пруденциону регулативу, формирање стабилизационих фондова и усвајање правила о буџетској дисциплини и координацији економске политике могу допринети решавању проблема системског ризика и спречити или бар ублажити појаву финансијских и економских криза у финансијски инегрисаној Унији.

На тај начин, и финансијско тржиште Србије требало би да буде делимично заштићено од преношења кризних импулса са тржишта из непосредног окружења. Ови импулси су главни фактор креирања системског ризика на домаћем тржишту, с обзиром на његову недовољну развијеност. Кад је реч о унутрашњим изворима системског ризика, иако је у прошлости било више његових манифестација (пирамидалне штедионице, санација банака, затварање банака), домаће законодавство ставља у надлежност Народне банке Србије старање о стабилности финансијског система, односно макро-пруденциони надзор. У циљу очувања стабилности финансијског система, Народна банка Србије предузела је низ мера као реакцију на кризна кретања, које су допринеле да се ублажи дејство посебно екстерног шока на домаћи финансијски систем.[20]

---

19 *Treaty on Stability, Coordination, and Governance in the Economic and Monetary Union*, Brussels, 2 March 2012.

20 Народна банка Србије, *Извештај о стању у финансијском систему 2010*, Београд, 2011.

***Branko* VASILJEVIĆ, PhD**
Professor at the Faculty of Political Sciences, University of Belgrade

Mag. *Ratko* RADOSAVLJEVIĆ
PhD Candidate at the Faculty of Political Sciences, University of Belgrade

FINANCIAL INTEGRATION OF EUROPEAN UNION AND SYSTEMIC RISK REGULATION

Summary

Financial integration in the European Union is a component of the economic integration. Single financial market creates systemic risk. The adoption of the new macro and micro prudential rules and procedures, establishment of the European Systemic Risk Board and the new stabilization funds as well as the adoption of the rules of the budget discipline and the coordination of the economic policies of the member states would contribute to the resolution of the systemic risk threats to the stability of the market.

Key words: *financial integration, European Union, systemic risk.*

др *Добросав* МИЛОВАНОВИЋ
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

ПРИНУДНИ ОТКУП АКЦИЈА И УГОВОР О ЗАЛОЗИ АКЦИЈА*

Резиме

Предмет истраживања овог рада су проблеми који се појављују у пракси у погледу реализације права на принудни откуп акција, у вези са акцијама чија је куповина „блокирана", јер оне представљају предмет обезбеђења одређеног потраживања на основу уговора о залози. Поред анализе одредаба закона и других прописа које уређују ова два института, настојимо да пронађемо решење у оквиру важећих правних норми, које би обезбедило заштиту интереса свих учесника у овом процесу и онемогућило злоупотребе признатих права, али и да утврдимо да ли постоји потреба за уношењем законских новина у овој области. При томе, имају се у виду циљеви ових института, оправдана очекивања свих учесника, временска димензија у којој настају и реализују се права и обавезе, као и настојања присутна код појединих лица да се искористи симуловани посао у циљу остваривања неоправданог обогаћења.

Кључне речи: *принудни откуп акција, уговор о залози акција, симуловани посао.*

---

* Овај рад је сачињен као део пројекта на Правном факултету Универзитета у Београду „Србија као правна држава". Истраживању које је претходило изради рада и заузетим ставовима немерљив допринос пружила је Лана Јанковић, саветник Комисије за хартије од вредности.

I Увод

Велика економска и финансијска криза довела је до преиспитивања бројних правних начела и института. Једно од кључних питања је степен у коме би односи на финансијском тржишту требало да буду уређени државним прописима, а у којој мери да буду препуштени законима тржишне конкуренције и принципу аутономије воље учесника на тржишту. Степен регулације је енормно повећан. Примера ради, тзв. Дод-Френков[1] закон који је у САД усвојен 2010. године имао је племенити циљ – да се спречи нова финансијска криза. Стратегија у основи овог закона била је рационална: унапредити транспарентност, онемогућити банке да преузимају претеране ризике, спречити финансијске малверзације и укинути принцип по коме су поједини учесници на тржишту „сувише велики да би пропали", додељивањем надлежности регулаторима да заплене и затворе нестабилне велике финансијске фирме. Међутим, Дод-Френков закон који обухвата 848 страница, знатно је сложенији и 23 пута обимнији од Глас-Стигеловог закона,[2] који је увео реформе након краха Вол стрита 1929. године. Још већи проблем је што свака друга страна овог закона захтева да је регулатор додатно разради, при чему се поједина појашњења налазе на стотинама страна. Само једна одредба, „Вокерово правило", које има за циљ да обузда ризично власничко трговање банака, обухвата 383 питања која су разложена у 1.420 потпитања.[3] Слични примери могу се пронаћи у свим земљама које су се суочиле са великом финансијском кризом, чији се крај још увек не може сагледати. Очигледно је да се решење налази у проналажењу динамичке равнотеже између принципа државне регулације и тржишта, при чему различите земље, питања и учесници на финансијском тржишту захтевају решења примерена конкретним околностима и потребама, уз постизање нето позитивних ефеката при њиховој реализацији, обезбеђење правне сигурности и стабилности финансијског тржишта.

Предмет истраживања овог рада су проблеми који се појављују у пракси у погледу реализације права на принудни откуп акција, у вези са акцијама чија је куповина „блокирана", јер оне представљају предмет обезбеђења одређеног потраживања на основу уговора о залози. Поред анализе одредаба закона и других прописа које уређују ова два

1 *The Dodd–Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* (*Pub. L.* 111-203, *H. R.* 4173).

2 *Glass-Steagall Act* се најчешће користи да означи *The Banking Act of 1933* (*Pub. L.* 73-66, 48 *Stat.* 162, *enacted June* 16, 1933).

3 Детаљније, „The Economist", February 18–24, 2012, стр. 8.

института, настојимо да пронађемо решење у оквиру важећих правних норми, које би обезбедило заштиту интереса свих учесника у овом процесу и онемогућило злоупотребе признатих права, али и да утврдимо да ли постоји потреба за уношењем законских новина у овој области. При томе, имају се у виду циљеви ових института, оправдана очекивања свих учесника, временска димензија у којој настају и реализују се права и обавезе, као и настојања присутна код појединих лица да се искористи симуловани посао у циљу остваривања неоправданог обогаћења.

II Принудни откуп акција

У оквиру осмог дела новог Закона о привредним друштвима[4] (у даљем тексту: ЗПД) најпре су одредбама члана 515 дефинисани *услови за принудни откуп*. На предлог акционара који има акције које представљају најмање 90% основног капитала друштва и који има најмање 90% гласова свих акционара који поседују обичне акције (откупилац),[5] скупштина доноси одлуку о принудном откупу свих акција преосталих акционара друштва уз исплату цене која се одређује сходном применом одредаба овог закона о исплати несагласних акционара. Статутом се може предвидети да принудни откуп није допуштен или се може прописати већи проценат учешћа откупиоца у основном капиталу друштва као услов за принудни откуп. Одлука о измени статута којом се мењају наведене одредбе статута доноси се трочетвртинском већином гласова присутних акционара, ако статутом није предвиђена већа већина.

III Утврђивање и исплата цене

Према одредбама члана 516 ЗПД у случају принудног откупа, цена акција утврђује се према вредности акција на дан који не претходи више од три месеца дану доношења одлуке о принудном откупу, не узимајући у обзир њено било какво очекивано повећање или смањење као последицу те одлуке.

Изузетно, ако као последица доношења одлуке о принудном откупу појединим акционарима престају посебне погодности на које су имали право, та чињеница се узима у обзир приликом утврђивања тржишне вредности акција.

4 Закон о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 36/2011 и 99/2011).

5 Акције које поседују лица повезана са откупиоцем сматрају се акцијама које има откупилац, под условом да су та лица повезана са откупиоцем у периоду од најмање годину дана пре доношења одлуке о принудном откупу.

Друштво је дужно да у складу са одредбом члана 475 ЗПД утврди цену акција које треба да буду предмет откупа у року од 30 дана од дана доношења одлуке о принудном откупу акција и да о томе обавести Централни регистар, у супротном одлука о принудном откупу престаје да важи. У вези са тим, наведеном одредбом прецизирано је да је то вредност акција која је једнака највишој од следећих вредности: књиговодственој, тржишној (утврђеној у складу са чланом 259 став 1 ЗПД)[6] и процењеној вредности акција (утврђеној у складу са чланом 51 ЗПД).[7]

Откупилац је у обавези да на посебан рачун код Централног регистра отворен за ту намену депонује средства за исплату цене акција најкасније у року од осам дана од дана обавештавања Централног регистра. Ако не испуни наведену обавезу у прописаном року, одлука о принудном откупу престаје да важи. Акционарима чије су акције предмет принудног откупа Централни регистар исплаћује цену из депонованих средстава у даљем року од три дана.

IV Изузетак у погледу цене акција у случају понуде за преузимање

Према одредбама члана 523 ЗПД, откупилац који је путем понуде за преузимање стекао акције које представљају најмање 90% основног капитала друштва и који има најмање 90% гласова свих акционара који поседују обичне акције, има право да у року од три месеца од дана истека понуде за преузимање спроведе принудни откуп акција по условима из понуде за преузимање,[8] ако је у складу са законом којим се уређује преузимање акционарских друштава:

6 Тржишна вредност акција јавног акционарског друштва утврђује се као пондерисана просечна цена остварена на регулисаном тржишту капитала, односно мултилатералној трговачкој платформи, у смислу закона којим се уређује тржиште капитала, у периоду од шест месеци који претходи дану доношења одлуке којом се утврђује тржишна вредност акција, под условом да је у том периоду остварени обим промета акцијама те класе на тржишту капитала представљао најмање 0,5% укупног броја издатих акција те класе, и да је најмање у три месеца тог периода остварени обим промета износио најмање 0,05% укупног броја издатих акција те класе на месечном нивоу.

7 Вредност неновчаног улога у друштво процењује овлашћени судски вештак, ревизор или друго стручно лице које је од стране надлежног државног органа Републике Србије овлашћено да врши процене вредности одређених ствари или права. Процену може вршити и привредно друштво које испуњава законом прописане услове да врши процене вредности ствари или права која су предмет процене. Процена вредности не може бити старија од годину дана од дана уноса неновчаног улога. Процена вредности региструје се и објављује у складу са законом о регистрацији.

8 Одредба става 5 члана 15 Европске директиве о понуди за преузимање (2004/25/ЕС) предвиђа да ће државе чланице обезбедити да услови из понуде за преузимање

1) искључиво путем добровољне понуде за преузимање упућене свим преосталим акционарима за све њихове акције стекао најмање 90% акција које су биле предмет те понуде;[9] или
2) ту понуду за преузимање спровео као обавезну.

По истеку наведеног рока, престаје да важи наведени изузетак, тако да се утврђивање цене акција код остваривања права на принудни откуп акција врши у складу са чл. 515 и 516 ЗПД.

V Седница скупштине и регистрација одлуке о принудном откупу

Према одредбама члана 517 ЗПД, одбор директора, односно надзорни одбор ако је управљање друштвом дводомно, дужан је да у оквиру материјала за седницу скупштине на којој се доноси одлука о принудном откупу акционарима достави:

1) обавештење о начину утврђивања цене акција које су предмет принудног откупа;
2) све утврђене вредности тих акција;
3) годишње финансијске извештаје и годишње извештаје о пословању, као и консолидоване годишње извештаје о пословању ако постоје, за три последње пословне године.

Обавештење мора да садржи и податак о праву акционара чије су акције предмет откупа на исплату утврђене цене, праву на побијање одлуке скупштине, као и о праву да тражи да надлежни суд испита примереност накнаде, и то независно од начина гласања о одлуци о принудном откупу.[10]

Коначно, према одредби члана 519 ЗПД одлука о принудном откупу региструје се у складу са законом о регистрацији, а доставља се Централном регистру у року од осам дана од дана доношења.

који се нуде за принудни откуп акција буду гарантовани, што значи минимални, а не идентични, како то предвиђа наш ЗПД или нпр. закон који уређује исту материју у Словенији.

9 У вези са тим, сматрамо оправданим приступ Комисије да ову одредбу не треба тумачити у смислу да се услов састоји у томе да је лице најмање свих 90% акција стекло путем добровољне понуде за преузмање, већ да након окончане добровољне понуде поседује више од 90% укупног броја акција (гласова), уз услов да је путем те понуде стекло најмање 90% акција које су биле предмет понуде.

10 Одредбом члана 518 предвиђено је да се приликом гласања о одлуци о принудном откупу не примењују одредбе овог закона о гласању акционара са преференцијалним акцијама у оквиру своје класе.

VI Побијање одлуке о принудном откупу

Изузетно, од одредаба ЗПД о побијању одлука скупштине, рок за подношење тужбе за побијање одлуке о принудном откупу је 30 дана од дана доношења те одлуке, при чему се ова одлука не може побијати због непримерености цене за акције које су предмет принудног откупа (члан 520).

VII Испитивање примерености цене од стране суда

Одредбама члана 521 ЗПД предвиђено је да сваки акционар друштва чије су акције предмет принудног откупа који сматра да цена коју је утврдило друштво није утврђена у складу са овим законом може у року од 30 дана од дана регистрације одлуке о принудном откупу тражити да надлежни суд у ванпарничном поступку утврди вредност тих акција у складу са овим законом.

Ако је поднет уредан захтев, надлежни суд ће о томе одмах обавестити Централни регистар ради обустављања исплате цене акционарима чије су акције предмет принудног откупа.

Надлежни суд одлуку којом се утврђује вредност акција које су предмет принудног откупа по правноснажности доставља Централном регистру.

Ако је вредност утврђена одлуком суда виша од цене коју је утврдило друштво, откупилац је у обавези да разлику са припадајућом законском затезном каматом обрачунатом од дана доношења одлуке о принудном откупу депонује на посебан рачун код Централног регистра у року од 30 дана од дана правноснажности одлуке суда. Ако откупилац пропусти да то учини, друштво постаје неограничено солидарно одговорно за исплату те разлике.

Захтев акционара чије су акције биле предмет откупа за исплату ове разлике застарева у року од три године од дана правноснажности одлуке суда.

VIII Залога на акцијама

Комисији за хартије од вредности достављен је 2009. године захтев за мишљење у вези са могућношћу успостављања залоге на портфељу хартија од вредности[11] (акција које би подносилац захтева куповао пре-

11 Мишљење Комисије за хартије од вредности, бр. 2/0–03–105/3–09 од 12.3.2009. године.

ко брокерско-дилерског друштва). Подносилац захтева је имао намеру да са банком закључи уговор о кредиту, те да предмет обезбеђења буду акције које поседује, или ће поседовати и којима тргује, или ће трговати на организованом тржишту. Према тома, његова намера била је да са банком закључи уговор о залози на портфељу акција којима тргује, којим би овластио банку да може у његово име и за његов рачун да потпише налог брокерско-дилерском друштву да изврши пренос акција са власничког на заложни рачун према стању на дан давања налога, с тим да би банка имала дискрециono овлашћење да оцени да ли ће и када ће користити право уписа залоге.

Према томе, у вези са предметом нашег рада поље разматрања које је покривено овим мишљењем сужено је са два аспекта. Најпре, овде се ради о уговору о залози који се односи на потраживање које проистиче искључиво из одређеног уговора о кредиту, а не и на друга потраживања (нпр. која проистичу из уговора о зајму или других уговора). Друго, овде је једини могући залогопримац банка (а не и друга правна или физичка лица). С друге стране, иако се у захтеву за мишљење као предмет обезбеђења наводе искључиво акције, а не и друге хартије од вредности, Комисија је мишљење дала за све хартије од вредности које би се нашле као предмет залоге. Такође, предмет залоге биле би акције које подносилац захтева поседује, или ће поседовати и којима тргује или ће трговати на организованом тржишту. Према томе, предмет залоге није ограничен искључиво на постојеће стање акција на рачуну овог лица, него се односи и на оне које ће оно стећи.[12]

Комисија је у свом мишљењу најпре указала да је право залоге регулисано одредбама Закона о облигационим односима[13] (у даљем тексту: ЗОО). Имајући у виду да је подносилац специфицирао захтев на обезбеђење потраживања насталих из уговора о кредиту, Комисија је истакла да је одредбама чланова 1069–1071 ЗОО уређен уговор о кредиту на основу залоге хартија од вредности. Чланом 1069 ЗОО прописано је да уговором о кредиту на основу залоге хартија од вредности банка одобрава кредит у одређеном износу уз обезбеђење залогом хартија

12 У наставку реченице се наводи и израз „којима тргује или ће трговати“, што може бити спорно јер реч трговина не би било спорна ако је реч о куповини, дакле стицању нових акција, али је спорна ако то лице продаје акције које су предмет залоге, јер се онда може поставити питање контрадикторности захтева. Наиме, тражи се да се оне блокирају, а с друге стране се тражи да се омогући њихова продаје, чиме се смањује круг акција које служе као средство обезбеђења, без навођења да би за то била неопходна претходна сагласност банке, односно да би остварена новчана средства требало да послуже за отплату (дела) кредита.

13 Закон о облигационим односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља).

од вредности које припадају кориснику кредита или трећем који на то пристане. Интересантно је напоменути да ова формулација говори о хартијама од вредности које (већ) припадају кориснику кредита или трећем који на то пристане, док је подносилац захтева указивао и на будуће хартије од вредности (акције). Према томе, мишљења смо да је Комисија требало да се изјасни и о томе које хартије би могле да буду предмет залоге: (само) оне које су већ у власништву залогодавца, што проистиче из ЗОО, или и оне које ће залогодавац стећи у будућности. Реч је о веома значајном питању, јер је предмет залоге битан елемент уговора о залози.[14] У прилог томе говори и одредба члана 1070. ЗОО којом су прописани облик и садржина овог уговора на тај начин да уговор о кредиту на основу залоге хартија од вредности мора бити закључен у писменој форми и садржати назначење хартија од вредности које се залажу, назив, односно фирму и седиште, односно пребивалиште имаоца хартија, износ и услове одобреног кредита, као и износ и вредност хартија која је узета у обзир за одобрење кредита. С друге стране, Закон о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар[15] усваја решење по коме се уписом у Регистар могу заложити ствари које ће залогодавац прибавити у будућности, с тим што, у том случају, заложно право настаје тек када залогодавац стекне право својине на предмету залоге.[16] Потоње решење, могло би се унети у закон који би уредио питања залоге хартија од вредности које се воде у Централном регистру, имајући у виду да се на њима може успоставити бездржавинска залога.

Комисија није навела да ЗОО одредбом члана 1071 регулише питање тренутка када банка може продати заложене хартије. У том смислу се наводи да ако корисник не врати *по доспелости* добијени кредит, банка може продати заложене хартије од вредности. Ово питање је посебно важно са аспекта предмета нашег рада.

Поред наведених одредаба ЗОО (1069–1071) у вези са питањима која се покрећу код залоге хартија од вредности, неопходно је имати у виду и опште одредбе ЗОО које се односе на залогу (966–973), као и одредбе истог закона које се односе на залогу ствари, јер се оне примењују на залогу хартија од вредности ако другачије није уређено.

14 Видети и Ненад С. Тешић, *Регистрована залога*, Правни факултет Универзитета у Београду и Службени гласник, Београд, 2007, стр. 64, као и Данило П. Бабић, *Заложно право на непокретним и покретним стварима и правима и евиденција залоге и тражбине*, Службени гласник, Београд, 2008, стр. 26.

15 Закон о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар (*Службени гласник РС*, бр. 57/2003, 61/2005 и 64/2006).

16 Н. С. Тешић, *нав. дело*, стр. 142, указује и на слична решења предвиђена Моделом закона о обезбеђењу потраживања Европске банке за обнову и развој у погледу ствари и права које још не припадају залогопримцу.

Наиме, посебну пажњу неопходно је посветити и уговорима о залози између физичких лица, јер се управо они у пракси често користе да се „блокира“ право принудног откупа, што је потребно разматрати и са аспекта односа аутономије воље, као и симулованих уговора.

У оквиру *општих одредаба о залози, ЗОО најпре дефинише појам залоге*. У вези са тим, одредбом члана 966 прописано је да се уговором о залози обавезује дужник или неко трећи (залогодавац) према повериоцу (залогопримцу) да му преда неку покретну ствар на којој постоји право својине да би се пре осталих поверилаца могао наплатити из њене вредности, ако му потраживање не буде исплаћено о доспелости, а поверилац се обавезује да примљену ствар чува и по престанку свог потраживања врати неоштећену залогодавцу. Овде би требало извршити извесно прилагођавање дефиниције, имајући у виду да су акције као предмет обезбеђења, за разлику од других покретних ствари у нашем праву дематеријализоване и да се централизовано воде на рачунима Централног регистра. Стога се уместо обавезе залогодавца да преда залогопримцу ствар, законодавац у, до недавно важећем, Закону о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената определио да се уместо преноса на рачун залогопримца, само изврши упис његовог права (овде залоге) на власничком рачуну залогодавца (власника акције).[17] С друге стране „чување“ акције практично представља обавезу Централног регистра.

Иначе, према одредби члана 969 ЗОО за закључење пуноважног уговора о залози потребно је да залогодавац има способност за располагање стварима које даје у залогу. С друге стране, са аспекта овог рада чињеница да касније може доћи до принудног откупа акција које су предмет залоге не представља сметњу за успостављање залоге.

Залога се може дати за будућу, као и за условну обавезу (члан 971 ЗОО), а такође залога којом је обезбеђено испуњење неке обавезе протеже се и на уговорне обавезе које би настале између залогопримца и залогодавца после закључења уговора о залози, а које би доспеле за исплату пре намирења обавезе за чије је обезбеђење залога дата (члан 972 ЗОО).

ЗОО предвиђа и забрањене одредбе (члан 973) – наиме, ништава је одредба уговора о залози да ће заложена ствар прећи у својину повериоца ако његово потраживање не буде намирено о доспелости, као и одредба да ће у том случају поверилац моћи по напред одређеној цени продати заложену ствар или је задржати за себе. Међутим, ако је у за-

17 О односу класичног права залоге (ручне залоге) и бездржавинске залоге видети Душко Медић, *Хипотека и остала средства обезбеђења потраживања – стање и правци развоја*, Бања Лука, 2005, стр. 269–272.

логу дата ствар чија је цена прописана, уговарачи се могу споразумети да ће поверилац моћи продати заложену ствар по прописаној цени или је по тој задржати за себе.

IX Залагање ствари

Имајући у виду одредбу члана 996 ЗОО, према којој се одредбе о давању у залогу ствари примењују и на залоге потраживања и других права, уколико за њих није прописано што друго, издвајамо оне одредбе које су од значаја за залогу акција.

Према одредби члана 974 ЗОО залогодавац је дужан предати залогопримцу или трећем лицу које су споразумно одредили ствар која је предмет уговора или исправу која даје имаоцу искључиво право располагања њоме. Код акција нема те предаје него је залогодавац само дужан да предузме радње да омогући упис права залоге на свом рачуну.

У оквиру обавеза залогопримца, ЗОО одредбом става 2 члана 975. Предвиђа да је залогопримац дужан вратити заложену ствар чим му дуг буде намирен. Међутим, због чињенице да заложене акције остају на власничком рачуну залогодавца, ову одредбу би требало тумачити као обавезу залогопримца да чим му дуг буде намирен да брисовну дозволу права залоге са рачуна залогодавца.

Из истих разлога одредбе ЗОО о употребљавању, предаји другоме или подзалози заложене ствари, као и о плодовима заложене ствари (чланови 976–977), не могу се применити.

Према одредби члана 979 ЗОО, кад се покаже да заложена ствар има неки материјални или правни недостатак, те не представља довољно обезбеђење наплате потраживања, заложни поверилац има право захтевати од залогодавца другу одговарајућу залогу. Иако се ова одредба може тумачити тако да обухвати само недостатке који су постојали у моменту закључења уговора, она би могла и шире да се тумачи, тако да обухвати и „потенцијалне правне недостатке", као што је могућност наступања принудног откупа. У том смислу, залогопримац би имао право наведено одредбом овог члана.

ЗОО одредбама члана 980 ЗОО предвиђа да ако повериочево потраживање не буде намирено о доспелости, поверилац може захтевати од суда одлуку да се ствар прода на јавној продаји, или по текућој цени, кад ствар има берзанску или тржишну цену.[18]

18 Ако би трошкови јавне продаје били несразмерно велики према вредности заложене ствари, суд може одлучити да поверилац прода ствар по цени утврђеној проценом стручњака, или да је, ако хоће задржи за себе по тој цени.

С друге стране, према одредбама члана 981 ЗОО ако дужник не намири о доспелости потраживање настало из уговора у привреди, поверилац није дужан обраћати се суду, него може приступити продаји заложене ствари на јавној продаји по истеку осам дана од упозорења учињеног дужнику као и залогодавцу, кад то није исто лице, да ће тако поступити. Поверилац је дужан обавестити благовремено оба лица о датуму и месту продаје. Ако заложене ствари имају тржишну или берзанску цену, поверилац их може продати по тој цени, по истеку осам дана од упозорења учињеног дужнику и залогодавцу да ће тако поступити.

Овде су од значаја и одредбе члана 106 Правила пословања Централног регистра.[19] У том смислу, ако законити ималац хартија од вредности чије су хартије од вредности пренете на заложни рачун не испуни обавезе о року утврђеном основним уговором на основу кога је настало право залоге или друго право на хартијама од вредности, поверилац има право да покрене поступак продаје заложених хартија од вредности у случају да је то утврђено основним уговором, а по истеку осам дана од дана упозорења учињеног дужнику или залогодавцу, када то није исто лице. Залогопримац може да покрене поступак продаје хартија од вредности и на основу правоснажне и извршне судске одлуке.

Поверилац је дужан да благовремено обавести оба лица (дужника и залогодавца, када то није исто лице) о датуму продаје заложених хартија од вредности и о начину те продаје, у складу са законом.

Салдирање продатих заложених хартија од вредности врши се по принципу истовремености испоруке и плаћања хартија, с тим што се новчана средства преносе на новчани рачун члана Централног регистра код кога је залогодавац отворио заложни рачун.

Поред тога, према одредбама члана 107 ових Правила, члан Централног регистра је дужан да новчана средства од продатих хартија од вредности одмах пренесе на новчани рачун повериоца. Уколико је продајом заложених хартија од вредности добијени новчани износ већи од износа дуга, члан Централног регистра је дужан да тај вишак одмах пренесе на новчани рачун дужника.

Када корисник кредита на основу залоге хартија од вредности, а по доспелости, не врати добијени кредит банци од које је добио кредит, та банка може своја потраживања намирити продајом заложених хартија од вредности које је ради обезбеђења заложио корисник кредита или треће лице, уколико је уговором о залози таква одредба уговорена.

19 Правила пословања Централног регистра, депоа и клиринга хартија од вредности (*Службени гласник РС*, бр. 113/2006, 24/2008, 38/2008 и 70/2008).

Од значаја за залогу акција је део одредбе става 1 члана 982 ЗОО према којој кад заложена ствар *губи вредност* те постоји опасност да постане недовољна за обезбеђење повериочевог потраживања, суд може на захтев залогопримца или залогодавца, а по саслушању друге стране, одлучити да се ствар прода на јавној продаји, или по берзанској или тржишној цени ако је има, и да се цена или довољан део цене положи код суда ради обезбеђења залогопримчевог потраживања. У случају принудног откупа, ова одредба би могла бити од значаја ако би се задржала постојећа норма Правила Централног регистра, према којој право залоге онемогућава спровођење принудног откупа. Међутим, ако се пође од обрнуте претпоставке, онда би она имала смисла у периоду пре принудног откупа, јер би у вези са спровођењем принудног откупа дошло до престанка заложног права које може престати а да не престану права из уговора нпр. на накнаду штете због раскида и сл.

Према одредби става 2 истог члана суд ће одбити захтев залогопримца, ако залогодавац понуди да залогопримцу преда уместо заложене ствари неку другу ствар исте вредности чије чување не захтева већи труд и бригу од чувања првобитно заложене ствари. Коначно одредба става 3 предвиђа да ће суд под истим условима, дозволити замену заложене ствари на захтев залогодавца и у случају кад залогопримац не тражи њену продају.

Према одредби члан 983 став 1 ЗОО на захтев залогодавца суд може дозволити да се заложена ствар прода одређеном лицу за одређену цену, ако нађе да је цена повољна и ако су тиме очувани оправдани интереси залогопримца. Одредба става 2 предвиђа да добијена цена, или довољан део цене, који ће суд одредити дозвољавајући продају, ступа на место заложене ствари и полаже се у суд за обезбеђење наплате повериочевог потраживања. Ове одредбе става 2 члана 982 и члана 983 могу се аналогно применити у вези са ситуацијом која настаје приликом принудног откупа, уз нешто другачији режим, који сматрамо да би требало успоставити нормама одговарајућег (посебног) закона. Наиме, ако се донесе одлука скупштине акционара о принудном откупу, акционарско друштво, односно корпоративни агент би требало да обавести залогопримца о тој чињеници, уз остављање одређеног рока (нпр. 15 или 30 дана) у коме би он могао да постигне договор са својим дужником, односно залогодавцем о замени предмета обезбеђења или о коришћењу новчаних средстава која ће се добити продајом заложене акције за исплату дуга пре рока његовог доспећа. Уколико такав споразум не би био постигнут, требало би предвидети да добијена цена, или довољан део цене, ступа на место заложене ствари и полаже се у Централни регистар (или суд) за обезбеђење наплате повериочевог потраживања.

Уместо одредбе члана 987 ЗОО, према којој је поверилац дужан вратити заложену ствар залогодавцу, кад престане потраживање чије је испуњење било обезбеђено залогом, због специфичног начина успостављања залоге на акцијама, поверилац не би враћао заложену акцију залогодавцу, већ би се „брисала" залога на акцијама за власничког рачуна залогодавца.

X Залагање потраживања

Одредбе члана 990 ЗОО, о давању у залогу потраживања из хартије од вредности, од усвајања законског решења на основу кога се акције (и друге стандардизоване хартије које се налазе у промету на финансијском тржишту) издају на име и налазе у дематеријализованој форми, не могу се применити, јер оне уређују питања давања у залогу потраживања из хартија од вредности које гласе на доносиоца, односно на име.

Такође, не могу се применити на евентуалну исплату дивиденди одредбе члана 992 ЗОО. Према њима, ако заложено потраживање даје право на (камате или) каква (друга) повремена потраживања, залогопримац је дужан да их наплати. Тако постигнути износи пребијају се са трошковима на чију накнаду залогопримац има право, затим са каматом која му се дугује и најзад са главницом. Разлог је што право на исплату дивиденде остаје код залогодавца, на чијем власничком рачуну остаје акција на коју је стављена залога.

XI Давање у залогу других права

Одредбама члана 995 ЗОО прописано је да се, осим потраживања, у залогу могу дати и друга права (став 1). Давање у залогу тих права врши се на начин предвиђен за њихово преношење на другога, ако за одређени случај није прописано што друго (став 2).

Комисија за хартије од вредности је у наведеном мишљењу указала да је одредбом члана 14 став 2. Закона о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар искључена примена одредби овог Закона на залогу хартија од вредности, за коју је установљен регистар према посебним прописима у који се уписују права трећих лица на хартијама од вредности, при чему је реч о Централном регистру хартија од вредности који је установљен пре једне деценије.

У односу на конституисање заложног права на хартијама од вредности, до недавно важећи Закон о тржишту хартија од вредности и дру-

гих финансијских инструмената[20] одредбом става 4 члана 19 предвиђао је да се права трећих лица на хартијама од вредности стичу и преносе уписом тих права и њихових корисника на рачун хартија од вредности законитих ималаца у Централном регистру. Такође, одредбом члана 192 овај закон је предвиђао да упис права трећих лица на хартијама од вредности, Централни регистар врши на основу налога за упис законитог имаоца, односно лица које он овласти или законског заступника.

У вези са овим одредбама, већ поменута Правила пословања Централног регистра, као подзаконски општи акт саморегулаторног тела, разрађивала су, питања уписа права трећих лица на хартијама од вредности и детаљније регулисала право залоге на хартијама од вредности. Ова Правила су још увек важећа, уз извесне измене које су извршене након давања наведеног мишљења Комисије.[21] Такође, управо је у току израда нових Правила којима би се извршило усклађивање са Законом о тржишту капитала.[22]

Иначе, према одредби става 2 члана 104 Правила пословања, право залоге на хартијама од вредности настаје уписом тог права на власничком рачуну ималаца тих хартија од вредности, тако што се хартије од вредности на којима је уписано заложно право воде на посебном подрачуну власничког рачуна хартија од вредности – заложни рачун. Такође, одредбом става 3 прописано је да правни основ за стицање права трећих лица на хартијама од вредности може бити уговор о залози као и други правни основ у складу са законом (правоснажна извршна исправа у поступку принудног извршења, судска одлука, уговор о цесији, ломбардни кредит итд). Коначно, одредбом става 7 наведеног члана прописано је да се уписом права трећих лица на хартијама од вредности блокира стање тих хартија од вредности на заложном рачуну и оне се могу преносити само у складу са законским прописима све док траје обавеза по основном уговору.

На основу одредаба ЗОО и Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената, а према одредбама Правила пословања, Комисија за хартије од вредности је у свом мишљењу закључила да би успостављена залога произвела правно дејство, право залоге мора бити уписано у Централни регистар, односно хартије од вредности које су под залогом се уписују на заложни рачун чиме се блокира стање тих хартија од вредности. На основу наведеног, Комисија указује

20 Закон о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената (*Службени гласник РС*, бр. 47/2006).

21 Правила пословања Централног регистра, депоа и клиринга хартија од вредности (*Службени гласник РС*, бр. 17/2009, 55/2010 и 102/2010).

22 Закон о тржишту капитала (*Службени гласник РС*, бр. 317/2011).

да није могуће трговати хартијама од вредности које су под залогом. Мишљења смо да наведене одредбе, нарочито постојећа формулација одредбе става 7 члана 104 Правила пословања не представља сметњу да се тумачи на начин да се у случају принудног откупа који је уређен Законом о привредним друштвима „пренос може вршити у складу са законским прописима", без блокаде која би проистицала из уговора о залози на акцијама.

Иначе, у вези са залогом на акцијама Закон о тржишту капитала прописује неколико одредаба. Тако у члану 216 међу осталим пословима које обавља Централни регистар Закон наводи упис права трећих лица на финансијским инструментима. У погледу правила пословања Централног регистра, одредба члана 221 предвиђа да се њима утврђују садржина налога за упис права трећих лица на финансијским инструментима. Коначно, према одредби става 4 члана 229 упис права трећих лица на финансијским инструментима, Централни регистар врши на основу налога за упис који даје члан Централног регистра у име законитог имаоца финансијских инструмената, лица које он овласти, законског заступника, као и на основу судске одлуке. Очигледно је да се Закон о тржишту капитала, као и претходно важећи закон у овој области, не бави успостављањем, садржином и престанком права трећих лица (нпр. залоге на акцијама), већ искључиво техником уписа ових права. Ово је нарочито интересантно, када се има у виду да Закон о тржишту капитала одредбом члана 58 у вези са обавезом обавештавања о значајном учешћу права гласа, као један од начина стицања, отуђења, располагања или остваривања права гласа предвидео и случај права гласа које је пренето као средство обезбеђења физичком или правном лицу, када то лице контролише то право гласа и искаже своју намеру остваривања тих права и уколико је такав посао у складу са законом. Наиме, не сматрамо прихватљивим приступ законодавца да уређује (и то прилично нејасно) релативно софистицирану новину, а да претходно (посебним) законом нису уређени веома сложени односи који се успостављају по основу саме залоге на акцијама, односно да генерално нису правно нормиране специфичности које постоје у погледу права трећих лица на хартијама од вредности у односу на друге ствари, права или потраживања.

XII Закључна разматрања

1. У вези са покренутим проблемом поставља се више дилема. Прво да ли успостављањем залоге два лица закључују симуловани посао у циљу спречавања принудног откупа, односно, прецизније речено настојања да лице које је стекло право на принудни откуп доведу у

ситуацију да мора да прихвати „непристојну“ понуду и плати заложене акције по знатно већој цени у односу на тржишну цену, ако жели да искористи своје право.[23]

Ако је реч о симулованом послу, као и у другим ситуацијама које спадају у ту категорију, његово закључење не би смело да представља препреку за принудни откуп. Чињенице које би у вези са тим требало имати у виду су тренутак закључења уговора о залози акција, односно прецизније моменат уписа права залоге у Централном регистру у поређењу са тренутком када је одређено лице испунило предуслов за стицање права на принудни откуп акција (пре него у односу на тренутак доношења одлуке на скупштини којом се то право и формално утврђује, јер се већ тада зна да би закључење уговора о залози могло да блокира потпуну реализацију његовог права), услови под којима је закључен уговор о залози и рока доспелости потраживања. Ипак, независно од ових елемената стоји чињеница да није лако доказати постојање симулованог посла.

2. Ако није реч о симулованом уговору о залози, према томе ако су уговорне стране савесне, поставља се питање да ли би право на принудни откуп које је настало након закључења уговора о залози, односно уписа залоге на акцијама могло да има приоритет, на основу чега би се омогућило лицу које жели да откупи акције да то и учини, без обзира да ли су оне предмет залоге. У вези са тим, морају се сагледати интереси свих учесника у овим правним односима.

Ту је релевантно више фактора. Најпре, ако је уговор о залози закључен, односно прецизније, упис права залоге на акцијама извршен у

23 Слично питање, у нешто другачијем контексту које је подразумевало настојање да се злоупотреби нечињење, постојало је у погледу уписа акција оних лица која су у поступку приватизације откупљивала акције на рате. Наиме, акционарска друштва у којима су постојале овакве акције, након њиховог откупа нису подносила захтеве за упис ових акција надлежном министарству, са циљем да избегну могућност да постану предмет понуде за преузимање. Наиме, ова друштва су наводила да би одобравањем понуде за преузимање, Комисија оштетила лица чије акције нису биле уписане, јер она не би могла да прихвате понуду за преузимање. Ово је у тој мери био апсурдан аргумент имајући у виду да су управо одговорна лица акционарских друштава и била дужна да те захтеве за упис у приватизациони регистар и поднесу. С друге стране, одлука о упису и сам упис надлежно министарство је вршило у року од 24 часа од тренутка подношења захтева. Комисија није располагала средствима којима би приморала приватизована акционарска друштва да поднесу наведени захтев за упис акција. Из тих разлога, како би заштитила подносиоце понуде за преузимање, али и лица чије акције нису биле уписане Комисија је донела одлуку да тим акционарским друштвима упути обавештење да одлаже одлуку о одобравању понуде за преузимање за два радна дана, како би ова друштва могла да поднесу захтев надлежном министарству. Такође, она су обавештена да ће након тога понуда бити одобрена, а да ће управо одговорна лица бити дужна да накнаде сву штету коју би лица чије акције нису уписане претрпела због чињенице да нису могла да прихвате одборену понуду за преузимање и да продају своје акције.

Централном регистру, пре увођења института принудног откупа акција у наш правни систем, онда би се могло поставити питање заштите уговорних страна с обзиром на принцип правне сигурности. Ако је упис права залоге на акцијама извршен касније, онда се поставља питање да ли норме које уређују поступак принудног откупа представљају императивне норме, чија примена се не може онемогућити раније успостављеним уговорним односима. У прилог овом схватању стајала би и чињеница да је залогопримац акција коју узима као предмет обезбеђења морао да има у виду да те акције могу постати предмет принудног откупа. Такође, овде се мора имати у виду и сврха уговора о залози, где акције служе искључиво као предмет обезбеђења и да се након доспећа потраживања не би ни вратиле залогодавцу, јер би се активирало право на принудни откуп, без обзира да ли је потраживање измирено. Коначно, поставља се и питање цене по којој би се акције продале, што је од значаја за све учеснике ових правних односа. Најпре, залогопримац је у моменту закључења уговора о залози свестан да су цене акција подложне променама на тржишту. Поред тога, отпочињање поступка принудног откупа по правилу доводи до пада цене, па би она која се гарантује лицима од којих се врши принудни откуп требало да буде већа од касније цене. У том смислу, није потребно додатно штитити залогопримца, односно залогодавца, јер управо реализацијом принудног откупа, они добијају највећу могућу цену. На крају, поставља се питање заштите аутономије воље у оквиру међусобних односа залогодавца и залогопримца, са аспекта наступања нове околности и могућности постизања споразума о међусобним правима и обавезама.

Имајући у виду наведене околности, могуће је на следећи начин решити овај проблем. Ако се донесе одлука скупштине акционара о принудном откупу, акционарско друштво, односно корпоративни агент би требало да обавести залогопримца о тој чињеници, уз остављање одређеног рока (нпр. 15 или 30 дана) у коме би он могао да постигне договор са својим дужником, односно залогодавцем о замени предмета обезбеђења или о коришћењу новчаних средстава која ће се добити продајом заложене акције за (делимичну) исплату дуга пре рока његовог доспећа. Уколико такав споразум не би био постигнут, требало би предвидети да добијена цена, или довољан део цене, ступа на место заложене ствари и полаже се у Централни регистар (односно суд)[24] за обезбеђење наплате повериочевог потраживања.

---

24 Поред Централног регистра, односно суда, на основу одредбе тачке 2 става 1, члана 4 Закона о јавном бележништву (*Службени гласник РС*, бр. 31/2011), новац би се могао положити и код јавног бележника јер је он, поред осталога, овлашћен да преузима на чување исправе, *новац*, хартије од вредности и друге предмете.

***Dobrosav* MILOVANOVIĆ, PhD**
Assistant Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

COMPULSORY PURCHASE OF SHARES AND SHARE PLEDGE CONTRACT

Summary

The subject of this paper are the problems that arise in practice in terms of realization of the right of compulsory purchase of shares in connection with shares whose purchase is "blocked" because they represent a means of securing a claim under a contract of pledge. In addition to the analysis of the laws and regulations governing these two institutes the author is trying to find a solution within the existing legal norms, which would ensure protection of the interests of all stakeholders in this process, and preventing abuse of the rights recognized, but also to determine whether there is a need for new legislation in this area. In doing so, he has in mind the objectives of these institutions, justified expectations of all participants, the time dimension in which the rights and obligations arise and implement, and the present efforts of certain individuals to make use of simulated legal transaction in order to achieve an unjustified enrichment.

Key words: *compulsory purchase of shares, share pledge contract, simulated legal transaction.*

др *Бранко* Ж. ЉУТИЋ
овлашћени ревизор и редовни професор финансија

СТЕЧАЈ ПРИВАТНИХ ПЕНЗИЈСКИХ ФОНДОВА У СРБИЈИ И РЕГУЛАТОРНА ОДГОВОРНОСТ НАРОДНЕ БАНКЕ

„Само су Бог и истина вечни (мада ни то није сасвим извесно), све што направи човек, трошно је, склоно паду и нестанку.“

Аутор

Резиме

Овај рад процењује у којој је мери конзистентна и ефикасна правна регулатива основ формирања и развоја шема добровољних пензијских фондова у Србији. Правна традиција Србије друге половине 20. века није била усмерена на заштиту интереса приватних инвеститора, тако да је преоријентација и усклађивање са новим тржишним околностима, потребама и институцијама као што су пензијски фондови веома сложена. Потребе јачања социјалне сигурности запослених у домену приватних пензија треба ускладити са капацитетом правног система који ће омогућити бржи финансијски развој. То је могуће постићи кроз побољшавање регулативе и супервизије Народне банке Србије у области приватних пензијских фондова, посебно у сфери превенције стечаја и поука које пружа текућа банкарска и економска криза у земљи и свету.

Кључне речи: *приватни пензијски фондови, стечај, регулаторна одговорност, Народна банка Србије, Србија.*

I Увод

Овај рад је уско усмерен да укаже на потенцијалне последице стечаја добровољних пензијских фондова и шема у Србији (ДПФ), посебно шта ће то значити за учеснике у овим шемама, за саме фондове и регулаторна тела, при чему апострофирамо Народну банку Србије (НБС), друге регулаторне институције, економску и јавну политику и јавност уопште. Циљ је да сви размислимо унапред о томе да све што човек направи, човек растури и може да пропадне. Вреди напоменути да што је више новца у игри, игра увек постаје све бескрупулознија, тако да хтели то ми или не пракса увек формира нова правила, што још више важи за лоше или неадекватне законе. У теоријској физици постоје „*Perpetuum mobile*" прве и друге врсте, али у привреди тако нешто још не и никада неће. Реално је очекивати, а конзервативизам нас још боље учи, да ће ДПФ имати значајне тешкоће у привреди попут Српске која је ушла у транзицији, а није је успешно привела крају. Иоле одговоран социјални мислилац себи никако не би могао дати за право да процењује успех тог процеса и унапред тврди да ће све успети, јер неће. Сама транзиција, приватизација, креирање демократског друштва и јавних и економских институција и инфраструктуре је процес који практично није ни започет ни на речима, а до праксе је пут исувише дуг.

Наведени процес је основ ефикасног формирања, операција и развоја ДПФ у Србији. Здрава национална економија, ефикасне финансијске институције и регулатива, засновано на владавини права су основ успешних добровољних пензионих фондова. Ипак, што би рекао Алфред Адлер: „Увек је лакше залагати се за нечије принципе него живети по њима." Доктринарни стандардни став науке је да апстрактно посматрано а и у пракси ДПФ могу да функционишу само у привреди и правном систему где се живи по здравим принципима, али свакако не и у окружењу (ис)празне реторике. Наша даља излагања и залагања имају основни циљ да размотре само неке од одабраних потенцијалних опасности стечаја ДПФ, повишену регулаторну односно командну одговорност НБС (ако су знали одговорни ће бити по тој основи, ако нису, одговорни због чега нису). Наглашавамо, да ово регулаторно тело у случају стечаја ДПФ неће моћи да дефинише своју линију одбране у правцу – Урадили смо све што смо знали, али стечај јесте тржишни ризик, када се са тим почело ми нисмо водили ову институцију. Да, стечај јесте тржишни ризик, али ако јесте тако као што јесте, потребно је да сви постанемо свесни да је то веома велики ризик који има своје правне, економске, финансијске, пословне и друштвене консеквенце. Рад се управо залаже за превентивни приступ, регулаторни приступ и јачање

свести свих учесника у овој игри да је стечај могућ и да са собом доноси веома озбиљне и иреверзибилне консеквенце. Стечајеве ДПФ могуће је и обавеза је спречити адекватном, пре свега регулативом базираном на кратким и чврстим законима који су довољно флексибилни да буду ефикасно применљиви у пракси, а не на правилницима, упутствима и мишљењима и свим осталим реченим и недореченим, случајно или намерно.

II Шта ће се десити са добровољним пензијским фондовима у Србији када оду у стечај?

Или – Искуство је оно што стичемо када нешто радимо па ништа не зарадимо, вајкајући се да ће нам користити у будућности.

Шта ће се десити са ДПФ у Србији када и ако оду у стечај? Ништа посебно и ништа ново и ништа значајно, још мање изненађујуће за скептике. Биће велика штета за оне које су уплаћивали и остану без пензија, док ће се лидери регулаторних тела сутрашњице бранити да су ето за то криви они пре њих, а да су ето они било то се не би ни десило. Свакако да је одговорност водећих личности попут оних који воде и водиће НБС, Министарство финансија неодвојива од одговорности самих институција које воде, а за институције у погледу одговорности као и личне указивање на дисконтинуитет, промене, и једноставно трагање за кривцима којих више нема у игри све осим преузимања потпуне командне одговорности. Могуће је да ће чак бити и влада које ће извести пред стуб срама и оштре законске одговорности све у овој игри од почетка до краја, без обзира да ли су знали или не, односно шта су знали или не. Какав ће бити однос политичких снага, тип политичког и државног система у будућности не да је тешко одговорити него је на нивоу незасноване шпекулације. Наша жеља је да будуће демократске владе у Србији доприносе правној стабилности, регулаторној јавној одговорности пред грађанима и пензионерима посебно, јер је то једини начин да се успостави као један од четири основна ослонца формирања приватних добровољних пензионих фондова – а то је правна држава ослоњена на концепт владавине права.

Нико се није повукао корак уназад и покушао да обухватно сагледа шта је то што се дешава на линији потенцијални учесници и заинтересовани за шеме добровољних пензијских фондова: ДПФ, НБС као регулатор ових фондова (регулатор), друга регулаторна тела и институције (пре свега Скупштина републике Србије, Министарство финансија, Влада републике Србије и други.

Основ регулисања шема добровољног пензијског и инвалидског осигурања је постављен кроз сам Закон о пензијском и инвалидском осигурању.[1] Овим законом се у суштини регулисање преноси у посебни закон, слично као када сте на Интернету и прелазите на нови адресу па вас информишу да не сносе више одговорност. У оквиру Закона о добровољним пензионим фондовима и пензионим плановима регулише се да имовина добровољног пензионог фонда не може бити предмет принудне наплате, залоге, хипотеке, не може се укључити у ликвидациону или стечајну масу друштва за управљање, кастоди банке или других лица, нити користити за измиривање обавеза члана добровољног пензијског фонда и других лица према трећим.[2] Престанак друштва за управљање је регулисан кроз механизам одузимања дозволе за рад друштву за управљање, када се покреће поступак ликвидације или стечаја тог друштва, уз примени одредби члана закона којим се уређује ликвидација и стечај привредних друштва, при чему Народна банка Србије (НБС) ближе прописује поступак престанка друштва.[3] Такође, у случају одузимања дозволе за рад друштва за управљање, то друштво престаје да управља добровољним пензионим фондом, а кастоди банка је дужна да обавља само неодложне послове у вези са тим управљањем, односно послове чијим би необављањем наступила штета за овај фонд.[4]

У случају стечајног поступка над кастоди банком друштво за управљање је дужно да одмах раскине уговор и одмах обавести НБС о закљученом уговору са другом кастоди банком.[5] Може се предвидети да ће главна линија потенцијалне манипулације оштећених учесника у шемама ДПФ у случају стечаја ићи кроз следећу линију аргументовања:

- ето, постоје значајне недоречености, пропусти и неусклађености регулативе у области обавезног и добровољног пензионог зако-

1 Закон о пензијском осигурању и инвалидском осигурању (*Службени гласник РС*, бр. 34/2003, 64/2004 – Одлука УСРС, 84/2004 – др. закон, 85, 2005, 101/2005 – др. закон, 64/2006 – одлука УСРС, 5/2009, 107/2009 и 101/2010; даље у фуснотама: ЗОПО), чл. 1, 4, 16 и 248, доступан на адреси: *http://www.minrzs.gov.rs/cms/sr/component/docman/doc_download/67*, 11.4.2012.

2 Закон о добровољним пензијским фондовима и пензијским плановима (*Службени гласник РС*, бр. 85/2005 и 31/2011; даље у фуснотама: ЗОДПФИПП), чл. 29, доступан на адреси: *http://www.paragraf.rs/propisi/zakon_o_dobrovoljnim_penzijskim_fondovima_i_penzijskim_planovima.html*, 11.4.2012.

3 Закон о стечају (*Службени гласник РС*, бр. 104/09), доступан на адреси: *http://www.aod.rs/pdf/Zakon-o-stecaju.pdf*, 12.4.2012, као и Закон о стечајном поступку (*Службени гласник РС*, бр. 84/04 и 85/05), доступан на адреси: *http://www.aod.rs/pdf/Zakon-o-stecajnom-postupku.pdf*, 12.4.2012.

4 ЗОДПФИПП, чл. 53.

5 ЗОДПФИПП, чл. 66.

нодавства (одговоран је претходни законодавац јер је био неук и ко зна какве је имао намере),

- кроз аспекте накнадног дефинисања регулаторне одговорности у улоге НБС,
- регулативу у области берзанског и банкарског права која ће тада бити значајна препрека јер је веома комплексна за чак и за такве значајне судске процесе и јавне истраге,
- регулативу посебно у сфери финансијског извештавања и ревизије (која и на глобалном нивоу нема прави одговора на овакав тип проблема),
- регулативу у области стечаја, пошто ће то бити први такав стечај у пракси ће се примењивати крива учења где ће судије, адвокати, регулатори и законодавци имати прилике да се уче како то да реше у пракси (овде би се могло применити правило да је теорија зелена, а живот монотоно сив).

Стога се са великом извесношћу може предвидети да ће то бити процеси који ће имати свој почетак, могуће и дуго чекање на крај, али реално неће ништа или ће врло мало значити за заштиту интереса грађана који су уплаћивали, јер систем није целовито и заокружено регулисан. У периоду покретања стечаја ДПФ ће у првој фази сви као бити затечени, јер ето то је као за све њих и нас изненађење. Након тога ћемо указивати на недореченост и неадекватност националне регулативе посебно у делу одсуства потпуне хармонизације са *acquis communautaire* Европске уније (ЕУ) да би се на крају спознало да ето ни регулаторна тела ни судови немају искуства па се сви уче, па када науче биће и решено. У међувремену ће у некој не баш сасвим одређеној будућности (боље пре него касније) многима ако не и свима бити јасно да чак иако почне да функционише систем права сама вредност јединица пензионих фондова неће бити нешто што ће покрити учеснике у шемама и реалну вредност њихових уплата, тако да ће све бити по закону али пара нигде бити неће. Чија је одговорност, ако због тржишних ризика, уз релативно добар али не претерано одговоран менаџмент дође до стечаја пензијских фондова? Једноставно, када грађанин/ка инвестира у ове шеме исто је као и да лично учествује на берзи, информисан/а је добро, или релативно добро а одговорност је властита и нема са ким да се дели. Београдска берза ја на почетку двехиљадитих имала рекламни слоган – *Размислите пре него што инвестирате*, док би се овде могао применити можда слоган – *Инвестирајте сада – имаћете довољно времена да размишљате и бринете касније*. Ако су шеме ДПФ са тако малим ризиком да га и нема због чега држава не гарантује макар минималну реалну вредност изнад стопе инфлације? Држава Србија је гарантовала девизну штедњу па смо

научили нешто ново а то је концепт *„старе девизне штедње“*. Све што се деси у прошлости је старо и не ваља, а све што сада радимо и з будуће сутра ће постати не само одлично него супер. Ако је тако стварно нема ни потребе да бринемо, па нам не треба ни право ни регулатива а ни регулаторна тела.

III Када се клатно стечаја приватних пензионих фондова зањише зањихаће се брзо: Зашто не звоне звона и не пиште пиштаљке?

Овај рад је управо настао као блага и веома далека рефлексија на рад професора Дагласа Брансона са Правног факултета у Питсбургу, САД, у коме је темељно преиспитао догме и стереотипе у сфери корпоративног управљања после стечаја Енрона и Врлдкома.[6] За разлику од примене законодавне регулативе у сфери корпоративног управљања у САД где је више у суштини мање, у сфери регулисања приватних пензијских фондова у Србији се осећа да је исувише мало регулативе што није довољно. Ревизорско правило указује – *више је непотребно а мање недовољно*, тако да треба одредити праву меру у пружању услуга ревизије. Слично важи и овде, да је регулатива релативно скучена, уска, плитка, неразрађена и самим тим неће бити адекватна да спречи негативне последице потенцијалних стечајева штедних шема приватних пензионих фондова. На сајтовима, проспектима, маркетингу и пропаганди ДПФ се заклињу у НБС приписујући јој наднаравна и натприродна својства, што је далеко од реалног. Чак и Европска централна банка показала своју потпуну немоћ са доласком кризе евра, банака, берзи и државних буџета која је почела практично 2008. Контрола односно супервизија НБС ће бити корисна само ако не дође до првог стечаја неког од приватних пензионих фондова у Србија. После тога ће се отворити питање регулаторне одговорности ове институције и њених лидера, јер ће јавно мнење с правом тражити одговорне и приношење жртава.

6 Douglas M. Branson, „Too Many Bells? Too Many Whistles? Corporate Governance in the Post Enron, Post Worldcom Era“, *South Carolina Law Review*, Vol. 58/2006, стр. 1, доступно на адреси: *http://ssrn.com/abstract=887176*, 11.4.2012. Брансон у овом раду покушава да укаже шта учени људи, академска заједница, рачунарске компаније, добављачи сервисних услуга и коментатори указују у домену реформе корпоративног управљања. Набројао је ноћне море у законодавству које регулише ову област и указао на превисоке трошкове његове имплементације. Сматра да где је исувише много бабица односно регулатора, законодаваца и коментатора никада не може да се извуче поука оне мудрости којој су нас училе мајке да више не мора нужно бити и боље, већ поручује да је у регулативи увек мање више, а више је мање.

Сврха овог рада је вишеструка. Прво, покушава да укаже да ДПФ у Србији могу отићи у стечај и да ће одлазити. Друго, да ће регулатива ДПФ бити све скупља и комплекснија. Треће, да ће бити потребне значајне регулаторне реформе у овој области које ће обухватно и целовито бити одговор на сву комплексност операција ових фондова. Четврто, да је овај чланак једноставно залагање и сугерирање начина како је могуће превентивно ефективно зауставити клатно потенцијалне нестабилности у делу пословања ДПФ које могу водити ка стечају.

Регулаторни модел за ДПФ подразумева реинтеграцију регулативе НБС, берзанске регулативе и опште правне, као једини начин одговорног реаговања државе Србије на развој пословања ових финансијских институција са усмерењем на заштиту интереса грађана као приватних учесника у овим шемама, јер је основни концепт грађанског права управо заштита приватне својине. Ако нема пословања право нема шта да регулише, ако има трансакција са перспективом експанзије право треба да се припреми кроз развој да одговори на потребе у будућности. Социјални дарвинизам учи да ће преживети само најспремнији, тако и привредно право постаје права модерна индустрија услуга, где тимови јефтине радне снаге замењују појединачне светле мозгове корпоративних адвоката, тако да рапидно опада цена ове врсте услуга. О овим питањима још нема анализа и чланака, као и трактата и монографија мада је последњи тренутак за докторску тезу будућности у области стечаја ДПФ. Овај чланак је само покушај да се загребе по теми, да покаже да се у животу увек дешава оно што мислимо да се неће никако или не може десити, а знамо да може и то може и те како. Регулатори у НБС могу замерити овој линији резоновања да су ето толико добри, паметни и промишљени, Стога наша анализа и линија резоновања има мањкавости јер нисмо видели на пример или нашли неко упутство или правилник (јесте нисмо успели да лоцирамо правилнике и упутстава која предвиђа закон а можда и нису донети). Мада на другој страни и то може бити већ *„проверен стилски манир“* или што би рекао боксерски шампион из Пуле Мате Парлов *„мој већ окушани стил“*, но таква артиљерија не може спречити аргументовану дискусију. Регулаторна тела наоружана „регулаторном препотентношћу“ типа „па забога ми смо власт“ имају не благу већ веома изражену склоност и способност да каналишу, контролишу и регулишу расправу, која је најчешће „квази јавна“. Најчешће се организује са циљем да покаже да је „царево ново одело најлепше на свету“, што је увек делимично тачно бар на почетку а сасвим нетачно на крају. Стога овај рад има више него скроман циљ да укаже шта се дешава на крају и како је можда могуће то на волшебан начин спречити, ако је уопште могуће.

IV Ко је и зашта коме одговоран – или ко се крије иза мамине сукње?

Закон о пензијском и инвалидском осигурању упућује да ће та област бити регулисана посебним законом, тај посебни закон стално указује да је ту присутна НБС па се малтене стиче утисак да је све апсолутно сигурно, сами ДПФ упућују на НБС и њен сајт. Након тога НБС објашњава потенцијалним купцима ових шема јер су то у суштини купци, пошто купују нешто у шта верују да ће бити сигурно и веће од данашњег нешто, те да малтене и нема ризика. НБС уз то упућује и позива грађане да уђу у ДПФ. Једноставно речено ова аргументација ке климава, и све то некако иде у круг. Да није тако могло би се помислити и да је грешка, али је само питање да ли је грешка типа – *Боже опрости им не знају шта чине*, или можда и није, неко има и умишљаја са непромишљеном неодговорношћу. НБС треба да чува здрав новац и стабилност банкарског система. Влада са Министарством финансија, Скупштином и Председником Србије треба да чувају стабилност финансијског система, а сви заједно економског. Када се помеша шта је чија надлежност и овлашћење обично се на завршава добро у неком будућем тренутку. У драми са лошом поделом улога, слабом режијом и глумцима гледаоци излазе на самом почетку и то је крај незапочете представе. Када представа које се зове стечај приватног добровољног пензијског фонда почне у Србији тада ће почети позоришна представа, али неће личити на стечај такозване четири велике банке, за који се ни данас не зна тачно шта је и да ли је и због чега је. Но то треба оставити по страни, јер није циљ овог трактата, мада су аналогије могуће, што ће будући развој догађаја потврдити или оповргнути.

Аргументација НБС је да је ЗОДПФС донет због неодрживости постојећег државног пензијског система. Очигледно је да се НБС бави ПР и маркетинг промотивном кампањом која усмерава потенцијалне чланове, мада би се пре могли назвати купци шема доборовољног пензијског осигурања у Србији, можда би им тада степен заштите био виши, а и сигурно би. НБС износи разлоге зашто је донет закон. Питамо се, да ли треба ускоро да на свим сајтовима на Интернету читамо образложење доношења сваког закона јер је то помодно и добро? Потом се указује на предности чланства у фонду али не и на потенцијалне недостатке, што би правило промишљености са дужном пажњом било нешто на шта је НБС обавезна јер би морала или би требала бити најпромишљенија и најсмотренија финансијска регулаторна институција. Указују како су организовани фондови, како изабрати фонд, како се учланити и уплаћивати и тако даље. Само се на једном ме-

сту веома кратко разматрају ризици штедње у ДПФ. Одговара се сажето и лаконски – *да чланови фонда сносе ризик улаїања*. Било би добро да се на самом почетку сваког проспекта овог типа, сајтовима, ПР и маркетинг кампањама јасно и недвосмислено и гласно упозоре чланови да је таква штедња односно тип инвестирања властити индивидуални ризик, те да НБС не гарантује ништа осим да ће учинити оно што ће чинити, а шта ће чинити то ће тек будућност да одговори, данас рећи шта ће бити сутра није умесно још мање опортуно.

Табела 1 – Упоредни преглед аргументације у прилог доношења ЗОДПФС

Аргумент НБС/Владе/ Законодавца[7]	**Контра аргумент здравог разума**
Неодрживост постојећег државног пензијског система	Ни у једној студији није доказана ова теза, јер је дефинисање „одрживости“ проблематично. Да ли то значи да НБС зна да ће државни пензијски систем отићи у стечај и како ће нас заштити од тог ризика?
Старење становништва	Не старе становници само у Србији. Старе и у ЕУ и у земљама ОЕЦД. То се решава и на друге ефикасне начине кроз државне добровољне шеме пензијског осигурања, у којима је држава гарант
Могућност остварења додатног прихода у старости	Додатни приходи се могу остварити на друге боље и мање ризичне начине: – Директне берзанске инвестиције – Инвестициони фондови – Програмска девизна штедња за коју је гарант држава
Корак у развоју тржишта капитала	– Ако тржиште капитала није већ развијено односно скоро да не постоји као у Србији, тада је то ризик чак и за покретање ових шема неприхватљив

7 Официјелни став НБС, доступно на адреси: *http://www.penzijskifond.rs/active/sr-latin/home/fond_index/pitanja_i_odgovori_index.html*, 14.4.2012.

	– Ако Влада односно НБС жели да развија тржишта капитала има друге ефикасније начине, због чега би од капитала ДПФ односно штедње грађана овог типа грађана развијала берзу?

У одговору на питање које НБС поставља самој себи и себи одговара а намењено је грађанима са циљем да инвестирају у ове шеме постављено је питање типа – *Ко се брине да све функционише како треба?* Одговор је, вредан цитирања јер би свако парафразирање одузело толико потребну дозу аутентичног сведочења:[8]

„Као што је већ поменуто, Народна банка Србије је одговорна за праћење, регулисање и надзор делатности добровољних пензијских фондова. Она ће надгледати друштва за управљање, чиме се подстиче већа сигурност имовине фонда и реално, то јест тржишно вредновање имовине фонда, а такође се спречава и могућа злоупотреба".

Бити одговоран за праћење, регулисање и надзор значи да су НБС само поверена та овлашћења, далеко је то од тога да ће то бити и тип одговорности за пропусте у претходном. Да ли то значи да би учесник у шеми чији ДПФ оде у стечај према претходном могао да тужи и на суду добије спор са НБС, односно шта би која страна требала у том спору и коме да докаже? Све је више питања на које одговора авај и нема. А термин „....*чиме се подстиче већа сигурност*" касније пред судом може бити правдан од стране НБС да је пре наведене активности сигурност била мања, али виша сигурност не значи елиминисање ризика банкротства, што треба јасно и недвосмислено изрећи. А тек да не коментаришемо да ће и у којој мери НБС бити у позицији да спречава и могуће злоупотребе и проневере у таквим фондовима. Сам концепт

8 *Ibid*. У извештају Агенције Бета емитује се порука: Држава саветује: *Уплаћујте приватне пензије: У Србији за последњих пет година за приватне пензије уплаћено око 100 милиона евра, а 60.000 људи месечно уплаћује приватне пензије*. То је иначе она иста држава, прецизније Влада која није у стању да елиминише дефицит државног буџета, инфлацију и стабилизује девизни курс. Ко није у стању да испуни своју законску и јавну политичку одговорност могло би се сматрати да нема кредибилитет да саветује друге. Мада има и она друга ограда – да паметног нема потребе саветовати, а оног другог нема сврхе, доступно на адреси: *http://www.kurir-info.rs/komentari/drzava-ne-moze-da-zbrine-sve-resenje-su-privatne-penzije-clanak-155678*, 27.3.2012. Вредности инвестиционих јединица ДПФ су значајно испод стопе инфлације, тако да реална нето вредност свих таквих фондова опада, то јест реално је све нижа, доступно на адреси: *http://www.ekapija.com/website/sr/invest.php?view=4*, 15.4.2012. Надзор је препуштен НБС, при чему нема могућности заштите јавног интереса кроз снажне надзорне одборе што је основни концепт транспарентности у оквиру модела корпоративног управљања.

екстерне и интерне ревизије и пруденционе контроле није наштелован и дизајниран да сузбија тако нешто, што је задатак полиције и истражних органа, а ако ревизија наиђе на тако нешто њен задатак је да само о томе извести према Међународним стандардима ревизије, који су основ регулаторне контроле НБС.[9] Ван тога нема ничег битног, или ничег битног за ова питања. Такође одсуство развијене регулативе корпоративног управљања и још више одсуство практичних искустава. Мало је стварних расправа о социјалној одговорности корпоративне сфере у Србији, што више личи на теоријски испразне трактате а скоро да било какве праксе нема, још мање притиска јавног мнења и јавних дебата које би деловале у правцу јачања транспарентности процеса финансијског извештавања.[10] Генерална реакција јавног мнења кроз Интернет блогове на такве потезе Владе је негативна. У коментарима гро учесника сматра да је задатак државе, посебно Владе Србије управо да омогући социјалну сигурност за све грађане, такође да обавезно пензијско ефикасно функционише, да Влада, Парламент и Председник штите елементе социјалне државе и државе благостања, што већ постаја и политичка платформа свих председничких кандидата за изборе у 2012. који су бар вербално против тајкунизације и неолиберале економије. Тако да ДПФ који по нашој скромној оцени нису добро дефинисани, постављени и регулисани управо су све друго све осим елемента социјално и друштвено одговорне државе.

V НБС и надзор друштава за управљање добровољним пензијским фондовима

„Не трудите се да радите на исправан начин, већ исправно поступајте.“

Врховно регулаторно тело у области надзора ДПФ је НБС које је свој основни циљ одредила као део опште функције кредибилног финансијског система, што је доста апстрактан приступ, јасан вербално али комплексан за ефикасну имплементацију у пракси. Комплементарно се одређују циљеви обезбеђивања стабилности и тржишне дисциплине

9 О ограничењима улога ревизије у сузбијању корупције, криминалних радњи, злоупотреба и проневера у: Бранко Љутић, *Ревизија: Логика, принципи и пракса,* МБА Прес, Београд, 2005, стр. 214–227. Шире о моделу банкротства и реорганизације фирме: Бранко Љутић, *Банкарско и берзанско пословање: Инвестиције, институције, регулатива*, МБА Прес, Београд, 2004, стр. 262–278.

10 Бранко Љутић, „Утицај напомена на квалитет финансијског извештавања“, *43. Симпозијум савеза рачуновођа и ревизора Србије: Економско-финансијска криза и рачуноводствени систем*, Златибор, 24–26. мај 2012, стр. 1–27.

ДПФ кроз јавност, рада, адекватност система управљања ризицима и одговорност за деловање друштава за управљање, као и кроз поверење у рад супервизије.[11] Све у свему НБС лети доста високо на стратосферским висинама, а пензијски фондови ће оперисати као јуришни ловци и пресретачи бомбардери ниско у бришућем лету. Стога прети растућа опасност да ће кључно питање – потребе потпуног елиминисања ризика односно стварања гарантних шема и резервних заштитних механизама у случају стечаја ових фондова изостати. Управо, грађани, с правом то очекују од НБС, пошто Србија има на пример макар теоријске шансе да изађе из тајкунске приватизације неолибералне отимачине ресурса и крене у правцу у коме иде гро земаља ЕУ, ако је уопште то циљ. У том контексту се тек отвара питање да ли је уопште опортуно приступати експанзији приватних пензијских фондова.

Табела 2 – Четири основна стуба формирања, развоја и ефикасног функционисања приватних пензијских фондова у Србији

Потпорни стуб стабилности	Оцена ефикасности стуба и перспективе
Правна држава и концепт владавине права	Могуће је изградити ефикасну правну државу, да ли ће бити опортуно остаје да се сагледа, консензус још није постигнут, осим вербалног
Снажна стабилна привреда која се развија	Привреда Србије није ни развијена. Још је мање стабилна са нејасним перспективама стварне реформе на путу ка ЕУ
Развијена финансијска тржишта	Финансијска тржишта у Србији нису развијена
Стабилан систем основних гарантованих државних пензија	Систем није стабилан, неизвесно је да ли ће опстати у којој форми

VI Закључак

Будућност регулисања и супервизије ДПФ у Србији коју ће спроводити НБС и друге институције у сарадњи са њом кроз ефекте синергије треба да се заснива на принципима, почев од креирања новог, обухватног и ефикасност регулаторног оквира, који још не постоји. Следећи корак јесте адекватна регулатива у домену финансијских тржишта, што је на самом почетку у Србији уз прецизно дефинисање права корисника,

11 Доступно на адреси: *http://www.nbs.rs/internet/latinica/63/63_6/index.html*, 14.3.2012.

процену степена адекватности приватних шема, адекватан финансијски портфолио менаџмент фондова, посебно јачање стручности у домену обрачунског система и финансијског извештавања, увођење нових структура супервизије (процес није још ни започет, а камоли завршен), јачање слободне тржишне конкуренције, пракса правне државе и владавине права, увођење квалитетног корпоративног управљања у праксу ових фондова (још се нигде и не отвара ова дискусија). Пропаст ових шема само у једној земљи транзиције значи крај у осталим, при чему такав дебакл на националном плану може да угрози стабилност политичког, економског, финансијског и банкарског система.

***Branko* Ž. LJUTIĆ, PhD, CA, CPA**
Certified Auditor, University Professor of Finance

BANKRUPTCY OF PRIVATE PENSION FUNDS IN SERBIA AND REGULATORY RESPONSIBILITY OF THE CENTRAL BANK OF SERBIA

Summary

This paper is assessing the level of consistency and effectiveness of the legal regulation as a foundation and base of establishment and development of the schemes of private voluntary pension funds and schemes in Serbia. Legal tradition in Serbia during the second half of the XX century has not being oriented towards a goal of protection of private investors interests, and consequently the reorientation and harmonization towards new market circumstances, needs and institutions such as are private pension funds is very hard. Ever rising needs to strengthen the social security of the employed people in the area of private pensions should be adjusted and fine tuned to the capacity of the national legal system which in turn shall enable faster financial development. That goal is possible to achieve through continuous improvement of the regulation and supervision of the Central Bank of Serbia over the private pension funds, especially in the area of bankruptcy prevention and based on the lessons learned from the current ongoing banking and economic crisis.

Key words: *private pension funds, bankruptcy, regulatory responsibility, Central Bank of Serbia, Serbia.*

др *Нада* ТОДОРОВИЋ
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

МУНИЦИПАЛНЕ ОБВЕЗНИЦЕ И НОВИ ЗАКОНСКИ ОКВИР У СРБИЈИ

Резиме

Аутор је приступио анализи муниципалних обвезница са аспекта карактера јавних добара и заједничких ресурса. Емисијом дугорочних муниципалних обвезница локалне административне јединице обезбеђују финансијска средства за финансирање дугорочних капиталних пројеката као и за покриће дугорочних дефицита у буџету. Специфичан порески третман чини ове хартије од вредности привлачним за институционалне и индивидуалне инвеститоре.

У раду је презентирана структура тржишта муниципалних обвезница као и њихове основне и изведене врсте. Позајмљивање на локалном нивоу разматрано је са аспекта маргиналног правила, кроз анализу маргиналних трошкова и користи за локалну власт и потенцијалне инвеститоре. На крају, дат је општи осврт на нови законски оквир у Србији за емисију муниципалних обвезница, уз сагледавање предности и недостатака позитивних законских решења.

Кључне речи: *муниципалне обвезнице, локална самоуправа, јавна својина, јавни дуг, маргинални трошак, маргинална корист.*

I Јавна добра и заједнички ресурси

Полазно становиште за разматрање муниципалних обвезница и потребе за њиховим емитовањем је разумевање природе јавног добра и заједничких ресурса. Јавна добра су под једнаким условима доступна свим члановима заједнице и они по правилу не плаћају никакву накнаду за уживање и коришћење таквих добара. Јавна добра су део природе (реке, језера), али и она чије коришћење омогућује држава на свим нивоима (паркови, игралишта, школе, болнице, путеви). Пошто ова добра немају тржишну цену као резултат интеракције понуде и тражње, онда приватна тржишта не могу обезбедити производњу и потрошњу добара у траженим количинама. Управо зато, кроз делотворну економску политику коју држава води на свим нивоима уклањају се потенцијални тржишни неуспеси и повећава економско благостање. Јавна добра се у економској теорији одређују као добра која не поседују особине искључивости и ривалитета.[1] Сви чланови једног друштва имају могућност да користе јавна добра и нико се у томе не може спречити, ограничити, а потрошња јавног добра од стране једног члана друштва не умањује могућност за коришћење тог истог добра од стране других чланова друштва.

Заједнички ресурси се не могу у потпуности поистоветити са јавним добрима. Они су као и јавна добра доступни свим члановима друштва, али за разлику од јавних добара поседују особину ривалитета,[2] што указује да потрошња заједничких ресурса од стране једног члана друштва смањује могућност да га троше остали. Због проблема прекомерне потрошње држава користи различите начине да рационално распореди коришћење оскудних заједничких ресурса. То може чинити кроз регулативу, порезе, претварање заједничких ресурса у приватна добра.

Један од начина да локалне самоуправе обезбеде средства за финансирање капиталних пројеката који имају карактер јавних добара и заједничких ресурса[3] је емитовање муниципалних обвезница.

---

1 N. Gregory Mankiw, *Osnove ekonomije*, MATE, Zagreb, 2006, стр. 225.

2 *Idem*, стр. 230.

3 Граница између јавних добара и заједничких ресурса је флуидна. Рибе у мору су заједнички ресурси. Путеви и паркови могу бити и јавна добра и заједнички ресурси. Ако је инфраструктурна путна мрежа довољно развијена коришћење путева од стране једног члана друштва не утиче на коришћење од стране других. Међутим, ако није довољно развијена путна мрежа па на појединим путевима има гужве која отежава саобраћај, онда коришћење пута од стране једног члана или групе људи угрожава друге и тада су путеви заједнички ресурси. Проблем коришћења заједничких ресурса је проблем екстерналија.

II Структура тржишта муниципалних обвезница

Издавање обвезница без обзира на врсту емитента (држава, корпорација или локална самоуправа) је облик позајмљивања новца. Кроз издавање обвезница конституишу се облигациона права између издаваоца (емитента) обвезнице и власника (купца) обвезнице. Издавалац обвезнице се обавезује да ће власнику исплаћивати периодично камату (износ ануитетног купона), а у време доспелости обвезнице и главницу, односно номиналну вредност обвезнице.

Муниципалне обвезнице емитује локална власт на нивоу округа, градова, општина и других ентитета које она оснива. Посредством механизма тржишта капитала, кроз емисију дугорочних муниципалних обвезница локалне административне јединице обезбеђују финансијска средства за финансирање дугорочних капиталних пројеката (школе, мостови, водоводна и канализациона мрежа, аеродроми, путеви), као и покриће дугорочних дефицита у буџету. Обично се муниципалне обвезнице у теорији и пракси третирају као финансијски инструменти тржишта капитала. Међутим, ови финансијски инструменти могу бити везани за тржиште новца, с обзиром на могућност емитовања краткорочних општинских нота (*municipal notes*)[4] које служе за покриће привремене, сезонске неуравнотежености прихода буџета локалних заједница.

Муниципалне обвезнице су привлачне за институционалне и индивидуалне инвеститоре због специфичног пореског третмана. Приход од муниципалних обвезница (камата[5]) је ослобођен савезног пореза, а често државних и локалних пореза у зависности од врсте пројекта који се њиховом емисијом финансирају. Због специфичног пореског третмана ове обвезнице носе релативно ниске приносе. Изузимање камате од државних и локалних пореза на приход различито се решава од државе до државе, али је правило да се на камату на муниципалне обвезнице не плаћа порез на приход (државни и локални) у држави у којој су емитоване.[6] Тржиште муниципалних обвезница састоји се од

4 *Municipal notes* укључују ноте за предвиђени порез (*tax anticipation/TANs*), менице за предвиђени приход (*revenue anticipation notes/RANs*), менице за предвиђене субвенције (*grant anticipation notes/GANs*) и менице за предвиђене обвезнице (*bond anticipation notes/BANs*). Опширније види F. J. Fabozzi, F. Modigliani, *Capital Markets, Institutions and Instruments*, Prentice-Hall, New Jersey, 2003, стр. 474.

5 Важно је напоменути да приход на муниципалне обвезнице подразумева камату, али и капиталну добит која је резултат разлике у цени обвезница. Пореска ослобађања се односе углавном на камату.

6 У САД камате на општинске обвезнице се опорезују ако су издате од стране општине без увида Конгреса. Тако је у судском процесу Јужна Каролина против Ба-

два међусобно повезана тржишна сегмента, примарног и секундарног тржишта.

На примарном тржишту обавља се прва (иницијална емисија) муниципалних обвезница и то на два начина, путем јавне емисије и приватног пласмана. Јавна емисија подразумева да се обвезнице локалних територијалних јединица нуде широком кругу инвеститора, а за реализацију јавне понуде се ангажују инвестиционе банке. Обично се на развијеним тржиштима капитала опште обавезујуће муниципалне обвезнице продају јавном понудом, путем тендера или директних преговора,[7] док за приходне обвезнице важе мање рестриктивни критеријуми за емисију и оне се често продају кроз приватне пласмане, када се нуде мањој групи познатих инвеститора. Главни сегмент секундарног тржишта муниципалних обвезница је ванберзанско тржиште које је покривено врло разгранатом мрежом дилера и брокера. Ванберзанско тржиште је сегментирано на тржиште за обвезнице мањих емитената (локални кредитори) и одржава се преко регионалних брокерских предузећа и тржиште за обвезнице већих емитената, које се одржава преко већих брокерских предузећа и банака.[8] Дилери активно тргују муниципалним обвезницама на непрекидној основи и одржавају тржиште, док су брокери више посредници у продаји великих блокова ових обвезница између дилера и институционалних инвеститора.

Последњи трендови на развијеним тржиштима капитала у свету указују на значај институционалних инвеститора, док су индивидуални инвеститори маргинализовани. Тржиште муниципалних обвезница одступа у извесној мери од ових трендова. Индивидуалним инвеститорима припада посебно место на овом тржишном сегменту, као појединцима са високим приходима, директно, или преко општинских удружених фондова обвезница.

Међу институционалним инвеститорима посебно место припада осигуравајућим друштвима. Осигуравајуће куће које су оријентисане на осигурање имовине или животно осигурање појављују се као купци муниципалних обвезница у зависности од осцилација циклуса по питању преузимања ризика. Када је наступио повољан циклус за преузимање ризика, онда осигуравајуће куће наплаћују добре премије, остварују високе профите и тада се масовно улаже у општинске обвезнице због

кера (1988) Врховни суд САД преиначио одлуку *Pollock* и пресудио да Конгрес има овлашћење да опорезује камате на муниципалне обвезнице, а Конгресу је остављено дискреционо право да одлучи да ли ће користити то овлашћење. Опширније: L. S. Ritter, W. L. Silver, G. F. Udell, *Principles of money, banking and Financial markets*, 2004, стр. 146.

7 F. J. Fabozzi, F. Modigliani, *нав. дело*, стр. 477.

8 *Idem*, стр. 477–478.

њиховог повољног пореског третмана. Када је период за преузимање ризика неповољан, а маргинална пореска стопа нема тенденцију пада, онда долази до пада инвестирања у муниципалне обвезнице.[9]

III Основне и изведене врсте муниципалних обвезница

У правној и економској литератури преовлађује класификација муниципалних обвезница на опште обавезујуће обвезнице (*General Obligation Bonds*) и приходне обвезнице (*Revenue Bonds*). Све остале муниципалне обвезнице изводе се из основних и носе њихове карактеристике.

Опште обавезујуће обвезнице емитују се на бази општег пореског овлашћења емитента, као и на бази кредитне способности. Ове обвезнице осигуране су не само фискалном снагом емитента (прикупљена средства од пореза), већ и свим додатним приходима емитента (доприноси, субвенције, провизије). На развијеним тржиштима (САД), постоје и обвезнице на основу апропријације (*Appropriation-Backed Obligations*) које се заснивају на необавезујућем јемству државе по основу пореског прихода (морално обавезујуће обвезнице). Овако емитована обвезница захтева законско одобрење за апропријацију средстава од главног државног пореског прихода које може бити и ускраћено, зато и носе обележје морално обавезујуће обвезнице и углавном служе да увећају кредитну способност емитента. Насупрот овим обвезницама локалне власти могу емитовати обвезнице осигуране државним програмима кредитног унапређења (*Debt Obligations Supported by Public Credit Enhancement Programs*)[10] које подразумевају обавезу државе да гарантује, преузме да прикупи средства и пружи помоћ емитенту при измиривању обавезе.

Другу значајну групу муниципалних обвезница чине приходне обвезнице. Оне су условљене снагом приходовања пројекта за чије се финансирање емитују. То су обвезнице које се емитују за изградњу аеродрома, путева, болница, конгресних центара, водоводних и гасних постројења. Опште обавезујуће обвезнице су сигурније јер су подржане пореском снагом емитента, због чега приходне обвезнице обично носе више каматне стопе као компензацију за повећани ризик.

Неке нове врсте обвезница су на граници између општих обавезујућих обвезница и приходних. Ту се убрајају осигуране обвезнице, пререфундиране обвезнице, обвезнице на бази имовине (капитала).[11]

9 J. C. Van Horne, *Financial Market Rates and Flows*, Prentice-Hall, New Jersey, 2001, стр. 265.

10 F. J. Fabozzi, F. Modigliani, *нав. дело*, стр. 473.

11 *Idem*, стр. 473–474.

Осигуране обвезнице пружају додатну сигурност потенцијалном инвеститору, јер осигуравајућа кућа испуњава обавезу према њему уколико то није у стању да учини емитент. Пререфундиране обвезнице спадају у групу сигурних муниципалних обвезница, јер су обезбеђене портфолијем обвезница који се чува у депонованом фонду и за које обично гарантује државна или савезна власт. Општине и градови прибегавају и издавању обвезница на бази капитала и обезбеђење за њих су неки наменски приходи (порез на промет, провизије, наплате казни).

Према начину отплате обвезнице могу бити са серијском или стандардном структуром доспећа. Битно обележје муниципалних обвезница је серијска структура доспећа за разлику од стандардне структуре која подразумева наплату на крају рока доспећа (државне и корпорацијске обвезница). Издавање муниципалних обвезница као серијских подразумева да део укупне емисије доспева сваке године, све док читава емисија не истекне, при чему сваки део носи са собом своју каматну стопу и одвојен је од остатка емисије.

IV Маргинални трошкови и користи од емитовања муниципалних обвезница

Позајмљивање на локалном нивоу које се обавља кроз емисију муниципалних обвезница скопчано је са одређеним трошковима, ризицима, али обезбеђује додатну економску корист за емитенте и инвеститоре. Економска логика оваквог позајмљивања темељи се на једном од основних правила економске науке, маргиналном правилу. Маргинална (додајна) корист од издавања муниципалних обвезница мора бити већа од маргиналних трошкова и то како за локалну власт, тако и за потенцијалне инвеститоре.

Локалне територијалне јединице (окрузи, градови, општине) када одлуче да обезбеде доток свежег капитала кроз емисију муниципалних обвезница, нужно је да обезбеде средства за подмиривање трошкова припреме за емитовање обвезница. То укључује спровођење свих процедуралних поступака и мера како би се обезбедила регуларност емисије (нпр. трошкови референдума код издавања општих обавезујућих обвезница). У трошкове припреме за емитовање муниципалних обвезница спадају и трошкови ангажовања финансијских саветника (посредника).[12]

Тржиште муниципалних обвезница није довољно ефикасно и емитенти (локална власт) не располажу потребним информацијама о

12 Драган М. Момировић, „Муниципалне обвезнице – новина или финансијска иновација на тржишту капитала Србије“, *Финансије* бр. 1–6/2009, Београд, стр. 238.

трендовима на тржишту, захтевима регулатора, о негативном деловању асиметричних информација између емитента и тржишних учесника. Улога финансијског саветника своди се на то да емитенту пружи стручну помоћ у избору начина емисије муниципалних обвезница, настојећи при том да се емисија обави уз што мање трошкове капитала за емитента, да се усклади са свим регулаторним захтевима, као и да се кроз транспарентност емисије умањи дејство асиметричних информација.

Најзначајнији трошкови за емитенте на локалном нивоу су трошкови задуживања, односно трошкови камате и главнице на доспеле муниципалне обвезнице. Ови трошкови су за локалну власт нижи од трошкова класичног кредитирања од банака, јер су каматне стопе на муниципалне обвезнице ниже у односу на каматне стопе на банкарске кредите. На овај начин локална заједница обезбеђује финансијска средства за развој локалне инфраструктуре по нижој цени капитала.

Рационалност одлуке локалних нивоа власти о задуживању емисијом муниципалних обвезница се мери упоређењем маргиналних трошкова и маргиналне користи. Прва корист која је неспорна за локалне заједнице је јефтинији извор финансирања. Овакво финансирање обезбеђује пораст животног стандарда и побољшање квалитета живота на локалном нивоу, стабилизацију буџетских средстава, диверзификацију извора финансирања. Поред ових основних користи од издавања муниципалних обвезница, природа ових хартија од вредности (повлашћен порески третман) и сама техника емисије погодују емитентима. Локална власт обезбеђује рационалније и ефикасније финансирање према потребама, путем већих износа емитовања и у већим траншама уз фиксну каматну стопу која штити емитенте од тржишних флуктуација.

Досадашња анализа показује да су маргиналне користи за емитенте веће од маргиналних трошкова и да је њихова одлука о задуживању економски рационална. Остаје нам да размотримо маргиналне трошкове и користи са аспекта интереса инвеститора, и на крају да определимо до извесне мере ко има већу маргиналну корист од емисије муниципалних обвезница, локална власт или инвеститори.

Основни трошак за инвеститора је куповина муниципалне обвезнице по тржишној цени која може одступати од номиналне вредности. Након улагања у ову хартију од вредности инвеститор се може суочити са више ризика, који могу проузроковати трошкове и губитке. Кредитни ризик, ризик каматне стопе и ризик инфлације су системски ризици на које инвеститори не могу утицати, а због којих могу претрпети губитке. Кредитни ризик своди се на немогућност периодичног плаћања камата и у року доспелости главнице од стране емитента. У овом случају инвеститор има веће трошкове (тржишна цена обвезнице) од користи (принос). Ризик каматне стопе погађа инвеститоре у муни-

ципалне обвезнице услед колебања каматних стопа на тржишту. Основно правило у економско-финансијској теорији је да се цене хартија од вредности крећу супротно од кретања каматних стопа. Раст каматних стопа смањиће цене муниципалних обвезница, па ће инвеститори који се одлуче да их продају пре рока доспећа претрпети губитке. Инфлација обезвређује принос на муниципалне обвезнице с обзиром да оне носе фиксну каматну стопу. Купци муниципалних обвезница поред системског ризика могу бити погођени и пореским ризиком. Смањење маргиналних пореских стопа на доходак проузрокује пад цена обвезница локалних ентитета. Повећање маргиналне пореске стопе, повећава корист од ослобађања од пореза. Другу врсту пореског ризика за инвеститоре представља губитак повлашћеног пореског третмана за муниципалне обвезнице, од стране законодавне и извршне власти.[13]

Анализа користи од улагања у муниципалне обвезнице за инвеститоре почиње од користи од ослобађања од савезних, а често и државних и локалних пореза. Чињеница да инвеститори не могу неутралисати системске ризике не умањује корист од њихове сигурности. Сигурност им обезбеђује пореска снага емитента, имовина емитента, предвидив ток прихода и могућност осигурања. Највећа маргинална корист за инвеститоре у муниципалне обвезнице је принос који обухвата тренутни или текући принос и принос до доспећа.[14] Текући принос подразумева периодичне исплате камате, а принос до доспећа је укупан износ главнице који се исплаћује у време доспелости обвезнице. Принос на обвезнице поред камате обухвата и капиталну добит која настаје као разлика између куповне и продајне цене обвезнице трговином на секундарном тржишту. Повраћај на инвестицију у муниципалне обвезнице мора бити већи од издатака за ту инвестицију, да би она била економски оправдана и да би били задовољени захтеви за граничном ефикасношћу капитала.

Логичан след излагања намеће потребу да на крају размотримо питање ко има већу маргиналну корист од емитовања муниципалних обвезница, локална власт или инвеститори. Неспорно је да је овакав извор финансирања локалне власти у обостраном интересу емитената и

13 У САД Конгрес и Унутрашња служба прихода имају овлашћење да опорезују камате по муниципалним обвезницама, када процене да је то оправдано. Тако, у јуну 1980. године управа кварта Батери парк сити, Њујорк (*Battery Park City Authority*) продала је 97315 милиона долара у нотама, за које се чинило да су у тренутку емисије ослобођене федералног пореза по основу камата. У новембру 1980. Унутрашња служба је заузела став да их треба опорезовати. Спор је решен тек потписивањем уговора између локалне власти и Унутрашње службе прихода када је коначно камата на ноте изузета од опорезивања. Опширније види: F. J. Fabozzi, F. Modigliani, *нав. дело*, стр. 477.

14 Драган М. Момировић, *нав. дело*, стр. 241.

инвеститора и да за оваквим финансирањем постоји један шири друштвени интерес. Поставља се питање вредности ослобађања од пореза, ко убира већу корист од повлашћеног пореског третмана, локална власт или инвеститори. Допринос од пореза је пропорционалан висини каматних стопа.[15] Муниципалне обвезнице носе ниже приносе од државних и корпоративних, јер имају својство да су ослобођене пореза. Када се повећава маргинална пореска стопа ефекат ослобођења од пореза је већи и муниципалне обвезнице су привлачније за инвеститоре од корпоративних или опорезивих обвезница јавног сектора. Емпиријска истраживања показују да држава и локалне власти не уживају све користи ослобађања од пореза на муниципалне обвезнице, већ већи део тих бенефиција одлази појединачним инвеститорима. Каматна стопа на муниципалне обвезнице не може бити таква да потенцијалног купца оставља индиферентним према томе да ли ће купити опорезиве или неопорезиве муниципалне обвезнице. Инвеститори који плаћају порез на обвезнице се оријентишу на неопорезиве муниципалне обвезнице, што доноси одређену корист локалној заједници на име уштеде камате, али свакако највећу корист пореским обвезницима са вишим приходима, а известан губитак подноси држава. Према томе, највећу вредност ослобађање од пореза на муниципалне обвезнице има за индивидуалне инвеститоре који располажу огромним капиталом, а држава и локалне власти не уживају све користи и бенефиције од повлашћеног пореског третмана.

V Нови законски оквир у Србији

Током 2011. године Република Србија је предузела озбиљне легислативне кораке и донела три кључна закона који су створили нормативни, институционални оквир за развој тржишта муниципалних обвезница. То су Закон о тржишту капитала, Закон о јавној својини и Закон о јавном дугу.[16] Закон о јавној својини одређује три облика јавне својине – право својине Републике Србије (државна својина), право својине аутономне покрајине – покрајинска својина, право својине јединице локалне самоуправе – општинска односно градска својина.[17] На овај начин је први пут законом дефинисано да јединица локалне самоуправе постаје титулар права јавне својине, а то укључује располагање стварима у јавној својини. Поседовање имовине од стране локалне самоуправе је

15 J. C. Van Horne, *нав. дело*, стр. 266.

16 Закон о тржишту капитала, (*Сл. гласник РС*, бр. 31/2011); Закон о јавној својини, (*Сл. гласник РС*, бр. 72/2011); Закон о јавном дугу, (*Сл. гласник РС*, бр. 61/205, 107/2009, 78/2011).

17 Чл. 2 Закона о јавној својини.

основни предуслов за задуживање за капиталне инвестиционе пројекте. О прибављању ствари и располагању стварима у својини јединице локалне самоуправе под условима прописаним законом, одлучује орган јединице локалне самоуправе одређен у складу са законом и статутом јединице локалне самоуправе.[18] Законом су дефинисани и односи између територијалних целина јединица локалне самоуправе, па је град носилац права својине на стварима које прибави градска општина, а градска општина има право коришћења на стварима у својини града. Оваквом законском регулативом држава је пренела имовину којом је до сада располагала на локалну самоуправу, чиме је извршила својеврсну децентрализацију својинских овлашћења, ојачала економски капацитет локалних заједница и учинила их одговорним за доношење економских одлука и преузимање ризика.

Закон о јавној својини решио је нека претходна питања која се тичу издавања муниципалних обвезница. Кључни закони који регулишу ову материју су Закон о тржишту капитала и Закон о јавном дугу. Закон о тржишту капитала је увео нову сегментацију тржишта, па разликујемо регулисано тржиште, мултилатералну трговачку платформу (МТП) и ОТЦ тржиште. За функционисање тржишта муниципалних обвезница нарочито је значајно ОТЦ тржиште које представља део секундарног тржишта на коме важе мање рестриктивни критеријуми за трговање (не мора имати организатора тржишта), а систем трговања подразумева преговарање између продаваца и купаца финансијских инструмената у циљу закључења трансакција. Већи део емисија муниципалних обвезница на развијеним тржиштима капитала обавља се тендером, путем конкурентске понуде, путем преговора и кроз приватне пласмане.[19]

Секундарно трговање муниципалним обвезницама се углавном обавља данас на ванберзанском ОТЦ тржишту, али оно није превише активно и ликвидно, па су разлике у цени муниципалних обвезница веће него код државних и корпорацијских обвезница. Закон о тржишту капитала из 2011. године није посебно регулисао муниципалне обвезнице и њихово укључивање на регулисано тржиште, али је обвезнице дефинисао као преносиве дужничке дугорочне хартије од вредности којима се може трговати на тржишту капитала. Из овога произилази да све законске одредбе које се односе на обвезнице примењују се и на муниципалне обвезнице, осим ако законом није другачије регулисано. Тако је Законом о тржишту капитала предвиђено да се на издавање финансијских инструмената изражених у страној валути када је издавалац Република, аутономна покрајина, јединице локалне самоуправе,

18 Чл. 27 ст. 10 Закона о јавној својини.

19 Драган М. Момировић, *нав. дело*, стр. 240.

правна лица корисници буџетских средстава и организације обавезног социјалног осигурања, примењују одредбе закона којим се уређује јавни дуг.[20]

Законом о јавном дугу предвиђено је да се локалне власти могу задуживати узимањем кредита или емитовањем дугорочних хартија од вредности (муниципалних обвезница), које могу куповати домаћа и страна правна и физичка лица у складу са законом којим се уређује тржиште капитала.[21] Из оваквих законских одређења произлази да се ови закони допуњују. Изворно овлашћење за задуживање локална власт црпи из одредаба Закона о јавној својини и Закона о јавном дугу. Нови Закон о јавном дугу у односу на претходни[22] не садржи никаква ограничења у погледу купаца муниципалних обвезница, већ омогућава ширење базе инвеститора и јачање капацитета тржишта муниципалних обвезница уз диверзификацију извора финансирања локалне власти. Међутим, нека законска ограничења су и даље присутна. Одлуку о задуживању локалне власти доноси надлежни орган локалне власти по претходно прибављеном мишљењу Министарства.[23] Локална власт се може задуживати за финансирање дефицита текуће ликвидности и дугорочно за финансирање капиталних инвестиционих расхода, али не може давати гаранције. То право има само Република и давање гаранције је условљено и подразумева наплату провизије. Оваквим законским решењем локалне самоуправе су доведене у озбиљну правну и економску дилему и изложене додатним трошковима и процедурама. Остаје нејасно питање како је локалним самоуправама пренета имовина, а не поседују капацитет за давање гаранција на ту имовину. Можда се аргументација за оваква решења у Закону може наћи у настојању државе да кроз давање гаранција спречи локалне самоуправе да злоупотребе своје право располагања имовином и да је нерационално отуђују.

Чињеница је да су нека решења у новим законима из ове области либерализовала задуживање локалних заједница, али је неопходна њихова даља доградња. Функционисање тржишта муниципалних обвезница је за добробит локалне заједнице, читавог друштва и инвеститора. Предуслов за његово оживљавање је поједностављење процедура и поступака за издавање муниципалних обвезница, што би довело до смањења трансакционих трошкова.

У Србији тренутно можемо рећи да уз присутна ограничења постоји нормативни оквир за емитовање муниципалних обвезница. Још

20 Чл. 9 Закона о тржишту капитала.

21 Чл. 37 ст. 2 Закона о јавном дугу.

22 Закон о јавном дугу из 2005. је предвиђао да хартије од вредности које емитују локалне власти искључиво купују Република Србија и финансијске институције.

23 Чл. 33 Закона о јавном дугу.

увек су локална власт и потенцијални инвеститори обазриви. Охрабрује чињеница да се већ појављује први град који се определио за овакав начин финансирања дугорочних капиталних пројеката. Нови Сад је 8. јула 2011. године потписао Уговор о издавању општинских обвезница са председником ИО *UniCredit* групе Клаусом Пивершеком. Тако је у оквиру програма које финансира ЕУ а спроводи Стална конференција градова и општина, Нови Сад постао прва локална самоуправа која финансира своје дугорочне развојне пројекте кроз емисију општинских обвезница. За покровитеља прве емисије изабрана је *UniCredit* банка а прва емисија је у укупном износу од 35 милиона евра.[24] Остаје да се види да ли ће пример Новог Сада следити и остали градови и општине у Србији.

Nada **TODOROVIĆ, PhD**
Associate Professor at the Faculty of Law University of Kragujevac

MUNICIPAL BONDS AND NEW LEGAL FRAMEWORK IN SERBIA

Summary

In this work author analyzes the municipal bonds from the aspect of their character of public goods and common resources. Through the emission of long-term municipal bonds, local administrative units obtain financial means for financing long-term capital projects and for covering long-term budget deficits. These securities have a specific tax treatment which makes them attractive for institutional and individual investors.

In this work the author also presents the structure of the municipal bonds market, as well as their principal and derived types.

The author analyzes the borrowing at the local level through the emission of municipal bonds from the aspect of marginal rule, through the analysis of marginal costs vs. marginal benefits for local government and potential investors.

Finally, the author reviews the new legal framework in the Republic of Serbia related to the emission of municipal bonds, discussing the advantages and deficiencies of given law solutions.

Key words: *municipal bonds, local government, public ownership, public debt, marginal costs, marginal benefits.*

24 Доступно на адреси: *www.skgo.org/reports/998*, 5. април 2012.

др *Јасмина* ЛАБУДОВИЋ СТАНКОВИЋ
доцент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

НЕКЕ ДИЛЕМЕ У ВЕЗИ СА НОВИМ ЗАКОНОМ О ТРЖИШТУ КАПИТАЛА

Резиме

У овом раду аутор је настојао да укаже на неке новине у Закону о тржишту капитала Србије, а које, извесно, код стручне и академске јавности изазивају одређене дилеме. У фокусу аутора су тріовинске платформе и укидање правила концентрације. Осим тоіа, пажњу су изазвале још неке новине, али и Комисија за хартије од вредности, као надзорни оріан, у поіледу чије самосталности ништа није урађено у односу на Закон о тржишту капитала и других финансијских инструмената. Аутор упоредно приказује и нека решења из директива Европске уније (у даљем тексту: ЕУ) које су биле узор домаћем законодавцу у изради Закона о тржишту капитала. Први део рада представља кратак осврт на директиве ЕУ, а другом су представљене неке новине у Закону о тржишту капитала уз критички осврт.

Кључне речи: *тржиште капитала, регулисано тржиште, мултилатерална тріовинска платформа.*

I Кратак осврт на директиве ЕУ које се односе на регулисање финансијских тржишта

1. Директива о тржиштима финансијских инструмената

Једна од најважнијих директива за стварање интегрисаног и јединственог тржишта хартија од вредности ЕУ, која је проистекла из Акционог плана за финансијске услуге (енгл. *Financial Services Action Plan – FSAP)* је Директива о тржиштима финансијских инструмената (*MiFID*).[1] *MiFID* је имао за циљ убрзано стварање јединственог прекограничног тржишта хартија од вредности, које ће бити много конкурентније, ефикасније и које ће обезбедити бољу заштиту инвеститора.[2] Осим тога, задаци *MiFID*-а су: повећање конкурентности секундарног тржишта капитала и конкуренције међу трговинским платформама, снижавање трошкова трговања и повећање ликвидности тржишта. *MiFID* омогућује компанијама које су регистроване у једној држави чланици да обављају своју делатност у свим државама чланицама, а уз поштовање принципа контроле од стране државе у којој имају седиште. Систем јединствене дозволе за рад значи да компанија која је добила дозволу за рад у земљи у којој је основана може да обавља инвестиционе услуге (активности) у било којој другој држави чланици без потребе да захтева посебну дозволу државе на чијој територији послује.[3] Иако је донета 2004. године, почела је да се примењује тек од новембра 2007. године због великог отпора. Да би могла да се примењује, донета су још два прописа (директива и правило) 2006. године.[4]

1 Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on markets in financial instruments amending Council Directives 85/611/EEC and 93/6/EEC and Directive 2000/12/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 93/22/EC, *Official Journal of the European Union* L 145/1. Ова директива је заменила Директиву о инвестиционим услугама. У даљем тексту, уместо Директиве о тржиштима финансијских инструмената, биће коришћена опште позната скраћеница *MiFID.* О детаљима имплементације ове директиве у немачко право видети: Petter Braumüller, Daniel Ennöckl, Michael Gruber, Nicolas Raschauer, *Von der MiFID zum WAG 2007*, LexisNexis, Wien, 2008.

2 Jakob De Haan, Sander Oosterloo, Dirk Schoenmaker, *European Financial Markets and Institutions*, Cambridge University Press, 2009, стр. 52.

3 У преамбули *MiFID*-а стоји да се издавање дозволе за рад брокеру може ускратити, односно повући уколико је разлог за добијање дозволе избегавање строжих правила друге државе чланице.

4 Commission Directive 2006/73/EC of 10 August 2006 implementing Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council as regards organisational requirements and operating conditions for investment firms and defined terms for the purposes of that Directive, *Official Journal of the European Union* L 241/26 и Commission Regulation No 1287/2006 of 10 August 2006 implementing Directive 2004/39/EC of the Euro-

MiFID је донео бројне новине. Једна од њих се односи на укидање принципа концентрације, тј. монопола берзи. Предвиђене су три врсте трговинских платформи (регулисано тржиште, тј. берзе, мултилатерална трговинска платформа и систематски интернализатори). Новине се односе и на: систем заштите инвеститора, принцип оптималног, тј. најповољнијег извршења налога, обавезу објављивања понуде за куповину и продају, као и објављивање података о извршеним трансакцијама.

Мултилатерална трговинска платформа (енгл. *multilateral trading facility)* и систематски интернализатори представљају алтернативне трговинске платформе у односу на традиционалну берзу, чиме је отворен пут за међусобну конкуренцију. Појам мултилатералне трговинске платформе (у даљем тексту: МТП) дат је у члану 4, тачка 15 Директиве. МТП представља мултилатерални систем којим управља инвестиционо друштво или организатор тржишта. МТП омогућава и олакшава спајање интереса трећих лица за куповину и продају финансијских инструмената у складу са његовим обавезујућим правилима и на начин који доводи до закључења уговора. С обзиром да су МТП технички врло напредни системи трговања, омогућују врло брзо извршавање налога клијената и обезбеђују већу конкурентност.

Системски интернализатор је инвестиционо друштво које на организован и фреквентан, тј. систематизован и учестао начин обавља послове за свој рачун, извршавајући налоге својих клијената ван берзе или МТП. Произлази да је систематски интернализатор билатерални систем трговања који спаја понуду и тражњу само у оквиру инвестиционог друштва. Инвестиционе банке и брокери могу тражити да се обезбеди транспарентност (посебно у погледу упаривања налога), гарантовање најбољег извршења налога и заштита од сукоба интереса. Разлог овога је заштита, пре свега, малих клијената.

MiFID се примењује на инвестициона друштва,[5] регулисана тржишта, као и кредитне институције када пружају инвестиционе услуге и/или се баве инвестиционим активностима (члан 1 *MiFID*-а).

pean Parliament and of the Council as regards record-keeping obligations for investment firms, transaction reporting, market transparency, admission of financial instruments to trading, and defined terms for the purposes of that Directive, *Official Journal of the European Union* L 241/1.

5 Инвестициона друштва су правна лица чија се делатност односи на пружање инвестиционих услуга трећим лицима, односно професионално обављање једне или више инвестиционих активности. Чак, према слову Директиве, државама чланицама је омогућено да у претходно поменуту дефиницију инвестиционог друштва, укључе и она инвестициона друштва које нису правна лица, али под условом да њихов статус обезбеђује исту заштиту трећим лицима, као и када је реч о инвестиционим друштвима са статусом правних лица и да су субјекти исте пруденционе супервизије као да је реч о правним лицима. Анексом I *MiFID*-а дефинисано је

MiFID разликује две категорије клијената: професионалне клијенте, тј. потрошаче (енгл. *profesional client*) и мале клијенте (енгл. *retail client*). Професионални су они клијенти који имају потребна знања о инвестирању у финансијске инструменте, доносе сами одлуке о инвестирању и свесни су ризика које носе њихове инвестиције.[6] Мали клијенти су они потрошачи који немају таква знања и којима је потребна већа заштита. Дакле, они су негативно дефинисани. Речено је шта они нису, а не шта јесу, што упућује на закључак да мали потрошачи нису у фокусу Директиве, већ професионални.

Будући да је један од циљева Директиве боља заштита инвеститора, члан 19 каже да инвестициона друштва морају да раде поштено, коректно, професионално и у најбољем интересу својих клијената. То, између осталог, значи да се клијентима или потенцијалним клијентима морају пружити информације о инвестиционим друштвима, финансијским инструментима и предложеним инвестиционим стратегијама, уз упозорење о ризицима који прате инвестирање у изабране финансијске инструменте, месту извршења и трошковима.

У циљу остваривања транспарентности и очувања интегритета тржишта, чланом 25 Директиве предвиђено је да се о обављеним трансакцијама објаве детаљи таквих трансакција у што краћем року, а најкасније до краја наредног радног дана. То значи да ће инвестиционо друштво морати да објави цене по којима су обављене све трансакције, време и датум трансакције, број купљених и продатих хартија од вредности. Ова обавеза се односи независно од тога да ли је трансакција извршена на регулисаном тржишту или не. Инвестициона друштва су дужна да податке о извршеним трансакцијама чувају за задњих пет го-

---

шта се подразумева под инвестиционим услугама и инвестиционим активностима. То су: пријем и пренос налога који се односе на један или више финансијских инструмената, извршавање налога у име клијената, трговање у своје име и за свој рачун (дилерски послови), управљање портфолиом, инвестиционо саветовање, преузимање и/или пласман финансијских инструмената на основу уговорене обавезе, пласман финансијских инструмената и послови мултилатералних трговинских платформи.

6 То су: инвестициона друштва и друге овлашћене финансијске институције, компаније за осигурање, друштва за колективно инвестирање и друштва која њима управљају, пензијски фондови и друштва која управљају пензијским фондовима и други институционални инвеститори, велике компаније које испуњавају два од три показатеља – да је у завршном рачуну исказан пословни резултат од 20.000.000 евра, да је вредност нето промета 40.000.000 евра и да поседују сопствена средства у износу од 2.000.000 евра. Затим, улогу професионалних клијената могу имати и националне и регионалне владе, државни органи који управљају јавним дугом, централне банке, међународне институције као што су Светска банка, Међународни монетарни фонд, Европска централна банка, Европска инвестициона банка и друге.

дина. Осим тога, постоји обавеза објављивања података о предложеним ценама како на страни тражње, тако и на страни понуде, као и о заинтересованости (тражњи) за обављање трансакција по таквим ценама.

У истраживању Комитета европских регулатора тржишта капитала (енгл. *Committee of European Securities Regulators*) из 2009. године наведено је да *MiFID* није задовољио очекивања.[7] Наиме, није дошло до очекиваног смањења трошкова трговања, већина трансакција се и даље одвија на берзи,[8] настала је већа подељеност (фрагментираност) тржишта, уочене су неједнакости у примени правила о објављивању података и сл. Недостаци у примени *MiFID*-а били су повод да Европска комисија предложи њене измене. На томе се радило од 2010. године, али је и прва половина 2011. била у том знаку. Намера је била да се измене усвоје до краја 2011. године и да се почне с применом од јануара 2013. Ова тзв. ревизија *MiFID*-а позната је као *MiFID* II. Главне измене односе се на трговинске платформе. У том смислу се проширује дефиниција, уносе се нове обавезе, уводи се нов појам – организована трговинска платформа (енгл. *organised trading facilities – OTF*). Такође, новине се односе и на објављивање налога о куповини и продаји и података о извршеним трансакцијама, бољу заштиту инвеститора и сл.

2. Директива о проспекту

Директива о проспекту[9] је донета у новембру 2003. године, а почела је да се примењује од јула 2005. године. Она мења и допуњује Директиву о консолидованом одобрењу и извештавању[10] и мења чланове 28 и 29 Директиве о јавној понуди.[11] Директива о проспекту је откло-

7 Независно од тога, има и супротних ставова, тј. да су ефекти *MiFID*-а врло позитивни. Hans Degryse, „Competition between financial markets in Europe: what can be expected from MiFID?", *Financial Market and Portfolio Management*, Vol 23, No 1, 2009, стр. 101.

8 Према процени Евопске комисије, око 75% транскација се и даље одвија на берзи, док према подацима Федерације европских берзи (*Federation of European Securities Exchanges*), тај проценат је 53%. Ивана Бајакић, „Ревизија MiFID-а: нова регулација *Dark-pool* система", *Право у йосйодарсйву*, Vol. 49, бр. 2/2010, стр. 539.

9 Directive 2003/71/EC of the European Parliament and of the Council of 4 November 2003, *Official Journal of the European Union* L345/64, implemented by Commission Regulation (EC) No 809/2004 of 29 April 2004, *Official Journal of the European Union* L 215/3.

10 Directive 2001/34/EC of the European Parliament and of the Council of 28 May 2001 on the admission of securities to official stock exchange listing and on information to be published on those securities, *Official Journal of the European Union* L 184/1.

11 Council Directive 89/298/EEC of 17 April 1989 coordinating the requirements for the drawing-up, scrutiny and distibution of the prospectus to be published when transferable securities are offered to the public, *Official Journal* L 124.

нила један од великих проблема у погледу дефинисања појма јавне понуде, јер се различито дефинисање и тумачење одражавало и на праксу у државама чланицама. Основни циљеви доношења Директиве истакнути су у њеној преамбули, а односе се на бољу заштиту инвеститора и већу ефикасност у складу с међународним стандардима. Такође, један од важних циљева јесте промоција тзв. „јединственог пасоша", тј. јединствене дозволе за рад. Сврха Директиве, како је истакнуто у члану 1, јесте да обезбеди хармонизацију у погледу састављања, одобрења и дистрибуције проспекта када се хартије од вредности јавно нуде или одобравају за трговање на регулисаном тржишту земаља чланица, и тако олакша понуду и трговину хартијама од вредности.

Директива о проспекту је послужила као модел домаћем законодавцу када је реч о одредбама које се односе на регулисање проспекта, тј. издавање проспекта, изузетке од обавезе састављања проспекта, садржину проспекта и сл. Проспект се обавезно саставља када су хартије од вредности предмет јавне понуде или када се хартије одобравају за трговање на регулисаном тржишту земаља чланица. Издавање проспекта је обавезно пре јавне понуде. Међутим, од овог општег правила постоје изузеци.

3. Директива о трансапрентности

Иако је усвојена 2004. године, Директива о транспарентности[12] се примењује од јануара 2007. Директива регулише велики део онога што је било предвиђено Директивом о редовном финансијском извештавању листираних компанија из 1982. године.[13] У циљу стварања јединственог и ефикасног тржишта, Директива о транспарентности „захтева" од свих емитената, чије хартије од вредности већ имају одобрење за трговину на организованом тржишту државе чланице, да објављују одређене информације. Правовремено „откривање" и објављивање тачних информација о хартијама од вредности доприноси поверењу инвеститора, обезбеђује бољу заштиту инвеститора и већу тржишну ефикасност.[14]

12 Directive 2004/109/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 2004 on the harmonization of transparency requirements in relation to information about issuers whose securities are admitte to trading on a regulated market and amending Directive 2001/34/EC, *Official Journal of the European Union* L 390/38.

13 Council Directive 82/121/EEC of 15 February 1982 on information to be published on a regular basis by companies the shares of which have been admitted to official-stock exchange listing, *Official Journal* L 048.

14 Thomas Möllers, „Efficiency as a Standard in Capital Market Law – The Application of Empirical and Economic Arguments for the Justification of Civil Law, Criminal Law and Administrative Law Sanctions", *European Business Law Review*, Vol 20, Issue 2, 2009, стр. 249.

Директива прописује обавезно састављање годишњих и полугодишњих финансијских извештаја. Годишњи извештај садржи финансијски ивештај ревизора, извештај менаџмента и извештај одговорног лица. Полугодишњи извештај се састоји од скраћених финансијских извештаја, прелазног извештаја менаџмента и извештаја одговорног лица. Занимљиво је да је Директивом предвиђено да ће Комисија поднети извештај Европском парламенту и Савету Европе 20. јануара 2010. године о транспарентности кварталног извештаја и извештаја менаџмента, као и о томе да ли су информације садржане у њима довољне да се процени финансијско стање емитента (члан 6, тачка 3 Директиве). Наглашено је да постоје проблеми у смислу недовољног „откривања" информација о праву гласа, што је резултат повећаног коришћења софистицираних финансијских инструмената. Будући да ниво хармонизације није онакав како је очекивано, Комисија је изразила потребу за изменама Директиве.

4. Директива о злоупотребама на тржишту

Директива о злоупотребама на тржишту[15] дефинише инсајдерско деловање и тржишне манипулације.[16] Примењује се на финансијске инструменте којима се тргује на регулисаном тржишту. Под инсајдерском информацијом се подразумева прецизна информација која није доступна јавности, која се директно или индиректно односи на једног или више емитената финансијских инструмената или на један или више финансијских инструмената. Уколико би таква информација била доступна јавности могла би имати значајан утицај на цену тих финансијских инструмената или на цене деривативних финансијских инструмената. Злоупотребе, у погледу инсајдерског деловања и тржишне манипулације, негативно се рефлектују на тржишне учеснике јер нарушавају интегритет финансијског тржишта и угрожавају јавно поверење у трговину хартијама од вредности.[17] Директива предвиђа обавезу састављања листе инсајдера, тј. лица која раде за емитента а која имају приступ инсајдерским информацијама.

15 Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on insider dealing and market manipulation (market abuse), *Official Journal of European Union* L 96/16.

16 Како би се Директива о злоупотребама на тржишту могла примењивати, донете су још две директиве. Implementing Directive 2003/124/EC of the European Parliament and of the Council of 22 December 2003, *Official Journal of the European Union* L 339/70; Implementing Directive 2004/72/EC of 29 April 2004, *Official Journal of the European Union* L 162/70.

17 Volker Röben, „The regulation of financial services in the European Union", у: Reiner Grote, Thilo Marauhn (eds.), *The Regulation of International Financial Markets – Perspectives for Reform*, Cambridge University Press, 2006, стр. 137.

Крајем октобра 2011. године Европска комисија је предложила измене Директиве о злоупотребама на тржишту (између осталог, проширена је дефиниција појма инсајдерских информација, смањен је број изузетака и проширена је дефиниција тржишних манипулација).

II Нека дилеме у вези са решењима из Закона о тржишту капитала

У Србији је донет нов Закон о тржишту капитала,[18] који је почео да се примењује од новембра 2011. године. Разлог доношења новог закона лежи у потреби бржег развоја недовољно развијеног домаћег финансијског тржишта и потреби усклађивања домаћег законодавства са законодавством ЕУ. Развијено домаће финансијско тржиште омогућило би лакше кредитирање привреде и прилив страног капитала.

За разлику од претходног Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената, Закон о тржишту капитала јасно истиче следеће циљеве: заштита инвеститора, обезбеђење праведног ефикасног и транспарентног тржишта капитала и смањење системског ризика на тржишту капитала. Не може а да се не примети да је последњи циљ, смањење системског ризика, настојање нашег законодавца да држи корак са трендом реформе регулативе финансијског тржишта у свету, јер се системском ризику није поклањало довољно пажње пре последње финансијске кризе. Међутим, свуда у свету, па и код нас, таква пракса се мења.[19]

Закон о тржишту капитала се базира на директивама ЕУ које регулишу финансијско тржиште. Пре свега, ослања се на Директиву о тржиштима финансијских инструмената, али и остале које су претходно поменуте. Закон садржи бројне новине. Уводи нове појмове, а неке већ познате дефинише на нов начин. Тако, нпр. већ у првом члану новог закона помињу се изрази регулисано тржиште и МТП.

Уместо досадашњег назива „организовано" тржиште, користи се нов – „регулисано" тржиште. Регулисано тржиште је мултилатерални систем који организује, односно којим управља организатор тржишта и који омогућава и олакшава спајање интереса трећих лица за куповину и продају финансијских инструмената у складу са његовим обавезујућим правилима и на начин који доводи до закључења уговора у вези са финансијским инструментима укљученим у трговање по његовим пра-

18 *Службени ɪласник РС*, бр. 31/2011.

19 Бранко Васиљевић, Миона Делић, „Финансијска криза и регулација", *Право и ɪривреда*, бр. 4–6/2010, стр. 238.

вилима у систему, има дозволу и редовно послује у складу са законом.[20] Који се све послови могу обављати на регулисаном тржишту, односно мултилатералној трговинској платформи детаљно је наведено у члану 97 Закона.

Занимљиво је да закон следи тренд који је одавно присутан у Европи, а који се односи на напуштање принципа концентрације, тј. монопола берзи. У наредним редовима аутор објашњава овај принцип и проблеме до којих је довело његово укидање у државама чланицама ЕУ.

Наиме, до усвајања *MiFID*-а постојао је тзв. принцип концентрације који подразумева да се налози клијената извршавају на берзи. Укидање овог принципа једна је од највећих новина коју је донела Директива. То значи да је укинут монопол берзама.[21] Принцип концентрације примењивале су Италија, Француска и Шпанија, док су Немачка и Велика Британија дозвољавале својим финансијским посредницима да слободно одлуче где ће извршити налоге.[22] Већина држава које су примењивале овај принцип су државе континенталног права, те су зато проблеме представљале разлике у финансијским и правним системима држава англосаксонског и континенталног права.[23] Осим тога, разлог укидања принципа концентрације је, у извесном смислу, и политички због настојања да се оствари што виши ниво интеграције тржишта. Како берзама није ишло у прилог да инвеститори склапају и извршавају послове велике вредности ван берзе, инсистирале су да се прецизније дефинишу обавезе објављивања понуде за куповину, односно продају.[24] Осим тога, берзе су приступиле спајањима и преузимањима, побољшале су своју понуду, смањиле су провизије и цене услуга да би биле конкурентније.

Основ проблема који настаје укидањем монопола берзама у вези са извршавањем налога клијената, лежи у томе што *MiFID* дозвољава, у одређеним случајевима и уз посебну дозволу, трговање великим блоковима акција без откривања цене трансакције до њеног извршења.[25] Оправдање за необјављивање огледа се у томе да се не утиче на тржиште (цене). Непостојање података о трговању увод је у још један проблем.

20 Чл. 2 (20) Закона о тржишту капитала.

21 И. Бајакић, *нав. чланак*, стр. 537.

22 Giulia Gobbo, „MiFID Systematic Internalization: the Efficiency Debate and the Future of the European Financial Markets," *European Business Law Review*, Vol 20, Issue 1, 2009, стр. 63.

23 Занимљив је податак да је Немачка у току процеса интеграције и хармонизације прописа изменила око 80% својих прописа који се односе на тржиште капитала, док је „труд" Велике Британије био много мањи. И. Бајакић, *нав. чланак*, стр. 538.

24 И. Бајакић, *нав. чланак*, стр. 538.

25 И. Бајакић, *нав. чланак*, стр. 541.

Он се односи на немогућност остваривања принципа најповољнијег извршења налога клијента, што отвара питање: Да ли се на овај начин угрожавају интереси инвеститора? Нужни услов за остваривање принципа најбољег извршења је расположивост информација. Необјављивање информација отвара простор за злоупотребе на тржишту, па је питање: Да ли је цена која се накнадно објављује заиста формирана уз поштовање тржишних закона?

Платформе на којима се не објављују налози за куповину и продају популарно се називају дарк пулови (енгл. *dark pool*). Њихова основна предност је смањење трансакционих трошкова, а недостатак је смањење ликвидности тржишта. Дарк пулови[26] су алтернативни трговински системи регистровани као брокери или дилери. Директива предвиђа да њима могу управљати брокери и дилери и МТП. У првом случају се не објављују налози о куповини и продаји, док у другом случају постоји правило објављивања али уз могуће изузетке. Федерација европских берзи сматра да је необјављивање налога о куповини и продаји врло штетно за тржиште капитала и његову стабилност. С обзиром на то што се учешће дарк пулова повећава на тржишту, то може створити системски ризик што никоме не би ишло у прилог. Зато је Федерација европских берзи захтевала спровођење истраге о пословима дарк пулова, прецизније дефинисање МТП и системских интернализатора и једнаке услове за све учеснике на тржишту јер су за сада берзе у неповољнијем положају у односу на остале (МТП у власништву берзи су под строжим надзором од МТП у власништву инвестиционих друштава).[27] У САД, такође, постоји тенденција строжег регулисања дарк пулова, премда институционалним инвеститорима одговара управо трговање без објављивања налога о куповини и продаји.

У литератури не постоје јединствени ставови о томе који је систем бољи – МТП, односно интернализација или принцип концентрације. Предности првих су: смањење трошкова, већа флексибилност у извршавању налога и већа конкуренција. С друге стране, предност принципа концентрације је лакше формирање цена и већа ликвидност.[28] Занимљиво је да интернализација обезбеђује тзв. ефекат „скидања кајмака" (енгл. *cream skimming*). Практично, алтернативне трговинске платформе подразумевају веће разлике (распоне) између понуде и тражње, док принцип концентрације подразумева мање разлике, што је, сходно економским истраживањима, обележје ефикасног тржишта.[29] Не чуди што су многе државе чланице биле против увођења интернализације

26 Настали су у САД 1990. године.

27 И. Бајакић, *нав. чланак*, стр. 545.

28 G. Gobbo, *нав. чланак*, стр. 66.

29 G. Gobbo, *нав. чланак,* стр. 70.

јер се показало у пракси да она има врло негативан утицај на тржишне перформансе,[30] тј. на тржишне резултате. Када је реч о снижавању трошкова, што се истиче као једна од основних предности нових трговинских платформи, бројни експерти сматрају да до смањења трошкова можда и неће доћи. Наиме, почетно смањење трошкова бива компензовано трошковима насталим због велике подељености тржишта, као и додатним трошковима због повезивања трговинских платформи широм Европе.

За разлику од *MiFID*-а, наш Закон предвиђа две трговинске платформе (регулисано тржиште и МТП). Другу алтернативну трговинску платформу, систематску интернализацију, као билатерални систем трговања, наш закон није предвидео.[31] Дефиниција МТП је преузета из *MiFID*-а.[32]

Организатор МТП може бити брокерско-дилерско друштво или берза. На МТП се укључују финансијски инструменти који не испуњавају услове прописане актима организатора тржишта и Закона о тржишту капитала за укључење на регулисано тржиште, на основу одобреног проспекта за укључивање на МТП. Пажњу скреће члан 129 у делу који се односи на прописивање услова под којима организатор МТП може одложено да објави податке о трговању, као и критеријуме које је организатор МТП дужан да узме у обзир при одређивању трансакција које је могуће одложено објавити, а узимајући у обзир величину трансакција или врсту акција којима се тргује. Прописивање ових услова у надлежности је Комисије за хартије од вредности. Необјављивање информација од стране организатора МТП о врсти и величини налога клијената пре трговања предвиђено је у случају када се трговина финансијским инструментима на МТП одржава без сагласности емитента, премда се његовим финансијским инструментима тргује и на регулисаном тржишту. Ови изузеци од обавезе објављивања података могу регулисано тржиште ставити у неповољнији положај. Претпоставка је да је разлог за ово смањење трошкова, али код одлагања објављивања није јасан мотив законодавца.

Због неједнакости у погледу објављивања података, Европска комисија је предложила измену *MiFID*-а. Какве ће ефекте одредбе изазвати у пракси, остаје да се види. С обзиром на уочене проблеме и не-

30 По дефиницији, „тржишне перформансе показују карактеристике тржишта у погледу алокације ресурса уз најефикаснију употребу по најнижим трошковима, на начин који је дугорочно одржив и који обезбеђује адекватну заштиту инвеститорима". G. Gobbo, *нав. чланак,* стр. 66.

31 Предвиђен је Законом о тржишту капитала Хрватске (*Народне новине*, бр. 74/2009), с тим што одредба о томе ступа на снагу даном пријема Хрватске у чланство ЕУ.

32 Чл. 2 (21) Закона о тржишту капитала.

достатке у пракси ЕУ у вези са поменутом директивом, за очекивати је да ће до сличних проблема доћи и на нашем тржишту. Оправдано је поставити питање: Шта се постиже преузимањем законодавства и пословне праксе ЕУ када је и регулатива о финансијском тржишту ЕУ показала недостатке и када је иницирана њена измена? Ово питање посебно добија на значају ако се узме у обзир чињеница да српско финансијско тржиште ни приближно није развијено као финансијско тржиште развијених држава ЕУ. Преузимање регулативе ЕУ води постављању високих стандарда на домаћем финансијском тржишту и учесницима на тржишту, без прецизног сагледавања реалних могућности за њихову примену. Прихватање међународне пословне праксе и регулативе у овој области морало би бити прилагођено условима који постоје на домаћем тржишту. У супротном, финансијско тржиште остаје неприпремљено на нове стандарде и начин пословања. Многе новине могу изродити неефикасност на тржишту Србије. Питање је: Да ли је циљ прокламовати само високе стандарде и имати прописе који подсећају на прописе ЕУ без реалне могућности за њихову примену или је циљ да се заиста омогући развој финансијског тржишта, повећање његове ликвидности и ефикасности?

Иако је Закон о тржишту капитала рађен по узору на европске директиве које уређују ову материју, ипак садржи и решења која су само њему својствена. Према слову Закона, јавно друштво је издавалац који испуњава бар један од два услова наведена у члану 2(43) Закона о тржишту капитала. Први услов је да је јавно друштво успешно извршило јавну понуду хартија од вредности у складу са проспектом чије је објављивање одобрила Комисија, а други да су његове хартије од вредности укључене у трговање на регулисаном тржишту, односно МТП. Питање укључивања акција јавних друштава на берзу, постаје нарочито важно због укидања поделе на затворена и отворена акционарска друштва, што је у духу европских прописа.[33] Међутим, чини се да поменути члан 2(43) Закона о тржишту капитала није најбоље усклађен са чланом 123 истог Закона.[34] У члану 123 Закона о тржишту капитала предвиђени су услови који кумулатвино морају бити испуњени да би се са регулисаног тржишта, односно мултилатералне трговинске платформе повукле акције. Један од критеријума се односи на минимални број акционара које јавно друштво има, тј. до повлачења ће доћи уколико, уз испуњење и осталих услова из поменутог члана, има мање од 10.000 акционара.[35]

33 Мирко Васиљевић, *Компанијско право – право привредних друштава Србије и ЕУ*, Правни факултет Универзитета у Београду – Центар за публикације, Београд, 2005, стр. 212.

34 Добросав Миловановић, „Нова решења предлога Закона о тржишту капитала", *Право и привреда*, бр. 4–6/2011, стр. 577.

35 Остала два услова за повлачење акција су: да је у периоду од шест месеци који претходи доношењу одлуке о повлачењу, укупно остварени обим промета акција,

Такав критеријум није у складу са упоредним законодавством.[36] Примена оваквог критеријума значи да друштва која имају више од 10.000 акционара неће моћи да се искључе са регулисаног тржишта.

Закон о тржишту капитала је у прописивању обавезе јавног друштва у погледу састављања извештаја отишао корак даље у односу на Директиву о транспарентности. Наиме, наш законодавац прописује обавезу састављања и објављивања годишњих (члан 50), полугодишњих (члан 52) и кварталних извештаја (члан 53), док Директива предвиђа само прва два. За разлику од нашег Закона, Директива о транспарентности је оставила слободу у погледу састављања кварталних извештаја.

За добро функционисање финансијског тржишта, неопходно је да постоји добар контролни механизам, тј. надзорни орган. Комисија за хартије од вредности, као регулаторни и надзорни орган у овој материји, по слову Закона је независна и самостална организација са статусом правног лица, а за свој рад одговорна је Народној скупштини.[37] Међутим, изгледа да је то само прокламација. Велику пажњу и дилему у вези са независношћу Комисије за хартије од вредности изазива члан 262 Закона, у коме се после навођења надлежности Комисије, истиче да наведене послове,[38] Комисија обавља као поверене послове. Таква одредба постоји и у Закону о тржишту хартија од вредности и другим финансијским инструментима,[39] па се може констатовати, нажалост, да није ништа урађено у погледу веће независности Комисије. На тај начин Комисија, ни по Закону о тржишту капитала, не задовољава принципе Међународне организације за хартије од вредности (*IOSCO*). Поверавање појединих послова имаоцима јавних овлашћења предвиђа Закон о државној управи.[40] На проблем у вези са (не)зависношћу Комисије за хартије од вредности, стручна јавност је више пута указивала, па се аутор неће посебно бавити овим питањем. Ипак, аутор сматра да је то један од крупних недостатака новог закона. Као надзорни орган,

које су предмет повлачења, износио мање од 0,5% од њиховог укупног издатог броја и да је у најмање три месеца, која претходе одлуци о повлачењу акција, остварен месечни промет износио мање од 0,05% од њиховог укупног издатог броја. Одлука о повлачењу ће бити валидна само уколико укључује и неопозиву изјаву друштва којом се оно обавезује да на захтев несагласних акционара откупи акције уз одговарајућу накнаду, с тим што то право има и акционар који није учествовао у раду скупштине друштва. Члан 123 Закона о тржишту капитала.

36 Д. Миловановић, *нав. чланак*, стр. 576.

37 Члан 239 Закона о тржишту капитала.

38 То су послови из става 1–13, 17 и 18 члана 262 и чине, не само већину послова, већ и најважније послове које обавља Комисија.

39 Члан 220 Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената.

40 *Службени ɪласник РС*, бр. 79/2005, 101/2007, 95/2010.

Комисија за хартије од вредности би требало да се труди да оствари циљеве наведене у члану 1 Закона, тј. заштиту инвеститора, праведно, ефикасно и транспарентно тржиште капитала и смањење системског ризика. Додајмо, да су овлашћења и надлежности Комисије проширени у односу на претходни закон. Новина коју је донео Закон о тржишту капитала је и детаљније регулисање поступка надзора.

Објективност налаже да се истакне да у Закону о тржишту капитала има и решења која су врло позитивна и доприносе унапређењу домаћег регулаторног оквира у овој материји, нпр. прецизно дефинисање јавне понуде, одредбе о проспекту, увођење категорије професионални клијент и сл.

С обзиром да је Европска комисија најавила измене директива које уређују финансијско тржиште, то значи да ће и Закон о тржишту капитала претрпети измене уколико желимо да буде потпуно усклађен са европским прописима, с тим што и даље остаје питање реалних могућности за његову примену.

III Закључак

Закон о тржишту капитала, могло би се рећи, представља својеврсни амалгам директива ЕУ које регулишу финансијско тржиште (Директива о тржиштима финансијских инструмената, Директива о проспекту, Директива о транспарентности и Директива о злоупотребама на тржишту). Закон је врло модеран, што је са једне стране, за похвалу, али с друге стране оставља отворено питање реалних могућности за примену. Другим речима, овај закон поставља високе стандарде за мало и неразвијено финансијско тржиште Србије. Закон је почео недавно да се примењује. Пракса ће најбоље показати какви су ефекти примене. Осим тога, Европска комисија је најавила измену директива које су послужиле као узор за израду домаћег Закона о тржишту капитала. Питање је: Да ли то значи да се, ускоро, може очекивати и измена поменутог закона?

***Jasmina* LABUDOVIĆ STANKOVIĆ, PhD**
Assistant Professor at the Faculty of Law University of Kragujevac

SOME DILEMMAS ABOUT THE NEW CAPITAL MARKET ACT

Summary

The author has attempted to point to some new aspects in the new Capital Market Act, because they have, undoubtedly, provoked certain discussions in academic public circles. The author focuses on trading faciliteis and the abolition of concentration rules. Some other new aspects have also attracted the author's attention, as well as Commission for Securities, which is supervisory authority, but regarding its independence nothing has been done in relation to the Capital Market Act and other financial instruments. The author also presents some solutions from the EU Directives, which were the models for domestic legislator when making the Capital Market Act. The first part of this article gives the short review of EU Directives, and the second part critically presents some new aspects in the Capital Market Act.

Key words: *capital market, regulated market, multilateral trading facility.*

др *Мирјана* РАДОВИЋ, LL.M. (Humboldt)
асистент Правног факултета Универзитета у Београду

ПРАВНИ ОДНОСИ У ПОСТУПКУ НАПЛАТЕ ПОТРАЖИВАЊА ПУТЕМ ДИРЕКТНОГ ЗАДУЖЕЊА ПО ОСНОВУ ОВЛАШЋЕЊА*

Резиме

У овом раду аутор анализира основне правне односе између учесника у поступку наплате новчаних потраживања путем директног задужења по основу овлашћења. Реч је о начину наплате потраживања који представља еволуцију некадашњег акцептног налога. Под директним задужењем се подразумева безготовинска наплата потраживања коју иницира поверилац издавањем налога за наплату на основу одговарајућег овлашћења које издаје дужник. Уводни део рада објашњава појам и значај директног задужења, као и његову везу са некадашњим акцептним налогом. Главни део рада анализира учеснике у поступку директног задужења и њихове правне односе. При том се разликују: 1. однос између повериоца и дужника (валутни однос); 2. однос између повериоца и банке повериоца (однос инкаса); 3. однос између дужника и банке дужника (однос покрића); и 4. остали евентуални правни односи (пре свега, однос између учествујућих банака). За разлику од упоредног права где постоји детаљна анализа релевантних правних аспеката директног задужења, српска правна теорија је у овој области потпуно неразвијена, а таква ситуација се негативно одражава и на практичан значај ове услуге плаћања.

Кључне речи: *директно задужење, овлашћење, услуга плаћања, акцептни налог, начин плаћања, новчано потраживање.*

---

* Рад представља прилог пројекту Правног факултета Универзитета у Београду „*Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ – правни, економски, политички и социолошки аспекти (2012)*“.

I Увод

У трговинскоправном промету физичка предаја новца (новчаница и кованица) повериоцу од стране дужника представља ризичан и мање погодан начин извршења новчаних обавеза.[1] Управо из тог разлога данас преовлађује плаћање путем преноса новчаних средстава са рачуна дужника на рачун повериоца код банке – тзв. безготовински (жирални) начин плаћања.[2] Описани пренос новчаних средстава се традиционално покреће на иницијативу дужника (тзв. трансфер одобрења), издавањем одговарајућег налога за плаћање банци код које има отворен новчани рачун.[3] Поред тога, безготовинско плаћање може да иницира и сам поверилац (тзв. трансфер задужења) на основу доспелих хартија од вредности (укључујући и меницу),[4] док се 60-их година прошлог века развила и могућност да поверилац по сопственој иницијативи безготовински наплати потраживање на основу одговарајућег овлашћења које издаје дужник.[5] У редовима који следе биће анализирани правни аспекти управо овог последњег, новијег начина наплате новчаних потраживања, који се у важећим српским прописима описно назива „директно задужење по основу овлашћења" (у даљем тексту: „директно задужење").

---

1 Michael Brindle, Raymond Cox (eds.), *Law of Bank Payments*, Third Edition, Sweet & Maxwell, London, 2004, стр. 49.

2 M. Brindle, R. Cox (eds.), *нав. дело*, стр. 49; вид. дефиницију „трансакције плаћања" у Закону о платном промету (*Службени листи СРЈ*, бр. 3/2002 и 5/2003, *Службени гласник РС*, бр. 43/2004, 62/2006, 111/2009, 31/2011), чл. 2 ст. 1 тач. 25.

3 Вид. дефиницију „трансфера одобрења" у Закону о платном промету, чл. 4 ст. 3.

4 Вид. дефиницију „трансфера задужења" у Закону о платном промету, чл. 4 ст. 4. Поверилац може да иницира плаћање новчане обавезе на основу доспелих хартија од вредности (укључујући и меницу), али у том случају износ који потражује може да му буде исплаћен и у готовини, а не само преносом на његов рачун код банке. О разликама између наплате путем чека и путем директног задужења више вид.: Alfons van Gelder у: Herbert Schimansky, Hermann-Josef Bunte, Hans Jürgen Lwowski (Hrsg.), *Bankrechts-Handbuch*, Band I, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2007, §56 Rn. 36.

5 У Великој Британији се овај поступак развио 1967. године. Вид.: Mark Hapgood (editor), *Paget's Law of Banking*, Thirteenth Edition, LexisNexis, Butterworths, Reed Elsevier (UK) Ltd, London, 2007, стр. 378. У Немачкој је шира употреба директног задужења почела 1964. године. Вид.: Hartmut Strube у: Peter Derleder, Kai-Oliver Knops, Heinz Georg Bamberger (Hrsg.), *Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht*, 2. Auflage, Springer-Verlag, Berlin – Heidelberg, 2009, стр. 1286; Hartmut Strube у: Paul H. Assies, Dirk Beule, Julia Heise, Hartmut Strube (Hrsg.), *Handbuch des Fachanwalts: Bank– und Kapitalmarktrecht*, 2. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2010, стр. 233; A. van Gelder у: H. Schimansky, H.-J. Bunte, H. J. Lwowski (Hrsg.), *нав. дело*, §56 Rn. 11. У Србији је директно задужење под називом „акцептни налог" уведено у праксу, такође, крајем 60-их година (тачније 1968. године). Вид.: Душанка Чуровић, Милан Ђорђевић, „Злоупотреба акцептног налога", *Правни живот*, бр. 9–10/1994, стр. 1039.

II Појам и значај директног задужења по основу овлашћења

Директно задужење по основу овлашћења представља врсту услуге плаћања, те је стога обухваћено хармонизованим правилима Директиве 2007/64/ЕЗ о услугама плаћања у унутрашњем тржишту (у даљем тексту: Директива).[6] Према Директиви, директно задужење (енгл. *direct debit* или *direct withdrawal*, фр. *prélèvement* или *service de recouvrement direct*, нем. *Lastschrift*) је услуга плаћања у циљу задужења рачуна дужника новчане обавезе, код које трансакцију плаћања (пренос средстава) иницира поверилац на основу сагласности коју дужник даје повериоцу, банци повериоца или својој банци (банци дужника).[7] Изложена дефиниција настоји да обухвати разноврсне механизме функционисања директног задужења по основу овлашћења, имајући у виду да се конкретна правила у вези са овом услугом разликују у националним правима држава чланица. Тако је у појединим земљама дозвољено да се директно задужење врши на основу овлашћења које дужник даје само повериоцу, или само својој банци, док се у другим земљама захтева да дужник ово овлашћење дâ и повериоцу и својој банци.[8]

У праву Србије директно задужење је регулисано Законом о платном промету из 2002. године (у даљем тексту: Закон), као и подзаконским актима, од којих је за сврхе анализе правних односа у овом раду посебно значајна Одлука о општим правилима за обављање директних задужења по основу овлашћења из 2010. године (у даљем тексту:

6 Directive 2007/64/EC of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on payment services in the internal market amending Directives 97/7/EC, 2002/65/EC, 2005/60/EC and 2006/48/EC and repealing Directive 97/5/EC, *Official Journal* L 319, 5.12.2007, pp. 1–36 (даље у фуснотама: Payment Services Directive). Вид.: Benjamin Geva, „The EU Payment Services Directive: An Outsider's View", *Yearbook of European Law*, Vol. 28, Issue 1, 2009, стр. 179; Christian Gavalda, Jean Stoufflet, *Droit bancaire (institutions – comptes – opérations – services)*, 8e édition, LexisNexis, Paris, 2010, стр. 666.

7 Payment Services Directive, Art. 4(1)(28). О појму директног задужења у француском праву вид.: Thierry Bonneau, *Droit bancaire*, 8e édition, Montchrestien – Lextenso éditions, Paris, 2009, стр. 350; C. Gavalda, J. Stoufflet, *нав. дело*, стр. 666.

8 У прву групу земаља спада, на пример, Немачка. Вид.: Adolf Baumbach, Klaus J. Hopt, *Handelsgesetzbuch: mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank– und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht)*, 34. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2010, Rn. D/1; H. Strube у: P. Derleder, K.-O. Knops, H. G. Bamberger (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 1288; Stefan Werner у: Siegfried Kümpel, Arne Wittig (Hrsg.), *Bank– und Kapitalmarktrecht*, 4. Auflage, Köln, 2011, стр. 966. У другу групу земаља спада, примера ради, Француска, а од земаља које нису чланице Европске уније – Швајцарска. Вид.: C. Gavalda, J. Stoufflet, *нав. дело*, стр. 666; T. Bonneau, *нав. дело*, стр. 350; Carlo Lombardini, *Droit bancaire suisse*, 2éme édition, Schulthess, Éditions romandes, Zurich – Bâle – Genève, 2008, стр. 511.

Одлука).[9] У складу са овим прописима, директно задужење је пренос новчаних средстава са рачуна дужника на рачун повериоца (трансакција плаћања), који иницира поверилац на основу овлашћења (сагласности) које дужник даје својој банци и свом повериоцу.[10] Према томе, захваљујући претходној сагласности дужника, поверилац може директно да захтева наплату средстава са рачуна дужника издавањем налога за наплату,[11] који ће по правилу бити извршен без потребе за додатном активношћу дужника.[12] При том, на основу једног овлашћења дужника, поверилац може да у одређеном периоду наплати не само једно, него и више потраживања која потичу из истог правног основа.[13]

Из изложених дефиниција се закључује да директно задужење, попут трансфера одобрења, служи безготовинском плаћању новчаних обавеза, с том разликом што овде поступак преноса средстава иницира поверилац, а не дужник.[14] У том смислу је читав поступак обрнут у односу на иницирање трансфера одобрења издавањем налога за плаћање, па се у правној теорији некада означава и као „обрнут налог за плаћање" (нем. *rückläufige Überweisung*).[15] Код директног задужења дужник одговарајућим споразумом овлашћује повериоца да се наплати са његовог рачуна, али је након тога његова улога у покретању поступка плаћања пасивна, будући да наплату иницира сам поверилац.[16] Штавише, поверилац на основу овлашћења директног задужења захтева од банке дужника пренос новчаних средстава у сопствено име, а не

9 Одлука о општим правилима за обављање директних задужења по основу овлашћења (*Службени гласник РС*, бр. 6/2010, 12/2010, даље у фуснотама: Одлука). Поред ове одлуке за функционисање директног задужења су релевантни и следећи подзаконски акти: Одлука о ближим условима, садржини и начину вођења Регистра меница и овлашћења (*Службени гласник РС*, 56/2011), Одлука о начину вршења принудне наплате с рачуна клијента (*Службени гласник РС*, бр. 47/2011), Одлука о обављању клиринга и обрачуна директних задужења по основу овлашћења (*Службени гласник РС*, бр. 6/2010) и Одлука о облику, садржини и начину коришћења јединствених инструмената платног промета (*Службени гласник РС*, бр. 57/2004, 82/2004).

10 Закон о платном промету, чл. 4 ст. 4 у вези са чл. 2 ст. 1 тач. 25.

11 M. Brindle, R. Cox (eds.), *нав. дело*, стр. 52; M. Hapgood (editor), *нав. дело*, стр. 378.

12 Одлука, тач. 2.

13 C. Gavalda, J. Stoufflet, *нав. дело*, стр. 666.

14 S. Werner у: S. Kümpel, A. Wittig (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 963; C. Lombardini, *нав. дело*, стр. 511.

15 A. van Gelder у: H. Schimansky, H.-J. Bunte, H. J. Lwowski (Hrsg.), *нав. дело*, §56 Rn. 3; Matthias Casper у: Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 4: Schuldrecht – Besonderer Teil II, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2009, Vorbemerkungen zu den §§ 676a–676g BGB Rn. 33; C. Lombardini, *нав. дело*, стр. 511; A. Baumbach, K. J. Hopt, *нав. дело*, Rn. D/01.

16 C. Lombardini, *нав. дело*, стр. 511.

у име дужника.[17] На тај начин се директно задужење јасно разликује од издавања тзв. трајног налога за плаћање (енгл. *standing order*, нем. *Dauerauftrag*),[18] код кога трансакцију плаћања покреће дужник издавањем налога својој банци да у редовним временским интервалима преноси одређени (фиксни) износ са његовог рачуна на рачун повериоца (на пример, ради плаћања закупнине, отплаћивања хипотекарног потраживања).

Директно задужење је изразито развијен и широко коришћен механизам наплате новчаних потраживања у земљама попут Немачке, Француске и Велике Британије.[19] Разлог за такву популарност се огледа у бројним предностима ове врсте безготовинског плаћања. Иако директно задужење начелно може да се користи као начин плаћања било ког новчаног дуга, његова најчешћа употреба се везује за односе са трајним извршењем престација код којих постоје редовне обавезе плаћања, које могу да се разликују по висини (на пример, плаћање пореза, струје, воде, телефонских рачуна, премија осигурања).[20] Са једне стране, овај начин плаћања дужнику олакшава благовремено извршавање обавеза, јер он не мора да посебно води рачуна о року доспелости, нити да се додатно ангажује издавањем налога за плаћање ради извршења сваке поједине обавезе.[21] Са друге стране, директно задужење омогућава повериоцу да преузме иницијативу приликом наплате потраживања, захваљујући чему он не мора да чека благовремено плаћање од стране дужника.[22] Поред тога, поверилац на основу директних задужења може да кори-

17 C. Lombardini, *нав. дело*, стр. 511.

18 M. Brindle, R. Cox (eds.), *нав. дело*, стр. 52.

19 C. Lombardini, *нав. дело*, стр. 511. Директно задужење је најпопуларнији облик безготовинског плаћања у Великој Британији, али то важи пре свега за број таквих трансакција, али не и за висину новчаних износа који се на тај начин преносе са једног рачуна на други, будући да се директно задужење претежно користи за плаћање мањих износа. Вид.: M. Hapgood (editor), *нав. дело*, стр. 378. У Немачкој је 2008. године извршено осам милијарди трансакција у поступку директног задужења, што је чинило половину читавог безготовинског платног промета. Вид.: H. Strube у: P. H. Assies, D. Beule, J. Heise, H. Strube (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 233.

20 M. Hapgood (editor), *нав. дело*, стр. 379; C. Gavalda, J. Stoufflet, *нав. дело*, стр. 666; C. Lombardini, *нав. дело*, стр. 511; A. van Gelder у: H. Schimansky, H.-J. Bunte, H. J. Lwowski (Hrsg.), *нав. дело*, §56 Rn. 35; S. Werner у: S. Kümpel, A. Wittig (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 965. У томе се огледа и основна предност директног задужења у односу на трајни налог за плаћање, будући да овај последњи може да се користи само за плаћање фиксних износа новчаних обавеза, док директно задужење омогућава плаћање и променљивих износа. Вид.: M. Brindle, R. Cox (eds.), *нав. дело*, стр. 52.

21 H. Strube у: P. Derleder, K.-O. Knops, H. G. Bamberger (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 1287; S. Werner у: S. Kümpel, A. Wittig (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 964; упор.: A. van Gelder у: H. Schimansky, H.-J. Bunte, H. J. Lwowski (Hrsg.), *нав. дело*, §56 Rn. 65 и даље.

22 S. Werner у: S. Kümpel, A. Wittig (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 964.

сти предности истовремене наплате потраживања од својих бројних дужника.[23]

Упркос новој терминологији важећих прописа, директно задужење по основу овлашћења није нови институт у праву и банкарској пракси Србије. Он представља еволуцију некадашњег института акцептног налога, који је у српску праксу први пут уведен 1968. године.[24] Нажалост, неразвијеност српске теорије банкарског права је довела до бројних недоумица, нелогичности и нетачности у тумачењу битних правних питања у вези са акцептним налогом.[25] Таква ситуација је допринела умањењу значаја акцептног налога, који је коришћен искључиво ради наплате једне тачно одређене обавезе, али не и бројних будућих потраживања, унапред неодређене висине.[26]

III Правни односи између учесника у поступку

У поступку директног задужења учествује најмање три, а често и више лица. У случају да поверилац и дужник имају рачуне код исте банке (тзв. интерни трансфер),[27] у поступку наплате путем директног задужења ће учествовати само: поверилац, дужник и банка дужника. Ипак, у пракси је чешћи случај да поверилац и дужник имају отворене рачуне код различитих банака (тзв. међубанкарски трансфер),[28] те ће

23 H. Strube у: P. Derleder, K.-O. Knops, H. G. Bamberger (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 1287. О овим и додатним предностима за повериоца више вид.: A. van Gelder у: H. Schimansky, H.-J. Bunte, H. J. Lwowski (Hrsg.), *нав. дело*, §56 Rn. 58 и даље.

24 О развоју правног уређења акцептног налога вид.: Д. Чуровић, М. Ђорђевић, *нав. чланак*, стр. 1039; Мирко Бартуловић, „Акцептни налог у теорији и пракси", *Правни живот*, бр. 11/2001, стр. 645.

25 Вид.: Д. Чуровић, М. Ђорђевић, *нав. чланак*, стр. 1038, који акцептни налог схватају истовремено као инструмент платног промета и налог за плаћање, са карактером новца (исто: Петар Милутиновић, „Правна природа акцептног налога", *Правни живот*, бр. 11/2001, стр. 663), без својства правног односа, са природом *последице* постојећег односа између повериоца и дужника (исто схватање заступа и: М. Бартуловић, *нав. чланак*, стр. 648). Насупрот томе, исправно се закључује да акцептни налог није инструмент обезбеђења плаћања, јер његово извршење зависи од тога да ли у моменту наплате има покрића на рачуну дужника (исто: П. Милутиновић, *нав. чланак*, стр. 664). Такође, исправно је тумачење акцептног налога као начина испуњења новчане обавезе. Вид.: М. Бартуловић, *нав. чланак*, стр. 648. О акцептном налогу као *радњи* извршења уговора, вид.: П. Милутиновић, *нав. чланак*, стр. 662. О недоумицама у погледу допуштености бланко акцептног налога, вид.: Д. Чуровић, М. Ђорђевић, *нав. чланак*, стр. 1040 и даље; М. Бартуловић, *нав. чланак*, стр. 646 и даље. Вид. и: Ивица Јанковец, *Привредно право*, Београд, 1999, стр. 274 и 275.

26 Д. Чуровић, М. Ђорђевић, *нав. чланак*, стр. 1042.

27 Закон о платном промету, чл. 5 ст. 2.

28 Закон о платном промету, чл. 5 ст. 3.

тада у поступку учествовати барем четири лица: поверилац, банка повериоца, дужник и банка дужника.[29] Осим тога, ако између банке повериоца и банке дужника не постоји непосредан уговорни однос, у поступку ће учествовати и једна или више међубанака.[30] У терминологији српског Закона, банка повериоца се другачије назива „иницијална банка", будући да прима први налог за наплату, док се банка дужника означава и као „одредишна банка", која последња у низу прима повериочев налог, а међубанке представљају банке посреднике.[31] Уз то, према законским правилима код директног задужења поверилац врши улогу налогодавца, а дужник се сматра примаоцем,[32] иако употреба овог израза може да изазове забуну, с обзиром на то да је прималац новчаних средстава у ствари поверилац, док је прималац налога за наплату банка дужника, а не и сам дужник.

Између приказаних учесника у поступку директног задужења постоји више правних односа. Реч је о правним односима између: 1. повериоца и дужника; 2. повериоца и банке повериоца; 3. дужника и банке дужника; и 4. банака које учествују у поступку.[33]

1. Правни однос између повериоца и дужника

Основни однос који представља основ за наплату путем директног задужења јесте однос између повериоца и дужника из кога произлази једно или више новчаних потраживања (тзв. валутни однос). Да би могао да се покрене поступак наплате путем директног задужења, неопходно је да поверилац и дужник уговоре такав начин извршења новчане обавезе (начин плаћања).[34] Отуда, споразум о наплати путем директног задужења представља споредан (зависан, несамосталан) споразум у оквиру основног посла.[35] Њиме се дужник обавезује да повериоцу

29 M. Casper у: F. J. Säcker, R. Rixecker (Hrsg.), *нав. дело*, Vor. §§ 676a–676g BGB Rn. 34.

30 Упор.: A. Baumbach, K. J. Hopt, *нав. дело*, Rn. D/2.

31 Закон о платном промету, чл. 6 ст. 4 у вези са чл. 2 ст. 1 тач. 11, 13, 14.

32 Закон о платном промету, чл. 6 ст. 4 у вези са чл. 2 ст. 1 тач. 20, 21.

33 Упор.: A. Baumbach, K. J. Hopt, *нав. дело*, Rn. D/1; Stefan Mathies, „Die Lastschrift", *Juristische Schulung*, 2009, стр. 1075; M. Casper у: F. J. Säcker, R. Rixecker (Hrsg.), *нав. дело*, Vor. §§ 676a–676g BGB Rn. 34.

34 A. van Gelder у: H. Schimansky, H.-J. Bunte, H. J. Lwowski (Hrsg.), *нав. дело*, §58 Rn. 148; C. Lombardini, *нав. дело*, стр. 511; H. Strube у: P. Derleder, K.-O. Knops, H. G. Bamberger (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 1301. Уговарање оваквог начина плаћања између повериоца и дужника се у немачкој правној теорији другачије назива „споразум о плаћању путем директног задужења" (нем. *Lastschrift(zahlungs)abrede*). Вид.: M. Casper у: F. J. Säcker, R. Rixecker (Hrsg.), *нав. дело*, Vor. §§ 676a–676g BGB Rn. 49.

35 S. Mathies, *нав. чланак*, стр. 1075; A. Baumbach, K. J. Hopt, *нав. дело*, Rn. D/22; M. Casper у: F. J. Säcker, R. Rixecker (Hrsg.), *нав. дело*, Vor. §§ 676a–676g BGB Rn. 49; A. van Gelder у: H. Schimansky, H.-J. Bunte, H. J. Lwowski (Hrsg.), *нав. дело*, §58 Rn. 149

омогући наплату путем директног задужења издавањем одговарајућег овлашћења, а поверилац стиче право да користи овај начин наплате потраживања.[36] Од овог споразума не може једнострано да одустане ни поверилац ни дужник.[37] Међутим, у случају да поверилац не успе да се наплати путем директног задужења из разлога на страни дужника (на пример, због непостојања или недовољног покрића на рачуну, грешке банке дужника, дужниковог вршења права на рефундацију средстава, а у појединим земљама због дозвољеног опозива овлашћења), сматра се да дужник није испунио своју новчану обавезу, те поверилац може да захтева испуњење основног посла редовним путем – непосредно од дужника.[38]

За наплату путем директног задужења су подобне само доспеле новчане обавезе чије остварење није условљено презентацијом неке исправе.[39] Стога, путем директног задужења по основу овлашћења не може да се наплати, примера ради, новчано потраживање из менице или чека.[40] Уговарањем директног задужења као начина плаћања, новчана обавеза уместо доносиве постаје тражљива облигација.[41] То значи да убудуће поверилац мора да се ангажује око наплате свог потраживања, те дужник не може да падне у доцњу ако, на пример, поверилац не покрене или неблаговремено покрене поступак наплате, или ако банка повериоца одбије да проследи налог за наплату у поступку директног

и 152. У немачкој правној теорији преовлађује став да би такав споразум могао да буде садржан и у општим условима пословања повериоца новчане обавезе, под одређеним условима, а нарочито ако дужник задржава право на накнадни приговор против задужења свог рачуна (тзв. захтев за рефундацију средстава).

36 M. Casper у: F. J. Säcker, R. Rixecker (Hrsg.), *нав. дело*, Vor. §§ 676a–676g BGB Rn. 49; A. van Gelder у: H. Schimansky, H.-J. Bunte, H. J. Lwowski (Hrsg.), *нав. дело*, §58 Rn. 157 и 158.

37 Упор.: A. van Gelder у: H. Schimansky, H.-J. Bunte, H. J. Lwowski (Hrsg.), *нав. дело*, §58 Rn. 162.

38 C. Lombardini, *нав. дело*, стр. 512; A. van Gelder у: H. Schimansky, H.-J. Bunte, H. J. Lwowski (Hrsg.), *нав. дело*, §58 Rn. 149; упор.: H. Strube у: P. Derleder, K.-O. Knops, H. G. Bamberger (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 1302.

39 A. van Gelder у: H. Schimansky, H.-J. Bunte, H. J. Lwowski (Hrsg.), *нав. дело*, §56 Rn. 53.

40 A. van Gelder у: H. Schimansky, H.-J. Bunte, H. J. Lwowski (Hrsg.), *нав. дело*, §56 Rn. 56.

41 H. Strube у: P. Derleder, K.-O. Knops, H. G. Bamberger (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 1301; M. Casper у: F. J. Säcker, R. Rixecker (Hrsg.), *нав. дело*, Vor. §§ 676a–676g BGB Rn. 49; A. van Gelder у: H. Schimansky, H.-J. Bunte, H. J. Lwowski (Hrsg.), *нав. дело*, §58 Rn. 153 и 154. О разлици између тражљивих и доносивих обавеза, вид.: И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 300 – код „тражљиве [обавезе], поверилац треба да затражи од дужника у његовом месту да изврши обавезу, а [код] доносиве, поверилац може да чека дужника у свом месту да овај испуни своју обавезу".

задужења.[42] Насупрот томе, дужник ће пасти у доцњу, ако благовремено иницирано директно задужење не буде извршено због недовољног покрића на рачуну код банке дужника или из другог узрока на страни дужника (укључујући и банку дужника).[43] Коначно, споразум о наплати путем директног задужења мења место испуњења новчане обавезе, која се супротно општим правилима не извршава у месту пребивалишта, односно седишта повериоца,[44] него у месту седишта банке дужника која води дужников рачун.[45]

2. Правни однос између банке повериоца и повериоца

Да би могла да се оствари наплата путем директног задужења неопходно је да постоји одговарајући правни однос између повериоца и банке повериоца (тзв. однос инкаса).[46] При том је основна претпоставка за извршење директног задужења да поверилац има отворен новчани рачун код своје банке, преко кога се пружају услуге плаћања.[47] Међутим, постојање овог рачуна није довољно, будући да не укључује аутоматски обавезу банке да омогући повериоцу приступ поступку директног задужења.[48] Наиме, поступак директног задужења изазива посебне ризике за банку повериоца због широких могућности злоупотреба од стране повериоца.[49] Управо из тог разлога, банка повериоца задржава слободу да одлучи ком клијенту ће омогућити коришћење овог начина олакшане наплате потраживања.[50] Отуда, пре иницирања наплате потраживања са рачуна дужника, између повериоца и банке повериоца

42 C. Lombardini, *нав. дело*, стр. 512; M. Casper у: F. J. Säcker, R. Rixecker (Hrsg.), *нав. дело*, Vor. §§ 676a–676g BGB Rn. 49.

43 H. Strube у: P. Derleder, K.-O. Knops, H. G. Bamberger (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 1301.

44 Закон о облигационим односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 – даље у фуснотама: ЗОО), чл. 320 ст. 1.

45 C. Lombardini, *нав. дело*, стр. 512. Упореди обрнуто правило о месту испуњења новчане обавезе која се плаћа путем вирмана (налога за плаћање, односно трансфера одобрења): ЗОО, чл. 320 ст. 2.

46 A. Baumbach, K. J. Hopt, *нав. дело*, Rn. D/1.

47 M. Brindle, R. Cox (eds.), *нав. дело*, стр. 81. Поред тога, у праву Велике Британије се захтева да поверилац има регистровану адресу у Великој Британији.

48 A. van Gelder у: H. Schimansky, H.-J. Bunte, H. J. Lwowski (Hrsg.), *нав. дело*, §58 Rn. 2; A. Baumbach, K. J. Hopt, *нав. дело*, Rn. D/12.

49 Упор.: A. van Gelder у: H. Schimansky, H.-J. Bunte, H. J. Lwowski (Hrsg.), *нав. дело*, §56 Rn. 74 и §58 Rn. 3.

50 M. Casper у: F. J. Säcker, R. Rixecker (Hrsg.), *нав. дело*, Vor. §§ 676a–676g BGB Rn. 48; C. Lombardini, *нав. дело*, стр. 513; M. Hapgood (editor), *нав. дело*, стр. 379; A. Baumbach, K. J. Hopt, *нав. дело*, Rn. D/12. Банка повериоца ће омогућити клијенту приступ поступку наплате путем директног задужења након одговарајуће провере његове уговорне и административне способности, финансијског статуса, озбиљности,

треба да се закључи одговарајући споразум о наплати потраживања путем директног задужења.[51] У оквиру описаног споразума о наплати поверилац гарантује својој банци да ће иницирати наплату само на основу пуноважног овлашћења дужника, које је веродостојно и аутентично,[52] као и да ће путем директног задужења вршити наплату само пуноважних, постојећих и остваривих потраживања из основног посла са дужником.[53]

На основу споразума о наплати, банка повериоца преузима обавезу да са дужном пажњом без одлагања проследи одговарајући повериочев налог за наплату путем директног задужења банци дужника, односно банци посреднику.[54] Поред тога, у упоредном праву је уобичајена пракса да банка повериоца одмах приликом пријема налога за наплату, још пре извршења директног задужења, условно одобри повериочев рачун.[55] Овакво одобрење рачуна је условно (привремено), утолико што зависи од успешног окончања поступка директног задужења.[56] У случају да из било ког разлога директно задужење не буде извршено, банка повериоца има право да сторнира условно одобрење рачуна.[57] Ипак, имајући у виду да поверилац у међувремену може слободно да располаже условно одобреним новчаним средствима, оваквом праксом његова банка преузима ризик да на рачуну касније (приликом сторнирања) неће бити довољно средстава за повраћај у пређашње стање.[58] Услов-

бонитета, и сл. Вид.: M. Brindle, R. Cox (eds.), *нав. дело*, стр. 81; A. van Gelder у: H. Schimansky, H.-J. Bunte, H. J. Lwowski (Hrsg.), *нав. дело*, §56 Rn. 45.

51 S. Mathies, *нав. чланак*, стр. 1075; A. Baumbach, K. J. Hopt, *нав. дело*, Rn. D/12; A. van Gelder у: H. Schimansky, H.-J. Bunte, H. J. Lwowski (Hrsg.), *нав. дело*, §56 Rn. 40 и 41, §58 Rn. 8; упор.: M. Casper у: F. J. Säcker, R. Rixecker (Hrsg.), *нав. дело*, Vor. §§ 676a–676g BGB Rn. 35. У праву Велике Британије, прихватање таквог споразума се другачије назива „спонзорисање учешћа повериоца у поступку директног задужења" од стране његове банке као спонзора. Вид.: M. Brindle, R. Cox (eds.), *нав. дело*, стр. 81; M. Hapgood (editor), *нав. дело*, стр. 379.

52 Ова гаранција је у српском праву предвиђена самим законом. Вид.: Закон о платном промету, чл. 26.

53 C. Lombardini, *нав. дело*, стр. 513.

54 A. van Gelder у: H. Schimansky, H.-J. Bunte, H. J. Lwowski (Hrsg.), *нав. дело*, §58 Rn. 21; C. Lombardini, *нав. дело*, стр. 513.

55 A. Baumbach, K. J. Hopt, *нав. дело*, Rn. D/12; S. Mathies, *нав. чланак*, стр. 1075; M. Casper у: F. J. Säcker, R. Rixecker (Hrsg.), *нав. дело*, Vor. §§ 676a–676g BGB Rn. 48; A. van Gelder у: H. Schimansky, H.-J. Bunte, H. J. Lwowski (Hrsg.), *нав. дело*, §56 Rn. 41; M. Brindle, R. Cox (eds.), *нав. дело*, стр. 52. У праву Србије је уговарање овакве праксе изричито дозвољено законом. Вид.: Закон о платном промету, чл. 24.

56 C. Lombardini, *нав. дело*, стр. 513.

57 C. Lombardini, *нав. дело*, стр. 513.

58 A. van Gelder у: H. Schimansky, H.-J. Bunte, H. J. Lwowski (Hrsg.), *нав. дело*, §56 Rn. 74. Због тога у појединим земљама (на пример, у Немачкој) поверилац уступа

но одобрење рачуна повериоца у упоредном праву постаје коначно у тренутку када задужење рачуна дужника, такође, постане коначно (неопозиво).[59] За разлику од тога, у српском праву тренутак коначности условног одобрења рачуна повериоца наступа нешто касније – тек када банка повериоца прими средства на свом рачуну од банке дужника, односно банке посредника.[60]

3. Правни однос између банке дужника и дужника

Директно задужење може да се користи као начин плаћања новчаних обавеза само ако између дужника и његове банке постоји одговарајући правни однос (тзв. однос покрића).[61] Према томе, дужник мора да има код банке отворен новчани рачун преко кога се пружају услуге плаћања.[62] Уз то, на овом рачуну, у складу са споразумом између дужника и банке, мора да постоји довољно покриће за потпуно извршење налога за наплату по основу директног задужења.[63] За разлику од односа инкаса између повериоца и банке повериоца, банка дужника нема слободу да одлучи да ли ће свом клијенту (дужнику) допустити учешће у поступку директног задужења. Разлог се огледа у чињеници да поступак директног задужења не представља посебан ризик за банку дужника, јер она извршава тражено задужење само ако на рачуну дужника има довољно покрића и ако постоји одговарајуће овлашћење дужника.[64] Стога је право дужника да плаћа своје новчане обавезе путем директног задужења аутоматски обухваћено његовим уговором са банком о отварању и вођењу рачуна преко кога се пружају услуге плаћања.[65] На основу овог уговора банка дужника је обавезна да

банци потраживање из основног посла према дужнику, чиме се обезбеђује њено евентуално потраживање накнаде штете. Вид.: H. Strube у: P. Derleder, K.-O. Knops, H. G. Bamberger (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 1295; A. van Gelder у: H. Schimansky, H.-J. Bunte, H. J. Lwowski (Hrsg.), *нав. дело*, §58 Rn. 183. Оваква пракса није уобичајена у свим земљама. За банкарску праксу Швајцарске вид.: C. Lombardini, *нав. дело*, стр. 513.

59 M. Brindle, R. Cox (eds.), *нав. дело*, стр. 52; упор.: A. Baumbach, K. J. Hopt, *нав. дело*, Rn. D/12; M. Casper у: F. J. Säcker, R. Rixecker (Hrsg.), *нав. дело*, Vor. §§ 676a–676g BGB Rn. 48.

60 Закон о платном промету, чл. 24.

61 A. Baumbach, K. J. Hopt, *нав. дело*, Rn. D/1.

62 Упор.: S. Mathies, *нав. чланак*, стр. 1075.

63 Покриће постоји не само када на рачуну има новчаних средстава (активан салдо), него и када дужник има право на одређено прекорачење рачуна.

64 C. Lombardini, *нав. дело*, стр. 513.

65 A. van Gelder у: H. Schimansky, H.-J. Bunte, H. J. Lwowski (Hrsg.), *нав. дело*, §56 Rn. 40 и §58 Rn. 26.

без одлагања изврши директно задужење на терет рачуна дужника, ако су испуњени сви прописани и уговорени услови, а у супротном је одговорна за накнаду штете.[66]

Да би банка дужника извршила конкретан налог за наплату, иницира од стране повериоца, неопходно је да се дужник сагласи са задужењем свог рачуна.[67] Овом сагласношћу дужник овлашћује банку да задужи његов рачун по налогу повериоца.[68] У упоредном праву, сагласност (овлашћење) дужника може да буде дата претходно или накнадно. У случају претходне сагласности, задужење рачуна од стране банке у складу са условима овлашћења је по правилу неопозиво. Насупрот томе, код накнадне сагласности, задужење рачуна од стране банке је привремено све до истека рока у коме дужник може да приговори, односно одбије да одобри извршен упис на рачун.[69] У недостатку сагласности дужника, банка је обавезна да сторнира задужење рачуна и тако изврши повраћај у пређашње стање.

У праву Србије сагласност дужника са задужењем рачуна по налогу повериоца за наплату мора да буде дата претходно. Такав закључак произлази из правила по коме се директно задужење врши на основу овлашћења које дужник даје својој банци и свом повериоцу.[70] Другим речима, да би банка дужника извршила примљени налог за наплату задужењем рачуна дужника, она мора прво да провери да ли је такав налог обухваћен дужниковим претходно датим овлашћењем за директно задужење. У супротном, ако би банка дужника извршила директно задужење без одговарајућег претходног овлашћења, она би имала обавезу сторнирања уписа на рачун, као и обавезу да дужнику у потпуности накнади претрпљену штету.

4. Остали евентуални правни односи

Код директног задужења у случају интерног трансфера и поверилац и дужник су клијенти исте банке, због чега не постоје додатни правни односи, поред већ објашњених. Са друге стране, код екстерног трансфера се јавља још барем један уговорни однос између банке дуж-

66 A. van Gelder у: H. Schimansky, H.-J. Bunte, H. J. Lwowski (Hrsg.), *нав. дело*, §58 Rn. 30.

67 Упор.: Charles Proctor, *The Law and Practice of International Banking*, Oxford University Press, New York, 2010, стр. 97.

68 Одлука, тач. 4; C. Lombardini, *нав. дело*, стр. 512.

69 У земљама, попут Немачке, које прихватају могућност накнадне сагласности (одобрења), истеком одређеног рока у коме дужник није приговорио на задужење рачуна се необориво претпоставља да је дужник одобрио такав упис. Упор.: H. Strube у: P. H. Assies, D. Beule, J. Heise, H. Strube (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 233.

70 Закон о платном промету, чл. 4 ст. 4.

ника и банке повериоца, док у случају учествовања међубанака постоји низ уговорних односа од банке повериоца преко (прве, друге, итд.) банке посредника до банке дужника.[71] Уговорни однос између банака дефинише њихове обавезе у поступку директног задужења по основу овлашћења, које се тичу: пријема, провере и прослеђивања налога за наплату, а евентуално и дужниковог овлашћења датог повериоцу, извршења налога путем одговарајућих уписа на рачуне дужника и повериоца, као и преносом новчаних средстава са рачуна банке дужника на рачун банке повериоца, и сл. При том је важно нагласити да овим уговором банка дужника не преузима самосталну обавезу плаћања ни према повериоцу, ни према његовој банци.[72]

Осим евентуалног односа између банака, у поступку директног задужења нема додатних правних односа између учесника. Наиме, поверилац и дужник се налазе у већ објашњеним правним односима са својим непосредним банкама, док немају никаква права, нити обавезе према осталим банкама које учествују у поступку.[73] Према томе, банка повериоца, примера ради, неће бити одговорна дужнику ако поверилац покуша да путем директног задужења наплати непостојећа или неостварива потраживања, као што ни банка дужника неће бити одговорна повериоцу ако дужник одбије да се сагласи са задужењем рачуна извршеним ради наплате пуноважног и остваривог потраживања.[74] Ипак, у појединим земљама се поставило питање, да ли би овлашћење у односу покрића између дужника и банке дужника могло да се третира као уговор у корист трећег – повериоца, на основу чега би он имао непосредне правне захтеве према банци дужника.[75] Упркос недоумицама у судској пракси, таква теорија је одбачена као неисправна из угла намере уговорних страна у односу покрића.[76]

---

71 A. Baumbach, K. J. Hopt, *нав. дело*, Rn. D/2. У немачком праву је уговорни однос између банака садржан у вишестраном Споразуму о директном задужењу по основу овлашћења из 2002. године (нем. *Abkommen über den Lastschriftverkehr*, скр. *Lastschriftabkommen*), који су закључила најзначајнија удружења банака и Немачка савезна банка. Вид.: S. Mathies, *нав. чланак*, стр. 1075; S. Werner у: S. Kümpel, A. Wittig (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 966; M. Casper у: F. J. Säcker, R. Rixecker (Hrsg.), *нав. дело*, Vor. §§ 676a–676g BGB Rn. 33 и 34; A. van Gelder у: H. Schimansky, H.-J. Bunte, H. J. Lwowski (Hrsg.), *нав. дело*, §56 Rn. 12 и даље.

72 C. Lombardini, *нав. дело*, стр. 513.

73 A. van Gelder у: H. Schimansky, H.-J. Bunte, H. J. Lwowski (Hrsg.), *нав. дело*, §58 Rn. 182; A. Baumbach, K. J. Hopt, *нав. дело*, Rn. D/4; упор.: M. Hapgood (editor), *нав. дело*, стр. 379 и 413.

74 C. Lombardini, *нав. дело*, стр. 515.

75 A. Baumbach, K. J. Hopt, *нав. дело*, Rn. D/4; M. Hapgood (editor), *нав. дело*, стр. 413.

76 A. van Gelder у: H. Schimansky, H.-J. Bunte, H. J. Lwowski (Hrsg.), *нав. дело*, §57 Rn. 63; A. Baumbach, K. J. Hopt, *нав. дело*, Rn. D/4; упор.: C. Lombardini, *нав. дело*, стр. 513.

IV Закључак

Ближа анализа је показала изузетан значај директног задужења по основу овлашћења као начина плаћања новчаних потраживања. Иако је овај механизам плаћања (под називом „акцептни налог“) почео да се користи у српској пракси исто кад и у развијеним земљама, он није постао у тој мери општеприхваћена и значајна услуга безготовинског плаћања као у земљама попут Немачке, Француске и Велике Британије. Чини се да је један од основних разлога који доприноси спутаном развоју директног задужења управо недовољно знање о релевантним правним аспектима пружања ове услуге. У том погледу посебно место заузима правилно схватање правних односа између учесника у поступку директног задужења.

С обзиром на то да се прописи у овој области ограничавају на регулисање функционисања директног задужења, тумачење правних односа између учесника је препуштено правној теорији. При том, закључци правне теорије имају озбиљне практичне импликације, а одражавају се повратно и на примену функционалних правила важећих прописа. Из тога јасно произлази значај развоја теорије директног задужења. Сходно томе, анализа правних односа учесника у поступку директног задужења у овом раду представља корак у правцу покретања дискусије о правним аспектима ове услуге плаћања у српској правној теорији.

Mirjana **RADOVIĆ, PhD, MA, LL.M. (Humboldt)**
Teaching Assistant at the Faculty of Law University of Belgrade

LEGAL RELATIONSHIPS REGARDING COLLECTION OF DEBTS THROUGH DIRECT DEBITS

Summary

This paper deals with the main legal relationships between participants in the process of collecting debts through direct debit. Direct debit is a payment service where the payment transaction is initiated by the creditor (payee) who issues a payment order based on the authorisation from the debtor (payer). The introductory part of the paper explains the notion and practical importance of direct debits. The second, main part of the paper analyses the participants in the process of direct debit and their legal relationships. In this regard, the distinc-

tion is made between: 1. the relationship between the creditor and the debtor; 2. the relationship between the creditor and his/her bank (the payee's bank); 3. the relationship between the debtor and his/her bank (the payer's bank); and 4. other potential legal relationships (primarily, relationships between participating banks). Unlike the comparative law where a comprehensive analysis of the important legal aspects of direct debits is developed, Serbian legal theory completely neglects these issues, which reflects negatively on the use of this payment service in banking practice.

Key words: *direct debits, authorisation, payment service, payment method, monetary claim.*

др *Мијат* ЈОЦОВИЋ
Економски факултет Подгорица, Универзитет Црне Горе

ПРЕВЕНТИВНИ МЕХАНИЗМИ СПРЕЧАВАЊА УЧЕСТАЛОСТИ ИНСАЈДЕРСКЕ ТРГОВИНЕ

Резиме

У овом чланку аутор је анализирао правне институте и радње којима се у упоредном праву спречава настанак злоупотребе повлашћених информација. Међу њима постоје двије групе. Први су правни институти који не служе само спречавању инсајдерске трговине већ својим постојањем остварују бројне циљеве. Други институти су настали са једним циљем – спречавања учесталости инсајдерске трговине. Стварани су у протеклим деценијама да би се спријечила учесталост инсајдерске трговине и избјегли судски поступци у којима инсајдери често пролазе без санкције. У ову групу спадају листа инсајдера, обавјештавање јавности о посједовању повлашћене информације, регистрација трансакција са вриједносним папирима од стране појединих инсајдера и сл. Након њихової прегледа и анализе, аутор у закључку износи став да ће ефикасност превентивних мјера у Србији и Црној Гори, након усаглашавања са европским правом, зависити од неколико фактора: капацитета регулатора тржишта вриједносних папира да ефикасно имплементира поједине превентивне мјере које предвиђа европско право; унапређења сарадње између регулатора тржишта вриједносних папира и осталих институција на тржишту; достигнутої степена развоја компанијскої права; достигнутої степена развоја финансијскої тржишта као и од свијести емитената о штетним последицама које може да им проузрокује инсајдерска трговина вриједносним папирима које емитују.

Кључне речи: *инсајдерска трговина, повлашћена информација, листа инсајдера, превентивне мере.*

I Уводне напомене

Учестале злоупотребе инсајдерских информација уз милионске штете бројних улагача (односно профите инсајдера), уздрмале су поузданост тржишта вриједносних папира. Регулисање и санкционисање института инсајдерске трговине различитим правним изворима представља одговор на очигледну опасност коју је створила инсајдерска трговина. Држава, берзе и емитенти вриједносних папира у највећем броју земаља постали су свјесни да спречавање учесталости овог понашања доприноси повећању повјерења јавности у функционисање финансијског тржишта и ствара услове да постане правичније, транспарентније и ефикасније.

Први облик спречавања инсајдерске трговине налази се у стварању широке лепезе правних механизама који ће спречавати инсајдере да злоупотребљавају повлашћене информације. Међу њима постоје двије групе. Први су правни институти који не служе само спречавању инсајдерске трговине већ својим постојањем остварују бројне циљеве. Такви су на примјер институти обавјештавања јавности о пословним резултатима емитента или фидуцијарне обавезе чланова одбора директора. Други институти су настали са једним циљем – спречавања учесталости инсајдерске трговине. Стварани су у протеклим деценијама да би се спријечила учесталост инсајдерске трговине и избјегли судски поступци у којима инсајдери често пролазе без санкције. У ову групу спадају листа инсајдера, обавјештавање јавности о посједовању повлашћене информације, регистрација трансакција са вриједносним папирима од стране појединих инсајдера и сл. Без обзира на чињеницу што се развијају механизми за спречавање инсајдерске трговине, њихово инкорпорирање у законодавство, а затим и примјена, зависе од става државе према рјешавању овог института. Реторичка активност, односно залагање „свим средствима“ за заштиту интегритета тржишта је врло опасна, због чињенице да инвеститори брзо долазе до сазнања о злоупотребама и њиховом некажњавању. Због тога данас постоје тржишта односно државе које су заробљене инсајдерским трговцима. Повећање броја правних механизама која служе спречавању инсајдерске трговине представља одговор законодавца на учесталост овог понашања у последњим деценијама.

На нивоу Европске уније област превентивних правних института није на задовољавајућем нивоу регулисана, па ће у будућем периоду овом проблему бити посвећена значајнија пажња. Главно питање које ће захтијевати јасан став и одговор је да ли превентивни механизми стварно доприносе спречавању злоупотреба у пракси или повећавају трошкове и обавезе регулатора. У првом прегледу примјене режима тржишних

злоупотреба из 2007. године у земљама чланицама препознаје се значај Директиве о тржишним злоупотребама из 2003. године за будућност финансијског тржишта, али се и указује на нужности њене промјене у будућности. Међу набројаним недостацима, већ тада су уочени неки превентивни механизми – регулисање листе инсајдера, објелодањивање повлашћене информације, питање одлагања објелодањивања повлашћење информације и сл.[1] Без сумње, Директивом о злоупотреби тржишта створен је правни оквир који је уједначио правила у области злоупотребе повлашћених информација и манипулације тржиштем у оквиру Европске уније. Ипак, новом групом прописа чије усвајање је иницирала Европска комисија идентификују се слабости у примјени директиве које су се показале у пракси. Према предлогу Европске комисије, постојећа директива ће бити замијењена Уредбом, док ће бити усвојена и нова директива о кривичном санкционисању инсајдерске трговине.[2] Измијењени режим тржишних злоупотреба односиће се на сљедеће области: 1. проширење тржишта на које се односе злоупотребе; 2. злоупотребе у току емисије вриједносних папира; 3. санкционисање покушаја тржишних злоупотреба; 4. проширење предмета забране; 5. побољшање у области примјене правила – јачање овлашћења органа надлежних за примјену правила; као и на 6. проширење обавезе објављивања повлашћене информације.[3] Без обзира на промјене које ће на нивоу Европске уније наступити у односу на институт инсајдерске трговине, на националном нивоу је неопходно обезбиједити одговорајућу правну

1 Недостаци су препознати у сљедећим областима: 1. недостатак хармонизације у погледу надзора над примјеном правила у земљама чланицама; 2. питање гласина и састанака инвеститора и осталих носилаца интереса; 3. питање листе инсајдера – није јасна сврха института и у будућем периоду га треба учинити ефикаснијим; 4. дефиниција директиве о погледу робних деривата (енгл. *commodity derivates*); 5. дефиниција повлашћене информације и обавезе да се објављује јавно. Такође, земље чланице нијесу у пуној мјери ускладиле своја законодавства са Директивом о тржишном злоупотребама из 2003. године. На примјер, различити су приступи у дозвољавању кашњења у објављивању повлашћење информације или мјере одбране инсајдера у поступку. Видјети: ESME Report, Market Abuse EU Legal Framework and Its Implementation by Member States: a First Evaluation, 2007, доступно на адреси: *http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/esme/mad_070706_en.pdf.*

2 О предлогу нове директиве о кривичном санкционисању инсајдерске трговине видјети детаљније: European Commision, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on criminal sanctions for insider dealing and market manipulation, доступно на интернет адреси: *http://ec.europa.eu/internal_market/securities/abuse/index_en.htm.*

3 О промјени у приступу регулисању тржишних злоупотреба на нивоу Европске уније видјети детаљније: European Commision, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Insider Trading and Market Manipulation, Brussels, 2011, доступно на интернет адреси: *http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/abuse/SEC_2011_1217_en.pdf.*

основу која ће допринијети смањивању учесталости злоупотреба у пракси. У праву Србије и ранији Закон о тржишту хартија од вриједности и других финансијских инструмената (*Службени ґласник РС,* бр. 47/06, у даљем тексту ЗТХОВ) био је у значајној мјери усаглашен са европским правом у овој области. Ипак, нови Закон о тржишту капитала (*Сл. ґласник РС*, бр. 31/2011, у даљем тексту ЗТК) је унаприједио значајан број питања у овој области путем увођења нових или детаљнијој регулативом постојећих правних института.

II Институционалне превентивне мере

Институционалне превентивне мјере представљају скуп различитих облика активности које спроводе институције које имају директан или индиректан утицај на тржиште вриједносних папира. Ове активности се спроводе од стране различитих правних субјеката и на различите начине. С обзиром на институције које стварају превентивне мјере, могу се разликовати активности које спроводи држава, берзе и остали учесници на тржишту. Без обзира на субјекте који их стварају, превентивне мјере се јављају у неколико заједничких облика. Први облик превенције инсајдерске трговине су надзорне активности. Други облик је усвајање одговарајућих правних правила којима се спречава инсајдерска трговина. На крају, постоје и едукативне превентивне мјере које су усмјерене на стварање свијести о штетним последицама инсајдерске трговине.

1. Улога државних органа у спречавању инсајдерске трговине

Доминантно рјешење у упоредном праву је да држава своју улогу на тржишту вриједносних папира остварује путем посебног органа чија је дјелатност надзор над трговином вриједносних папира. Управо је спречавање инсајдерске трговине и осталих облика злоупотреба на тржишту био један од главних разлога за успостављање надзора над учесницима који је први пут створен у америчком праву након доношења Закона о вриједносним папирима из 1933. године. Утицај комисије на спречавање случајева инсајдерске трговине врши се путем нормативне, надзорне и дисциплинске улоге овог органа. Вршећи надзор над учесницима на тржишту вриједносних папира, комисија долази до сазнања о постојању случајева злоупотреба. У земљама ЕУ је прихваћено правило да без обзира на надлежности правосудних органа, регулатор тржишта вриједносних папира мора да има надзорна и истражна овлашћења у случајевима инсајдерске трговине.[4] Такође, на одлуке регулатора мора постојати право жалбе.

4 Видјети: чл. 12 ст. 1 Директиве о злоупотреби тржишта.

Да би дошли до сазнања о постојању инсајдерске трговине, регулатори тржишта вриједносних папира у упоредном праву имају овлашћења да траже достављање одговарајућих података и објашњења од лица за која постоји сумња да су умијешана у конкретан случај инсајдерске трговине. У многим земљама регулатори имају овлашћење да затраже свједочење и затраже достављање докумената од било којег лица, док у неким имају овлашћења чак и да замрзну имовину емитента. Ипак, у највећем броју земаља њихова овлашћења су ограничена и свакако се не односе на прислушкивање телефона и вршење сличних активности.[5]

Широка овлашћења регулатора приликом вршења истражних радњи налазе се у енглеском праву. Најзначајније одредбе које се односе на овлашћења вршења истражних радњи налазе се у одјељку 168 Закона о финансијским услугама и тржиштима (енгл. *Financial Services and Markets Act*; даље у фуснотама ФСМА) из 2000. године. Оне дају овлашћење Власти за финансијске услуге (енгл. *Financial services authority*) да именује инспектора који ће истраживати сумњиве транскације. Одбијање сарадње у оваквим случајевима може да проузрокује оштру санкцију судова. Најбоља илустрација за примјену наведеног правила је случај *Re an Enquiry under Insider Dealing Act (1988) AC 660*, у којем је новинар листа које се бавио финансијским темама кажњен, јер је одбио да објелодани извор информације који му је послужио за писање чланка.[6]

5 Интересантно је да у појединим земљама регулатор може имати утицај на вођење кривичног поступка, иако нема овлашћење да га покреће, на примјер у Пољској, регулатор има статус *оштећене стране,* што му даје могућност да на суду износи додатне доказе и да има приступ евиденцији о току поступка.

6 У овом случају дошло је до драматичног заплета приликом тумачења од стране суда чињенице да је одбијање једног лица да сарађује у процесу истраге случаја инсајдерске трговине било кршење закона. Поступак је покренуо истражни инспектор приликом покушаја да открије тобожње инсајдере у енглеској монополској комисији. Истраживање је иницирано поводом одавања информација о понуди за преузимање одређене компаније. У току поступка, инспектори су дошли до сазнања да помоћ у откривању инсајдера могу да добију од новинара листа *The Independent, Jeremy Warner*-а. Ипак, он је одбио да одговора на њихова питања са образложењем да није спреман да ода информације које посједује, јер би након тога био идентификован извор информација. Поступајући по наводима инспектора, судија *J. Hoffmann* је одлучио да је јавни интерес који се огледа у потреби новинара да заштити интерес извора информације у овом случају преовладао у односу на одредбе одјељка 177 Закона о финансијским услугама из 1986. године, јер није утврђено да би објелодањивање информација било довољно за спречавање дјела. Због тога је новинар имао оправдан разлог када је одбио захтјеве инспектора. Виши суд није прихватио овакво образложење. Кључно питање, према становишту овог суда, је да ли би објелодањивање помогло спречавању дјела. Исправан приступ овом случају је да је објелодањивање било неопходно, јер би инспекторима обезбиједило значајну помоћ у обављању њихових радњи. На основу наведеног, суд је закључио

У праву Србије надлежни регулатор тржишта вриједносних папира има широка овлашћења када је у питању спречавање инсајдерске трговине. Новим Законом о тржишту капитала у значајној мјери су ојачане надзорне активности регулатора у односу на инсајдерску трговину и остале облике тржишних злоупотреба. Она се могу подијелити на она која се директно односе на овај институт и она која се посредно могу примијенити на инсајдерску трговину. Мјере које се директно односе на инсајдерску трговину су: овлашћење регулатора да захтијева приступ документима, али и да размјењује податке, укључујући и записе телефонских позива;[7] овлашћење да позива на саслушање као и овлашћење изрицања надзорних мјера.[8]

2. Улога берзи у спречавању инсајдерске трговине

Док државни регулатор врши контролу пословања свих учесника на тржишту, укључујући и берзе, за превенцију инсајдерске трговине важна је и улога берзи. Логично је да берза покушава да спријечи злоупотребе. На тај начин обезбјеђује се повјерење улагача, јер би се у супротном повукли са тржишта. По својој природи овај облик превенције је ограниченог карактера, јер се односи на чланове берзе и њене органе. Берзанским правилима обично се регулишу облици надзора и санкције над учесницима у берзанској трговини у случајевима злоупотреба повлашћених информација. Улога берзи у спречавању инсајдерске трговине првенствено се остварује кроз надзор над трговином вриједносним папирима које организује. Берза има право да у случајевима када уочи постојање злоупотреба, забрани закључење посла. На крају, можда и најзначајнија улога берзи је да након идентификације сумњивих трансакција са вриједносним папирима обавијести надлежног регулатора о постојању злоупотреба или да у случајевима када је инсајдерска трговина кривично дјело, обавијести надлежног тужиоца.

да је новинар био у обавези да достави тражене информације. Суд је казнио *Warner*-а новчаном казном у износу од 20.000 фунти. Видјети детаљније о наведеном случају: Eric Barendt, Lesley Hitchens, *Media Law – Cases and Materials*, London, 2000, стр. 377.

7 Видјети: чл. 93 ст. 3 тач. 1 и 2 ЗТК.

8 Закон уводи сљедеће надзорне мјере: налагање престанка даљег поступања; опомена; обустава трговине финансијским инструментом; налагање Централном регистру привремену обуставу клиринга и салдирања; предлагање надлежном органу доношења забране располагања имовином, одузимање предмета и имовинске користи, као и друге мере када је то примењиво; привремена забрана обављање професионалне делатности субјектима надзора. Видјети: чл. 93 ст. 4 ЗТК.

III Обелодањивање информација

Постоји чврста повезаност између инсајдерске трговине и обавезе објелодањивања информација о резултатима пословања акционарских друштава. Могућности за злоупотребе инсајдерских информација ће бити веће, ако компаније пропуштају да благовремено обавјештавају јавност о информацијама које могу да утичу на цијену њених вриједносних папира. Због тога се обавеза објелодањивања информација сматра једним од облика превенције инсајдерске трговине.[9]

Ефикасност процеса објављивања информација прије свега се мјери брзином, односно временом које је потребно да информација дође до корисника. У односу на инсајдерску трговину брзим објелодањивањем информација скраћује се вријеме у којем одређени инсајдери држе повлашћену информацију, што смањује ризик од потенцијалних злоупотреба.[10] Механизми објелодањивања информација који служе као превентивно средство у борби против инсајдерске трговине су: објелодањивање информација приликом прве емисије вриједносних папира;[11] континуирано објелодањивање информација; обавјештавање о стицању значајног капитал учешћа у емитенту; обавјештавање емитента о постојању инсајдерске информације; објелодањивање листе инсајдера.

IV Листа инсајдера

Листа инсајдера представља правни институт путем којег надлежни регулатор контролише активности лица која имају статус инсајдера у одређеном емитенту путем вођења евиденције. Листу инсајдера саставља емитент вриједносних папира, чува је код себе одређен временски период и доставља је надлежном регулатору тржишта на његов захтјев. У европском праву институт листе инсајдера уведен је усвајањем Директиве о злоупотреби тржишта, а његови коријени се налазе у праву САД.[12] Без

9 О односу између инсајдерске трговине и овавезе објелодањивања информација детаљније видјети: René M. Stulz, „Securities Laws, Disclosure, and National Capital Markets in the Age of Financial Globalization", *European Corporate Governance Institute*, Finance Working Paper, No. 217, Brussels, 2008.

10 Видјети: E. Ferran, *Insider Trading and Public Disclosure,* Cambridge, 1988, стр. 155–162.

11 Сама одлука о емисији вриједносних папира по својој природи може да представља повлашћену информацију, па се лица која због природе посла учествују у припремању емисије морају сматрати инсајдерима.

12 На основу Закона о трговини вриједносним папирима САД из 1934. године, сва лица која имају статус директора стичу статус инсајдера у евиденцији регулатора

сумње, овај правни институт је настао као директан одговор на учесталост инсајдерске трговине у европском праву. Директивом се од земаља чланица захтијева да у национална законодавства унесу обавезе да емитенти вриједносних папира креирају листе лица која за њих обављају послове, да их одржавају и прослеђују надлежном регулатору.[13] Ипак, примјена овог института у пракси може да буде проблематична. Прво, на овај начин не могу да буду обухваћена сва лица која имају статус инсајдера. Друго, чини се да се на овај начин само увећавају трошкови регулатора и обавезе емитената, и скреће пажња са кључног проблема инсајдерске трговине у европским земљама.

Енглеска је прва од европских земаља усвојила овај правни институт. Емитент чије су хартије примљене у трговину (или је у току захтјев за њихов пријем) мора саставити и одржавати листу инсајдера.[14] Листа инсајдера мора постојати и за лица која дјелују у име или за рачун емитента и емитент је одговоран за њено одржавање. На захтјев Власти за финансијске услуге, емитент је дужан да достави наведене листе инсајдера, а обавеза њиховог чувања постоји најмање пет година. Институт листе инсајдера познаје и бугарско законодавство. У члану 15 (1) Закона о мјерама против злоупотребе тржишта из октобра 2006. године (даље у фуснотама: БЗПЗТ) прописује се да је емитент финансијских инструмената којима се тргује на берзи у обавези да састави и одржава листу особа које раде за њега по основу уговора о раду или неког другог уговора или имају сталан или тренутан приступ инсајдерским информацијама, које се директно или индиректно односе на емитента.[15] У праву Црне Горе не постоји овај правни институт.

У позитивном праву Србије овај институт је уведен ранијим Законом о тржишту хартија од вриједности и других финансијских инстру-

тржишта. Тада морају дати изјаву о власништву над вриједносним папирима емитента ако их посједују. Након тога дужна су да у року од 10 дана попуне тзв. Образац 3, без обзира на то да ли су у међувремену стекли вриједносне папире. Такође, до десетог у мјесецу морају пријавити све значајније трансакције са вриједносним папирима емитента (Образац 4).

13 Видјети: чл. 6 ст. 3 Директиве о злоупотреби тржишта.

14 Видјети: S. Mayson, D. French, L.C. Ryan, *Myson, French & Ryan on Company Law*, Oxford, 2006, стр. 330.

15 Листа инсајдера коју је емитент дужан да састави мора се одржавати у смислу промјене ситуације унутар емитента због које би одређена лица требало укључити у листу инсајдера. У случају да одређена лица која се налазе на листи инсајдера немају више приступ инсајдерским информацијама, неопходно их је избрисати и тачно означити датум од када немају приступ информацијама. Листа инсајдера, као минимум свог садржаја, мора имати следеће податке: а) пуно име и презиме лица које има приступ инсајдерским информацијама; б) разлог због којег се лице налази на листи; в) датум када је листа инсајдера формирана и када је ажурирана. Видјети: БЗПЗТ чл. 15 (2).

мената.[16] Нови закон детаљно регулише овај правни институт у погледу обавезника примјене (издавалац или лице које дјелује у име и за рачун издаваоца), његових обавеза (састављање, ажурирање, обавјештавање, чување), лица која имају статус инсајдера као и података који се достављају регулатору о односу на ова лица. Обавезу састављања листе инсајдера има издавалац или лице које делује у име или за рачун издаваоца. Листу инсајдера чине лица која су на основу уговора о раду или на неки други начин запослена код издаваоца и која која имају редовно или повремено приступ инсајдерским информацијама.[17] Поред обавезе састављана списка лица која имају инсајдерске информације издавалац или лице које делује у име или за рачун издаваоца дужно је да редовно ажурира списак тих лица и да га доставља регулатору тржишта на његов захтјев, као и да га чува најмање пет година након што је састављен и ажуриран.[18] На крају, у Закону постоји и обавеза обавјештавања лица која се налазе на списку са њиховим дужностима и санкцијама у случају злоупотреба инсајдерских информација.[19]

V Регистрација трансакција које изврше особе које управљају компанијом

У правној и економској теорији се сматра да би проблеми корпоративног управљања могли да буду ријешени, или сведени на мању мјеру, ако би директори и остала лица која управљају емитентом постали власници капитала. То значи да лица која управљају компанијом нијесу лишена права да купују или продају вриједносне папире.[20] Ипак, за разлику од осталих учесника на тржишту, за њих важе посебна правила. У европском праву директори и лица која су одговорна за управљање компанијом која је емитовала вриједносне папире су обавезни да региструју сваку трговину за сопствени рачун акцијама, дериватима и

16 Видјети: чл. 72. ст. 2, 3, 4, 5 ЗТХОВ.

17 Чл. 83 ст. 1 ЗТК.

18 Чл. 83 ст. 2 ЗТК.

19 Чл. 83 ст. 5 ЗТК.

20 Након усвајања инсајдерске регулативе, ово питање је постало спорно у Њемачкој. Наиме, бројни експерти и инвестициона јавност су сматрали да је, са обавезом објелодањивања повлашћене информације и пријављивања трансакција које врши менаџери вриједносним папирима емитента, пракса стицања власништва од стране менаџмента постала немогућа. Тако је током 1994. године њемачка берза јавно позвала компанијске инсајдере да се уздрже од куповине вриједносних папира емитента. Видјети: G. Duffey, U. Hommel, „Financing the German Mittelstand", у: W. Müller, M. Bihn (editors), *Structure and Dinamics of the German Mittelstand,* Berlin, 1999, стр. 202.

другим финансијским инструментима емитента.[21] Земље чланице су, према директиви, обавезне да осигурају јавни приступ информацијама које се односе на такве трансакције. Ипак, њихово прецизније одређене је изостало, па се користи правни стандард – лица која обављају руководеће функције у емитенту. У енглеском праву регистрација мора бити извршена у писаној форми и у року од четири радна дана од њене реализације. Особе у компанији за које постоји обавеза да објављују информације су познате као *PDMRs* (енгл. „*persons discharging menagerial responsibilities*“).[22] Према Закону о финансијским услугама и тржиштима из 2000., у ту групу спадају: а) директори компаније; б) чланови органа управљања који имају регуларан приступ директно или индиректно повлашћеним информацијама или имају власт да доносе одлуке којима се управља компанијом и утиче на њен будући развој.[23] Потпуна хармонизација са европским правом и у овој области може се наћи у бугарском праву. Лица која обављају функције управљања у емитенту, као и лица која су блиско повезана са њима, у обавези су да у писаној форми обавијесте регулатора о трансакцијама које су за свој рачун закључила са акцијама емитента на тржишту хартија од вриједности у року од пет дана од закључења трансакције.[24] У праву Црне Горе не постоји ни овај институт спречавања инсајдерске трговине.

У позитивном праву Србије и овај правни институт је детаљно регулисан новим законом. Прво, у односу на лица која обављају дужност руководиоца не користи се правни стандард већ су прецизно набројана.[25] Друго, круг наведених лица је широк, па не постоји сметња

21 „Особе које обављају руководеће функције код емитента финансијског инструмента, и када је потребно, особе које су тијесно повезане са њима морају барем обавјештавати овлашћени орган о трансакцијама које се односе на акције емитента које су извршили за свој рачун или о трансакцијама које се односе на деривате и друге финансијске инструменте повезане са њима.“ Чл. 6 ст. 4 Директиве о злоупотреби тржишта.

22 Видјети: S. Mayson, D. French, L. C. Ryan, *нав. дело*, стр. 330.

23 Видјети: ФСМА, s 96 B (1).

24 Обавјештење, као минимум садржаја, мора имати следеће податке: 1) пуно име и презиме лица која обавља функције управљања у емитенту или лица које је са њим у блиској вези; 2) разлоге за нотификацију трансакције; 3) пуно пословно име емитента; 4) природа извршене трансакције (куповина или продаја финансијских инструмената); 5) назив финансијског инструмента којим се трговало; 6) вријеме и мјесто извршења трансакције; 7) цијене и број финансијких инструмената којима је лице располагало. Наведена обавеза се не примјењује ако цјелокупни износ трансакција које изврши лице обавезно да изврши пријаву не превазилази 5.000 БГН у једној календарској години. Видјети: чл. 16 (2) и (3) БЗПЗТ.

25 То су члан управног или надзорног органа издаваоца, извршни руководилац али и лице које није члан управног или надзорног органа, али има редован приступ инсајдерским информацијама, као и могућност доношења одлука које могу утица-

да значајан број лица не буду обавезници примјене ове правне норме. Треће, обавезници примјене су и лица која су са њима повезана (брачни друг, лице које он издржава, друга лица која су са тим лицем живела у заједници најмање годину дана пре дана извршења трансакције).[26] Четврто, обавеза пријављивања трансакције постоји само према регулатору тржишта.

VI Обавеза објављивања повлашћене информације

Обавеза емитента да у најкраћем року обавијести јавност о постојању повлашћене информације у европско право је инкорпорирана усвајањем Директиве о злоупотреби тржишта.[27] У директиви другог нивоа детаљније су одређени облици објелодањивања повлашћених информација и обавезе које имају земље чланице приликом имплемантације овог института.[28] Државе чланице су обавезне да

ти на будући развој догађаја и пословне изгледе овог издаваоца. Видјети: чл. 84 ст. 1 тач. 1 и 2 ЗТК.

26 Повезано лице је и правно лице којим управља лице које обавља дужности руководиоца, лице које он директно или индиректно контролише, које је основано ради његове користи, као и лице чији је економски интерес значајно сличан интересу тог руководиоца. Видјети: чл. 84 ст. 2 ЗТК.

27 „Државе чланице треба да обезбиједе да емитенти финансијских инструмената обавјештавају јавност у што краћем року о повлашћеним информацијама које се на њих односе.“ Чл. 6 ст. 1 Директиве о злоупотреби тржишта.

28 У енглеском праву ова област је регулисана на најпотпунији начин. Емитент чији су вриједносни папири примљени на тржиште (или је у току процедура пријема, након формалне предаје захтјева за пријем) мора регистровати регулатору у најкраћем року било коју повлашћену информацију која се директно односи на њега. Следећег радног дана таква информација мора бити постављена на сајту емитента (ако постоји) и остати тамо најмање годину дана. Такође, емитент може одложити обавезу јавног објављивања одређених информација, ако би њихово објављивање угрозило интересе емитента. Примјери када објављивање може да угрози интерес емитента могу да буду преговори који могу бити угрожени објављивањем детаљнијих информација и одлуке које захтијевају повјерљивост. Емитент који се суочава са неочекиваним и значајним догађајем може одложити објављивање у кратком року, ако је оно неопходно да би се разјаснила настала ситуација, али је дужан да затражи прекид трговине у случају да постоји опасност да ће инсајдерска информација процурети прије објављивања чињеница и потврђивања њиховог значаја. Наведена обавеза произилази из документа са називом *Disclosure Rules and Transparency Rules Sourcebook* (DTR), а налази се у приручнику ФСА (FSA Handbook). Такође, обавеза објављивања је саставни дио ФСМА 2000 (s 73 A). ФСА има овлашћење да суспендује трговину хартија од вриједности емитента ако нијесу усаглашени са правилима DTR (FSAMA 2000, s 91; DTR 1.5.3 G). Такође, има право изрицања новчаних санкција према сваком лицу које прекрши обавезу објелодањивања информација и може именовати инспектора у случају сумње кршења наведене обавезе (s 97 FSAMA 2000).

спроведу неколико радњи како би обезбиједиле да наведени институт остварi сврху свог постојања. Прво, јавно објелодањивање повлашћене информације од стране инсајдера мора да буде извршено на начин који даје могућност брзог и комплетног приступа таквој информацији. Друго, потребно је обезбиједити да емитент не комбинује, на начин којим се код улагача ствара заблуда, наведену обавезу са својим маркетиншким активностима. Треће, државе чланице морају да обезбиједе механизме да се повлашћене информације објављују на интернет страници емитента. Четврто, било која значајна промјена, која се односи на већ објављене информације, неопходно је да буде јавно објављена одмах након наступања.[29]

1. Могућност самоиницијативног одлагања објављивања повлашћене информације

У неким случајевима може да дође до супротстављања два захтјева: обавеза јавног објелодањивања повлашћене информације може да угрози економске интересе емитента. Поједностављено питање могло би да гласи: да ли су интереси емитента важнији од права улагача на информисање о повлашћеним информацијама? Ипак, неки пословни догађаји због своје природе захтијевају извјестан степен тајности. У тим ситуацијама неопходно је дозволити емитенту вриједносних папира да одложи објављивање повлашћених информација под условом да не постоји могућност да такво одлагање доведе у заблуду инвестициону јавност и ако може да обезбиједи тајност такве информације. У европском праву постоје прецизно одређени догађаји који се могу сматрати разлозима за законито одлагање објављивања повлашћене информације. То су: 1. преговори који су у току; 2. одлуке или уговори које су донијели или закључили чланови управе, које треба да одобре други органи да би ступиле на снагу, а ради се о органима који су одвојени.[30]

Ако би јавно објелодањивање повлашћене информације утицало на уобичајени ток преговора, може се одложити њено објављивање. Посебно је одлагање потребно ако је емитент у тешком финансијском положају, а нијесу се стекли сви услови за спровођење стечајног поступка, ако би објављивање повлашћене информације могло да угрози интересе постојећих или будућих акционара тако што би се умањила могућност успјешног завршетка преговора који би емитенту омогућили финансијски опоравак. До настанка друге ситуације посебно долази у системима са дуалним системом корпоративног управљања. У

29 Видјети: чл. 2 Directive 2003/6/EC.

30 Видјети: чл. 3 Directive 2003/6/EC.

тим ситауцијама за одлуке које доноси одбор директора често је потребна сагласност надзорног одбора. Одлука коју доноси један одбор је повлашћена информација, док се не објави и док је не потврди други орган. Правни проблем у овом случају је да ли одлуку управе (која има карактер повлашћене информације) треба објавити прије давања сагласности.[31]

На крају, да би емитент дошао у могућност да одложи објављивање повлашћених информација, неопходно је да обезбиједи одређене мјере чије постојање треба да осигура да ће повлашћене информације остати тајне. Прво, емитент је обавезан да успостави одговарајуће механизме који ће онемогућити приступ таквим информацијама свим особама осим оних којима су потребне при обављању њихових функција код емитента вриједносног папира. Друго, емитент је обавезан да предузме све мјере којима ће обезбиједити да лица која имају приступ таквим информацијама познају своје правне обавезе и да су свјесна санкција у случају неовлашћеног коришћења. На крају, емитент мора бити спреман на објелодањивање информације у ситуацији ако не успије да обезбиједи њихову тајност.

У праву Црне Горе не постоји овај правни институт. У праву бугарске емитент финансијских инструмената чијим хартијама се тргује на организованом тржишту је у обавези да према унапријед предвиђеној процедури јавно објави инсајдерску информацију која се на њега односи, најкасније до краја другог радног дана од настанка информације.[32] У позитивном праву Хрватске постоји обавеза објављивања повлашћене информације. Емитент чији се вриједносни папири налазе на берзи обавезан је да без одлагања обавијести јавност о свим информацијама које представљају материјалне чињенице. Такође, емитенту се даје право на одлагање објављивања повлашћених информација ако би оно угрозило његове легитимне интересе, али под условом да обавијести и добије одобрење од регулатора, и то на рок који не може бити дужи од три мјесеца.[33] У процесу уклађивања са Директивом о злупотреби тржишта, законодавац је у Србији детаљно регулисао и ово питање, које данас у оквиру ЕУ изазива бројна спорове. Закон о тржишту капитала уводи обавезу издаваоца финансијског инструмента да без одлагања

31 Видјети: Едита Чулиновић-Херц, „Злупорабе на тржишту вриједносних папира – нова европска смјерница и Закон о тржишту хартија од вриједности", *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, бр. 2/2004, стр. 766.

32 У случају да објелодањивање информације може да угрози легитимне интересе, емитент има право да захтијева одлагање објелодањивања информација за одређени временски период, под условом да је у стању да информације држи тајно. Видјети: чл. 13 и 14 БЗПЗТ.

33 Чл. 106 и 107 хрватски Закон о тржишту вриједносних папира.

обавијести јавност о инсајдерским информацијама које се на њега односе.[34] Такође, регулисана су и питања која се односе на могућност самоиницијативног одлагања објављивања инсајдерске информације, као и обавеза обавјештавања јавности у случајевима када издавалац или лице које делује у његово име или за његов рачун открије инсајдерску информацију трећој страни у редовном обављању свог посла, професије или дужности.[35]

VII Институт кинеског зида

Кинески зид је правни институт којим се онемогућава коришћење информација унутар компанија које пружају различите услуге на финансијском тржишту. Такви *зидови* се успостављају да повјерљиве материјалне информације до којих стижу компаније, обављајући једну врсту услуга на тржишту, не буду злоупотријебљене приликом обављања неке друге услуге.[36] Овај институт се развио у праву САД. Основ за настанак института кинеског зида била је истрага коју је започела америчка Комисија за хартије од вриједности (у даљем тексту: *SEC*) због сумње у злоупотребу инсајдерских информација против познате компаније *Merrill Lynch*. Према оптужбама *SEC* ова компанија је, пружајући услуге организовања емисије вриједносних папира компаније *Daglas Aircraft,* имала увид у необјелодањене информације да компанија има значајне губитке у периоду обављања емисије. Информација је дошла до клијената *Merrill Lynch*-а који су као акционари *Daglas Aircraft*-а, на основу такве информације, продали акције и избјегли губитак. Након иницирања истраге против преузимаоца и њених запослених, *SEC* је прихватила понуду за рјешење спора без судског поступка. Наиме, компанија је предложила увођење нове процедуре за спречавање ширења повјерљивих цјеновно осјетљивих информација из одсјека који се бави преузимањем емисије у друге дјелове компаније. Иако *SEC* није одмах одобрила постојање ових правила, она су убрзо постала позната као *Chinesse walls*.[37] Ипак, судска пракса није одмах прихватила правила кинеског зида. Институт кинеског зида у потпуности је заживио у америчком праву након усвајања Закона о инвестиционим компанијама.

34 Поред наведене обавезе постоји и обавеза обавјештавања о било каквој значајнијој промјени објављене информације. Видјети: чл. 79 и 80 ЗТК.

35 Видјети: чл. 81 и 82 ЗТК.

36 „Кинески зид представља баријеру у преношењу информација унутар компаније између приватне и јавне стране њеног бизниса". Anna-Athanasia Derventis, „Insider Trading in Australia", у: Paul U. Ali, Greg N. Gregoriou (editors): *Insider Trading – Global Developments and Analysis*, CRC Press, New York, 2008, стр. 137.

37 Thomas Lee Hazen, *The Law of Securities Regulatinon*, Minn., 1990, стр. 408.

Наиме, након усвајања овог закона *SEC* је донијела Правило 17j–1 које регулише одређене проблеме инсајдерске трговине које се односе на инвестиционе компаније. Овим правилом се захтијева од регистрованих инвестиционих компанија да усвоје писана правила којим се спречава прелазак повлашћених информација из једног сектора у други, како би се спријечила злоупотреба повлашћених информација којима располажу.[38] На крају, у САД је 1988. године усвајањем *Insider Trading and Securities Fraud Act-a,* усвојено правило којим се захтијева од брокерско-дилерских друштава да успоставе систем интерне процедуре којом се захтијева заштита од злоупотребе необјелодањених информација од стране запослених.[39]

Примјена правила забране коришћења инсајдерских информација у трговини вриједносним папирима у последњим деценијама се проширује на све учеснике на финансијском тржишту. На примјер, због повећања функција банака у савременим условима пословања у последњим деценијама институт кинеског зида се све чешће примјењује и у банкарском пословању.[40] Интересантан случај, којим се показује ефикасност наведеног института у случајевима доследне примјене од

38 T. L. Hazen, *нав. дело,* стр. 410.

39 Сваки регистровани брокер или дилер треба да установи, одржава и примјењује писану политику и процедуре, узимајући у обзир природу дјелатности брокера и дилера, да спријече злоупотребу необјелодањених цјеновно осјетљивих информација од стране брокера и дилера и лица која су са њим повезана.

40 Бројне су ситуације у којима се банка због различитости послова које обавља може наћи у позицији конфликта интереса. На примјер, банка X од свог представника у надзорном одбору, компаније Y, долази до информације да ће компанија у скором периоду бити суочена са милионским одштетним захтјевом од стране треће компаније и да има слабе изгледе за успјех у спору. Ситуација за банку је компликована из разлога јер је започела поступак селективног повећања удјела у компанији Y, а дилема је следећа: да ли сачекати објелодањивање информација, када ће, без сумње, цијена акција пасти или наставити са планираном динамиком повећања власништва игноришући информацију? Без сумње, на менаџменту банке није лака одлука. Банка X обавља класичне услуге банкарског пословања за одређеног клијента, компанију Z. У том својству, сазна за постојање грубих злоупотреба у финансијском сектору, које ће резултирати смањењем прихода и падом цијене акција након објелодањивања скандала. Поред пружања класичних банкарских услуга, банка посједује одјељење које се бави пружањем услуга инвестиционог банкарства и у том смислу савјетује клијенте о предностима и недостацима улагања у поједине вриједносне папире. Да ли ће савјетовати клијента који се интересује за куповину акција компаније Z да то не ради или ће му открити информацију коју посједује? Мора ли обавијестити без одлагања надзорну институцију или једноставно може да ријеши овај проблем путем института кинеског зида? О примјени инсајдерског законодавства на банке видјети детаљније. Klaus J. Hopt, „Inside Information and Conflicts of Interest", у: Klaus J. Hopt, Eddy Wymeersch (editors), *European Insider Dealing – Law and Practice*, London, 1991, стр. 221–227.

стране компаније, може се наћи у аустралијској судској пракси. Ради се о случају *ASIC v. Citigroup Global Markets Australia Pty Limited*.[41] Институт кинеског зида није у потпуности заживио у европском праву, али у будућности треба очекивати његову примјену и у европским земљама јер у неким случајевима може да буде ефикасан механизам којим се спречава инсајдерска трговина.

VIII Институт фидуцијарне обавезе као механизам спречавања инсајдерске трговине

У упоредном праву основ забране злоупотребе повлашћених информација члановима одбора директора налази су у институту фидуцијарне обавезе коју наведена лица имају према компанији у којој обављају функцију. Овај институт води поријекло из англосаксонског права, али се временом проширио и на континентално право. У случају да директори користе повјерљиву информацију за своју личну

41 Савјетодавни тим инвестиционе компаније *Citigroup* био је ангажован од стране *Toll Holdings Limited* (у даљем тексту *Toll*), 8. августа 2005. године, да савјетује *Toll* о предстојећој понуди за преузимање компаније *Patrick Corporation Limited* (у даљем тексту *PCL*). Запослени који се радили у савјетодавном тиму у аустралијском праву познати су као *private side* и за њих постоји већи степен вјероватноће да ће доћи у посјед повлашћених информација у склопу обављања својих дјелатности. Господин *Anrew Manchee*, који је био запослен у одсјеку инвестиционог банкарства *Citigroup*, у своје име и за свој рачун је купио милион акција *PCL*. *Citigroup*, као већина моћних финансијских институција, посједује институт кинеског зида. Због посједовања овог института, према тврдњама *Citigroup, Manchee* није могао знати информације о детаљима предстојеће понуде за преузимање, па самим тим и није предузео трговину на основу повлашћене информације. Ипак, у цијелом случају постоји један детаљ који је компликовао и угрозио одбрану. Током дана, када је извршена куповина акција, руководилац одсјека у којем је *Manchee* радио је добио информацију да је неко од запослених трговао акцијама клијента *PCL*. То сазнање је изазвало сумњу да се могу јавити оптужбе за могући конфликт интереса (са једне стране савјетовање у састављању понуде за преузимање, а са друге стране куповина акција компаније која се преузима). Ван канцеларија компаније, 19. августа, *Paul Darvell* један од претпостављених, око 3:30h, је савјетовао да *Manchee* престане са даљом куповином акција, али није понудио објашњење због чега би требало да то уради. Једина трансакција која се десила тог дана била је продаја око 200.000 акција *PCL*. Комисија за хартије од вриједности и инвестиције Аустралије је тврдила да постоје двије ситуације у којој је *Citygroup* прекршила правила о инсајдерској трговини. Прва ситуација је продаја акција *PCL* након разговора на стази испред компаније. Успјех наведене тврдње у судском спору зависио је од способности ASIC да на суду докаже да је *Manchee* био директор компаније (одељак 1042 Г). Суд није усвојио тужбени захтјев. Такође, суд је одбио и други тужбени захтјев са образложењем да се на основу достављених правила о постојању кинеског зида са значајним степеном вјероватноће може тврдити да није било комуникација информација између јавне и приватне стране унутар компаније. Видјети детаљније: Anna-Athanasia Derventis, *нав. дело*, стр. 136–140.

корист, крше фидуцијарну обавезу, па се на основу те чињенице активира њихова одговорност за било који профит који се по том основу оствари.[42] Инсајдерска трговина може значити злоупотребу различитих видова фидуцијарних обавеза: обавезе тајности (енгл. *duty of confidentiality*), обавезу забране кориштења информација компаније за стварање личног профита (енгл. *the duty not to use corporate information for personal gain*) и дужност избјегавања конфликта интереса (енгл. *the duty to avoid conflicts of interest*).[43]

У односу на инсајдерску трговину, јако је важан одговор на питање према коме директори имају фидуцијарну обавезу: да ли према акционарима или према компанији у којој обављају функцију. У англосаксонском ситему директорима је увијек било дозвољено да буду власници вриједносних папира емитента. Један од разлога због којих је у овим земљама није постојала јасна забрана коришћења повлашћених информација у трансакцијама са вриједносним папирима у великој мјери произилази из случаја *Percival v. Wright*. У овом случају директори компаније су имали информацију да постоји инвеститор који је спреман да купи акције по одређеној цијени. Не обавјештавајући акционаре о тој информацији, купили су од њих акције, а затим их продали по већој цијени и остварили профит. Суд је заузео став да не постоји обавеза директора да обавјештавају акционаре јер између њих не постоји фидуцијарна обавеза.[44] Судска пракса је временом ублажила наведени став. У случају *Allen v. Hyatt* (1914) 30 TLR 444, директори емитента су понудили помоћ акционарима приликом продаје акција купцима ван компаније. Добили су и искористили од акционара право да им откупе акције, али су затим остварили профит тако што су стечене акције препродали по знатно већој цијени. У овом случају суд је изнио становиште да су директори дјеловали као агенти акционари и у том смислу су одговорни на основу агенцијског односа, па су по одлуци суда били оба-

42 Британски Закон о компанијама из 2006. године наводи следеће опште дужности директора према компанији: 1) дужност да дјелују у складу са овлашћењима; 2) дужност да промовишу успјех компаније; 3) дужност да самостално одлучују; 4) дужност да приказују разумну бригу, вјештине и марљивости у обављању послова; 5) дужност да избјегавају конфликт интереса; 6) дужности да не прихватају корист од трећих лица; 7) дужност да пријаве конфликт интереса у предложеним трансакцијама и уговорима. Видјети: британски Закон о компанијама, Part 10, Chapter 2, General Duties of Directors.

43 Случајеви повреде фидуцијарне дужности могу бити: закључење уговора са самим собом (енгл. *selfdealing*), коришћење корпоративних могућности, присвајање имовине друштва за личну корист, недозвољена конкуренција друштву, забрана неоснованог богаћења. Видјети више: Мирко Васиљевић, *Корпоративно управљање – правни аспекти*, Београд, 2007, стр. 145–151.

44 Charlesworth & Morse, *Company Law*, London, 1995, стр. 405.

везни да врате разлику у цијени.[45] На крају, у упоредном праву принцип фидуцијарне обавезе према компанији немају само директори већ се он односи и на контролне акционаре.[46] Овај институт има ограничену примјену у случајевима инсајдерске трговине, јер немају све категорије инсајдера фидуцијарну обавезу према емитенту.

IX Закључак

На настанак превентивних мјера у упоредном праву и пракси утицала су два фактора: сазнање о потреби стварања додатних правних механизама спречавања инсајдерске трговине јер се санкционисање показало као недовољно ефикасан вид борбе и развој компанијског права и његова примјена на овај институт. Постојање већег броја превентивних мјера и санкционисање лица која су обавезна да их примјењују доприноси смањивању учесталости инсајдерске трговине и подизању свијести о значају овог института. Због наведеној је са посебном пажњом неопходно приступити регулисању наведених института, али и обезбиједити њихову примјену у пракси након увођења у правни систем.

Без обзира на напор европских земаља да смање учесталост злоупотреба инсајдерских информација, за сада су изостали конкретни резултати у примјени. Нови Закон о тржишту капитала у Србији значајно је унаприједио правну регулативу у овој области. Ова чињеница представља добру полазну основу за даљу борбу против овог значајног проблема цјелокупног финансијског тржишта. Ипак, будући период примјене превентивних мјера у пракси показаће њихову ефикасност. У праву Црне Горе, за разлику од позитивног права Србије и већине земаља из окружења, за сада, нијесу у потпуности имплементиране превентивне мјере које познаје упоредно право. Ефикасност превентивних мјера у праву Србије и Црне Горе, након усаглашавања са европским правом, зависиће од неколико фактора: 1) капацитета регулатора тржишта вриједносних папира да ефикасно уведе у правни систем поједине превентивне мјере које предвиђа европско право (листа инсајдера, регистрација трансакција које изврше поједини инсајдери);

45 О односу инсајдерске трговине и установе фидуцијарне обавезе директора у англосаксонском праву видјети детаљније: Paul Davies, „Gower and Davies' Principles of Modern Company Law", London, 2003, стр. 755.

46 „Када је ријеч о контролним акционарима (акционар са више од 50% гласачких права или акционар који контролише већину чланова одбора директора) они у принципу имају дужност према акционарском друштву (некад и према мањинским акционарима и кредиторима – повјериоцима, посебно приликом преноса контролног пакета акција трећем лицу) као и сами директори." М. Васиљевић, *нав. дело,* стр. 142.

2) унапређења сарадње између регулатора тржишта вриједносних папира и осталих институција на тржишту; 3) достигнутог степена развоја компанијског права (примјена института фидуцијарне обавезе на поједине категорије инсајдера); 4) достигнутог степена развоја финансијског тржишта (примјена института „кинеског зида"); 5) свијести емитената о штетним последицама које може да им проузрокује инсајдерска трговина вриједносним папирима које емитују (обавеза објелодањивања повлашћене информације).

***Mijat* JOCOVIĆ, PhD**
Faculty of Economics Podgorica, University of Montenegro

PREVENTIVE MECHANISMS FOR PREVENTION OF INCIDENCE OF INSIDER TRADING

Summary

In this article the author has analyzed legal institutes and actions which in comparative law can be used to prevent the occurrence of abuse of privileged information. There are two groups amog them. The first group is made of legal institutes which are not only used for the prevention of insider trading, but with their very existence, they achieve numerous goals. The second institutes are formed for one goal only – to prevent the incidence of insider trading. They were formed over the last few decades to prevent the incidence of insider trading and to avoid the court proceedings where insiders had often been left unsanctioned. The following items can be listed in this group such as the list of insiders, giving information to the public about the possession of some privileged information, registration of transactions of securities from some insiders etc. After their analysis, the author concludes that the efficacy of preventive measures in Serbia and Montenegro, after compliance with the European law, will depend on several factors: the capacity of the regulator of securities markets to effectively implement certain preventive measures which are provided by European law; improvement of the cooperation between market regulators of securities and institutions on the market; achieved level of Company law; achieved level of the development of financial market as well as the issuers' awareness of the harmful consequences that could be caused by insider trading with the securities they issue.

Key words: *insider trading, privileged information, list of insiders, preventive measures.*

др *Владимир* ВРАЧАРИЋ

ВОЛКЕРОВО ПРАВИЛО: НОВА ВЕРЗИЈА ГЛАС-СТИГЛ ЗАКОНА?*

„Но, данас смо се упетљали у огромну неприлику
испустивши из руку контролу над
осетљивом машином чији рад не разумемо.“

Кејнз, 1930.

Резиме

У овом раду аутор објашњава процес доношења Волкерової правила, њеїове главне елементе и циљеве и анализира њеїове економске и друїе утицаје и доїринос стабилизацији финансијскоїа система. Он посебно истиче значај примене овоїа правила и указује на преїреке у њеїовој изради и примени. Аутор закључује да ће израда и примена Волкерової правила бити тешка због различитих интереса, очекивања и захтева.

Кључне речи: *светска финансијска криза, финансијски систем, реформа финансијске реїулативе, Глас-Стиїл, Дод-Френк, Волкерово правило.*

---

* Глас-Стигл закон (*The Glass-Steagall Act of 1933*) донет јуна 1933., у току Велике депресије, чији је званични назив Закон о банкарству из 1933. (*The Banking Act of 1933*) увео је савезну агенцију за осигурање депозита у САД, укључујући и банкарске реформе, од којих су неке имале за циљ да контролишу шпекулације. Види: Glass Steagall, доступно на адреси: *http://freerisk.org/wiki/index.php/Glass_Steagall*.

I Увод

Светска финансијска криза 2007–2009. је подстакла расправу о реформи светског финансијског система и јачању финансијске регулативе, највећу после 1930-их. То нимало не изненађује када се већ дуго зна да финансијски ресурси (финансије) представљају „фино уље" за подмазивање и покретање важних точкића све развијенијег и компликованијег светског привредног механизма, посебно у све глобализованијој привреди.

Финансијска тржишта, чија је основна улога (ефикасна и профитабилна) алокација финансијских ресурса, према Штиглицу, представљају „мозак" финансијског и привредног система и централно место за доношење пословних одлука. Ако ова тржишта не функционишу, не само да ће профити финансијског сектора бити мањи од очекиваних, већ перформансе целог привредног система могу бити погоршане. Значај финансијске делатности (финансијског сектора) за целу привреду се разликује од земље до земље.[1]

Криза – велика рецесија, која је почела 2008. у Америци захватила је цео свет, остављајући више десетина милиона људи у свету без посла и у сиромаштву. Штиглиц истиче да је привредама неопходна *равнотежа између улоге тржишта и државе* – уз важно учешће нетржишних и невладиних институција. Међутим, Америка је у последњих 25 година *изгубила ту равнотежу* и тако је дестабилизовала државе широм света. Америчка финансијска тржишта (тржишта) нису успела да изврше своје основне друштвене функције везане за управљање ризицима, алоцирање капитала и мобилисање штедње и обезбеђивање ниских трансакционих трошкова.

Тек по избијању финансијске кризе, која је захтевала велику државну интервенцију и финансијску помоћ (и то првенствено финансијском сектору), у САД и широм света, скоро сви су закључили да је неопходна (финансијска) регулација, и то много јача него што је била пре кризе.[2]

1 Велике промене у индустрији финансијских услуга (финансијском сектору) су битне и имају прожимајући утицај на локалну, регионалну и светску економију. Све већи проценат укупно запослених у свету, нарочито у развијеним земљама, је ангажован у финансијском сектору. На пример, значај америчког финансијског сектора је представљен кретањем његовог учешћа у БДП, у периоду 1860–2007: 1860. око 1,5%; 1930. 5,7%; 1940-их око 2%, и (пре избијања кризе) 2007. око 8%. Вид. В. Врачарић, *Међународно регулисање сукоба интереса у инвестиционом банкарству*, докторска дисертација, Правни факултет, Београд, 2011, стр. 25–26, 36–37 и Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, доступно на адреси: *http://en.wikipedia.org/wiki/Dodd-Frank_Wall_Street_Reform_and_Consumer_Protection_Act.*

2 Уместо тога, тржишта су створила (огромне) ризике, погрешно алоцирала капитал и подстакла претерано задуживање, и истовремено повећала трансакционе

Реформа глобалног финансијског система још траје. У САД су контуре финансијске реформе јасне, мада су многи детаљи препуштени различитим регулаторима, и као у многим другим областима, проблем (ђаво) се налази у детаљима!

Као реакција на кризу, 21.7.2010. донет је Дод-Френк-ов закон (*The Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*) – Закон о реформи Волстрита и заштити корисника финансијских услуга у САД. Закон уређује пет кључних области са важним принципима. Међутим, сматра се (Штиглиц и др.) да резултат не обећава много, добијен је закон који подсећа на швајцарски сир – чини се да је јак, али са великим рупама.[3]

трошкове. Банке и финансијске институције су креирали нове инструменте за инвестирање и управљање ризицима који су били толико опасни да су запретили обарањем – блокадом целог америчког финансијског система. На свом врхунцу, у годинама пре кризе, нарасла (балон) финансијска тржишта су абсорбовала 40% профита корпоративног сектора. „Тржиште" је погрешно проценило ризик неплаћања и препакивања другоразредних хипотекарних кредита у нове производе – хартије од вредности са највишим рејтингом ААА, верујући рејтинг агенцијама и инвестиционим банкама. Амерички финансијски регулатори, ФЕД (Централна банка САД) на челу са Гринспеном и Бернанкијем, и други, су све посматрали са стране и дозволили да се то догоди (уруши амерички и светски финансијски систем). ММФ, Министарство финансија САД и др. веровали су у тржишни фундаментализам и „невидљиву руку тржишта" (дерегулацију и саморегулацију) – ефикасна тржишта сама себе исправљају и најбоље је препустити их њиховим инструментима ако се жели максимизирање раста и ефикасности! Вид. J. E. Stiglitz, *Freefall – America, free markets, and the sinking of the world economy*, New York, 2010, стр. 16, 27, 29.

3 Указује се да уз толико дискреционих права регулатора – од којих неки пре кризе нису ни веровали у регулацију – нема много гаранција да ће реформе бити довољно снажне да привреду и друштво заштите од недавних невоља (кризе). Нажалост, главни део законске стратегије банака је био утврђивање изузетака тако да ће снага и примена било ког прописа бити углавном ослабљена. Главне области-питања су: 1) (очекивана) јака и независна комисија за сигурност финансијских производа ради заштите обичних америчких грађана од превара у финансијском сектору; 2) регулатор системског ризика (Савет за финансијску стабилност) који посматра (финансијски) систем као целину. Међутим, овај регулатор може само да даје препоруке ФЕД-у, институцији која није успела да спречи кризу и има чврсте везе са банкарским системом чије интересе одражава (вероватно се исти модел користи и у Србији!?); 3) спречавање претераних ризика у банкарству, посебно проблем краха и спашавања сувише великих банака (*too-big-to-fail banks*). На пример, Европа је ограничавање банкарских бонуса ставила у центар реулаторних реформи, што су америчке банке успеле да спрече. Пол Волкер је уз Обамину подршку тражио ограничавање трговачких шпекулација у комерцијалним банкама уз коришћење сопственог капитала (*proprietary trading*). Ово Волкерово правило многи сматрају „мини-обнављањем" Глас-Стигл закона, који је до 1999. раздвајао комерцијално и инвестиционо банкарство, и чије укидање је директно утицало на појаву проблема у америчком финансијском систему. Такво трговање доводи до коришћења сукоба интереса (банке су понекад остваривале профите на на рачун својих клијената)

Да ли је овог пута у питању и покушај примене неких принципа на којима се заснивао познати Глас-Стигл закон с почетка 1930-их година, који је, поред осталог, строго одвајао комерцијално од инвестиционог банкарства?

Многи су крајем 2009. предлагали поновно увођење Глас-Стигла (ГС) како би се „сувише велике банке да би пропале" приморале да се врате конвенционалном (комерцијалном) банкарском послу, остављајући другим финансијским институцијама преузимање (великих) ризика или управљање ризицима. Међутим, такав предлог је наишао на велики отпор, а један од бивших регулатора је тврдио да би раздвајање компанија (интегралног комерцијалног и инвестиционог – универзалног банкарства) било неразумно.[4]

Дод-Френк закон има за циљ да промовише финансијску стабилност САД повећавањем одговорности и транспарентности у финансијском систему, да реши проблем „сувише великих да би пропали", да заштити америчке пореске обвезнике укидањем спашавања, да заштити кориснике од преварне праксе у области финансијских услуга и за друге циљеве.[5]

II Волкерово правило – најспорнији део регулаторне реформе

Као важан део (Одељак/Section 619.) америчког Дод-Френк закона, Волкерово правило (*Volcker Rule*) је изазвало највећу расправу, у којој његови противници настоје да онемогуће или одложе његову примену у измењеном и једноставнијем облику.[6]

и инсајдерских информација уз преваљивање губитака на пореске обвезнике; 4) јаче регулисање финансијских деривата (инструмената за осигурање од ризика или коцкање?) и 5) овлашћење државних органа у спашавању банака (законодавац још није решио проблем спашавања сувише великих институција које су склоне да преузимају огромне ризике а и убудуће рачунају на државну помоћ). *Ibid*., стр. 136–7.

4 На пример, увођењем ГС, Голдман Сакс Група не би могла више да буде банкарска холдинг компанија која узима депозите осигуране од стране државе, итд. Види: Glass Steagall, доступно на адреси: *http://freerisk.org/wiki/index.php/Glass_Steagall*.

5 Дод-Френк, са укупно 848 страна, захтева од регулатора да донесу 243 прописа, ураде 67 студија и издају 22 периодична извештаја. Вид. Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, доступно на адреси: *www.sec.gov/about/laws/wallstreetreform-cpa.pdf*.

6 Ова правило је добило назив по бившем гувернеру ФЕД-а, Полу Волкеру и председнику Обаминог економског савета. Одељак 619., под називом Забрана трговања за сопствени рачун и одређених односа са хеџ фондовима и приватним фондовима за ризична улагања чини саставни део Поглавља VI – Унапређење

Говорећи о финансијској реформи, у јануару 2010. Пол Волкер је рекао да он тражи да комерцијално банкарство буде главни сегмент финансијског система, и да се морају смањити његове активности на тржишту капитала. Али, он истиче, то не значи (потпуно) враћање на Глас-Стигл, и да се његови ставови погрешно тумаче.[7]

Кључно је да Волкерово правило *забрањује* осигураним депозитним институцијама и њиховим афилијацијама да: тргују за свој рачун (*proprietary trading*); стичу или задржавају било какав власнички удео, партнерство или други власнички интерес у хеџ фонду (*hedge fund*) или приватном фонду за ризично улагање (*private equity fund*); и да спонзоришу хеџ или приватни фонд (фондови).[8]

Треба истаћи да се ова забрана не односи на небанкарске финансијске компаније (инвестиционе банке, хеџ фондови и др.), које Савет одреди за надзор од стране Одбора гувернера (ФЕД). Ове компаније би могле бити у обавези да обезбеде додатни капитал и да поштују додатна квантитативна ограничења везано за њихове одређене активности. (Важно је имати у виду да су трговачке активности све важнији извор великих профита финансијских институција, посебно небанкарских, поред активности преузимања и пласмана емисија акција и обвезница (*underwriting*) и саветовања интеграција и припајања компанија – M&A).

Волкерово правило би се односило на трговање за свој рачун (трговање) и активности са фондовима америчких банкарских организација, без обзира на место реализације трговања или активности. Код не-америчких банкарских организација ово правило би се примењивало само на трговање и активности са фондовима у САД или такве активности ван САД, ако оне обухватају понуду хартија од вредности (хов) америчком резиденту. Иако је Волкерово правило ублажено

регулације холдинг компанија банкарских и штедних асоцијација и депозитних институција. *Ibid*.

7 Глас Стигл је у основи уредио да банке не могу да преузимају корпоративне хартије од вредности или да њима тргују, а Волкер би сада то дозволио. Он признаје да је разликовање и одвајање активности на тржишту капитала и трговања од банкарских активности донекле у духу Глас Стигла. Тржиште капитала не би требало јако регулисати, али би у изузетним ситуацијама велике и нестабилне институције требало пустити да (контролисано) банкротирају уз одређену процедуру. Вид. Glass Steagall, доступно на адреси: *http://freerisk.org/wiki/index.php/Glass_Steagall*.

8 Трговање за сопствени рачун се дефинише као деловање принципала преко трговачког рачуна банкарске организације или надзиране небанкарске финансијске компаније у свим трансакцијама куповине или продаје или другог стицања и отуђења дужничких и власничких хартија од вредности (хов), роба, деривата или других финансијских инструмената. Вид. Financial Institutions, The Volcker Rule, доступно на адреси: *www.skadden.com/newsletters/fsr_The_Volcker_Rule.pdf*.

у односу на почетну верзију, наведена органичења би имала утицај на способност америчких банака да пружају производе и услуге инвестиционог управљања који су конкурентни у односу на небанкарске фирме и не-америчке банкарске организације на страним тржиштима.

Волкерово правило такође *дозвољава* трговачке трансакције: државним хов; у вези са преузимањем (гарантовањем) или стварањем тржишта (*market making*) у обиму који не превазилази тражњу клијената, потрошача или друге стране и друге трансакције.[9]

Забрањује се трансакција или активност банкарске организације везана за трговање или спонзорисање или улагање у фонд, уколоко би она: довела до стварног сукоба интереса између банкарске организације и њених клијената, потрошача или друге стране; довела до излагања банкарске организације „високо-ризичним пласманима" или „високоризичним стратегијама" (дефинисаних правилима која доносе регулатори); представљала опасност за сигурност и здравље банкарске организације; или опасност за финансијску стабилност САД.

Према члану Одбора гувернера Федералног резервног система САД, Тарулу (*Tarullo*), један од најтежих задатака приликом примене ограничења из Волкеровог правила (Правило) је разликовање забрањених трговачких активности за сопствени рачун (уз краткорочно остваривање профита) и дозвољених активности стварања тржишта (маркет-мејкинг: куповина и продаја хов од стране исте институције а за рачун клијената уз уговорену накнаду). Ово разликовање је важно због кључне улоге коју стваоци (и одржаваоци) тржишта (маркет-мејкери) играју у омогућавању ликвидних тржиша за хартије од вредности (хов), деривате и другу имовину (активу).[10]

9 Такође су дозвољене одређене трансакције хеџинга (осигурања) за ублажавање ризика везане за холдинг осигураних депозитних институција; затим улагање у инвестиционе компаније за мале фирме; офшор трговање осигураних депозитних институција; као и друге активности за које регулатори утврде да промовишу и штите сигурност и здравље банкарских организација и финансијску стабилност САД. *Ibid.*

10 Другим речима, разликовање између чистог трговања и маркет-мејкинга је теоретски једноставно и директно. На једној страни, трговање се одвија у једном пословном делу банке, са јединим циљем да се оствари краткорочни профит, без икакве везе са клијентом – пружања услуге и подршке или посредовање. Овакви „интерни хеџ фондови" су већ постојали у многим афилијацијама банака много пре појаве Волкеровог правила. Многе банке су већ издвојиле/укинуле ове активности (које нису оријентисане на клијенте), и већ унапред усклађују своје активности са Волкеровим правилом (Правило). На другој страни се налазе чисто агенцијски оријентисани маркет-мејкери, који делују као посредници, стално повезујући велики број купаца и продаваца одређене активе, без заузимања позиције са том активом. Профит се остварује или обрачунавањем више продајне цене купцима од набавне или наплатом провизије. Али, овакве безризичне маркет мејкинг активности су веома ретке на тржишту трговања.

Таруло тврди да је циљ Правила и осталих одредби Дод-Френка да се максимизира финансијска стабилност и друге друштвене користи уз најмање трошкове на страни расположивих кредита и економског раста.

III Примена, утицај и оспоравање Волкеровог правила[11]

Колико ће Волкерово правило бити ефикасно у одвајању комерцијалног банкарства од ризичног трговања хартијама од вредности углавном ће зависити од конкретних прописа које ће регулаторне агенције у наредном периоду објавити за примену наведених ограничења, и када ће се захтевати њихова примена (закон омогућава банкама да траже продужење до 12 година!?).[12]

У пракси, купци и продавци се појављују у различито време са сличним и/или различитим захтевима, при чему маркет мејкери формирају залихе и управљају изложеношћу активи за коју они стварају тржишта, како би обезбедили да непрекидно испуњавају захтеве својих клијената. У широком међупростору, између два наведена примера, тешко је правити разлику између забрањеног трговања и маркет мејкинга, јер ове активности имају неколико заједничких важних карактеристика. Код обе активности, банкарски ентитет генерално делује као принципал у трговању одређеном позицијом, држи ту позицију само релативно кратко време, и остварује профите (и сноси губитке) на основу промене цене одређене позиције. Отуда, куповина или продаја одређеног блока хов очигледно није дозвољена или забрањена, гледајући само особине саме трансакције. Уместо тога, Правило разликује ове активности тако што има у виду намену/циљ трговања и намеру трговца (трејдера). Ове субјективне карактеристике се могу тешко разлучити у пракси, нарочито у контексту комплексних глобалних тржишта трговања на којима једна фирма може да се укључи у хиљаде или више трансакција дневно. Исти изазов постоји код покушаја да се прави разлика између хеџинг трговања и трговања за сопствени рачун (proprietary trading). Вид. The Volcker Rule, Testimony by Mr Daniel K. Tarullo, Washington DC, 18 Jan 2012, доступно на адреси: *www.bis.org/review/r120119b.pdf*.

11 Америчка Комисија за хов и берзе (*US Security and Exchange Commission – SEC*) (СЕК) и други банкарски регулатори су заједнички предложили закон за примену Волкеровог правила у октобру 2011, а Комисија за трговање робним фјучерсима је објавила свој предлог у јануару 2012. Пре примене Правила, СЕК ће прегледати и размотрити писма са коментарима, примљеним до 13.2.2012, укључујући коментаре о међународном утицају предложеног Правила. Очекује се да ће особље пет регулаторних агенција: ФЕД, СЕК, Трезор, Контролор валуте и Комисија за фјучерсе, организовати детаљну расправу о главним питањима, пре него што наставе рад на изради прописа. У припреми за примену Дод-Френка, СЕК активно води дискусије са партнерима у иностранству ради подстицања међународне координације регулаторних реформи. Вид. Testimony by E. B. Walter, concerning „International Harmonization of Wall Street Reform: Orderly liquidation, derivatives, and the Volcker Rule", March 22, 2012, доступно на адреси: *http://sec.gov/news/testimony/2012/ts032212ebw.htm*.

12 Вид. The Glass-Steagall Act and the Volcker Rule, доступно на адреси: *http://www.newrules.org/print/banking/rules/glasssteag*.

Америчке регулаторне агенције су предложиле оквир за имплементацију Волкеровог правила који обухвата: објашњење фактора за разликовање забрањених од дозвољених активности; обавеза банака са значајним трговачким активностима да примене програм за контролу њихових активности ради обезбеђивања спровођења Правила; прикупљање података и извештавање и др. Посебно ће се настојати да се смањи оптерећење Правилом код мањих, мање сложених банака, које се ангажују у малом броју активности или нимало.

Сматра се да ће забрана трговања за свој рачун несумњиво утицати на трговачко понашање банкарских ентитета и да је процес доношења одговарајућих прописа сложен.[13]

Тврди се да ће примена Волкеровог правила смањити квалитет и капацитет услуга маркет-мејкинга које банке пружају америчким инвеститорима. Предлаже се да агенције пажљиво размотре у својим кост-бенефит анализима краткорочне и дугорочне ефеке Правила.[14]

Оспоравања овог важног правила долазе од стране великих финансијских институција (Вол Стрита), неких регулатора, страних влада и др. Процењује се да у борби око Волкеровог правила све више поена убира управо Вол Стрит. Од свих правила из Дод-Френка, ово правило највише погађа лукративне активности великих и познатих фирми.

Дакле, свима је јасно да ће Волкерово правило имати директан утицај на највеће Вол Стрит фирме са обимним трговачким активностима (које преко својих добро плаћених лобиста имају велики утицај на законодавни и регулаторни процес у САД и свету). Посебно се траже измене које ће сачувати америчко и глобално тржиште секјуритизираних производа. С обзиром да је поднето више од 17.000 писама коментара, питање је да ли ће Правило моћи да се заврши до краја 2012. и шта ће на крају остати од почетног предлога.[15]

13 The Volcker Rule, Testimony by Mr Daniel K. Tarullo, Washington DC, 18 Jan 2012.

14 Инвеститори и емитенти хов ће морати да се скупље задужују, прибављају капитал, инвестирају, осигуравају ризике и обезбеђују ликвидност за своје позиције. Вероватно ће не-банкарски маркет мејкери компензовати део или цео изгубљен капацитет стварања тржишта, али са непредвидивим и потенцијално негативним утицајем на сигурност и здравље финансијског система. Вид. D. Duffie, „Market making under the proposed Volcker Rule", Jan 16, 2012, доступно на адреси: *www.sifma.org/issues/item.aspx*.

15 ГОП (*Government Accountability Office – GOP*) проценио је прошле године да су само групе за трговање за свој рачун у шест највећих банака остварile приходе у износу од 15,6 милијарди УСД од 2006–2010. Вид. R. Schmidt, P. Mattingly, „Bank Lobby's Onslaught Shifts Debat on Volcker Rule", Bloomberg Businessweek, Marh 26, 2012, доступно на адреси: *http://www.businessweek.com/printer/articles*; Joint Association Comments on the Joint Notice of Proposed Rulemaking Implementing the Provi-

IV Уместо закључка

Као код припреме и спровођења свих великих финансијских (и других) реформи, тако се и код писања и спровођења Волкеровог правила, кључног и најспорнијег дела Дод-Френк закона о реформи, већ појављују велики отпори, проблеми и нејасноће, те се може очекивати његова тешка и одложена примена у измењеном облику. Иако је свима јасно да се овим правилом жели спречити избијање будућих криза, као оне 2007–2009, изгледа да су и овог пута јачи и важнији интереси моћних људи и институција и да коначна одлука зависи од политичке воље главних светских финансијских центара.

Vladimir **VRAČARIĆ, PhD**

VOLCKER RULE: NEW VERSION OF GLASS-STEAGALL ACT?

Summary

In this article author explains the process of making Volcker Rule, its main elements and tasks, analyzes its economic and other impacts and contribution to stabilization of financial system. He particularly emphasizes the importance of implementation of the Rule and points to obstacles to its finalization and start of implementation. Author concludes that making and implementation of the Volcker Rule will be difficult because of different interests, expectations and requirements.

Key words: *world financial crisis, financial system, financial regulatory reform, Glass-Steagall Act, Dodd-Frank Act, Volcker Rule.*

sions of the Volcker Rule that Impact Securitizations, AFME, ASIFMA, ICMA, Feb 13, 2012, доступно на адреси: *www.smartbrief.com*.

ПРАВО ПОТРОШАЧА

др *Драган* ВУЈИСИЋ
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

ИМПЛЕМЕНТАЦИЈА УПУТСТВА ЕЕЗ О ТУРИСТИЧКОМ ПУТОВАЊУ У ЗАКОН О ЗАШТИТИ ПОТРОШАЧА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Резиме

Савет ЕЕЗ донео је јуна 1990. године Упутство о путним аранжманима, аранжманима за одморе и аранжманима за организована путовања. Национална права држава чланица ЕЗ показивала су много неуједначености и да је национална пракса на овом пољу приметно различита, чиме су се повећавале препреке слободи пружања услуга и ометања конкуренције међу организаторима путовања са седиштима у различитим државама чланицама. Циљ Упутства је био, пре свега, да спречи нефер конкуренцију и повећа заштиту потрошача и доведе је на исту раван на територији ЕЗ хармонизацијом законодавстава појединих држава чланица.

Споразумом о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица и Републике Србије из 2008. године, истакнута је важност усклађивања српског законодавства са законодавством заједнице, као и његова делотворна примена. Обавеза усклађивања домаћег законодавства с правном тековином Европске заједнице изискује и усклађивање српског права с оним сегментом acquis-a који се односи на заштиту потрошача. Као последица тога, 2010. године донет је нови Закон о заштити потрошача.

Закон о заштити потрошача је битно имплементирао Упутство и тако учинио заштиту потрошача делотворнијом, низом одредаба

које гарантују да потрошач добије све нужне информације о путовању, непроменљивост цене путовања, право на одустанак од уговора, и др.

Кључне речи: *уговор, туристичко путовање, организатор путовања, продавац, потрошач.*

I Увод

Процеси уједначавања, хармонизације прописа и праксе у туризму земаља ЕЗ, посебно у области организованог туристичког путовања, одражавали су разлике у интересима, уз опште схватање да би једна унифицирана правила која би обухватала дефиницију, садржину, обавезе и одговорност према путнику (потрошачу) допринела отклањању евидентне правне несигурности на тржишту туристичких услуга. Савет ЕЗ после четири године од одоборавања Иницијативе Комисије, донео је 13. јуна 1990. године Упутство о путним аранжманима, аранжманима за одморе и аранжманима за организована путовања[1] (у даљем тексту: Упутство). Национални закони држава чланица, према преамбули Упутства, показују бројне различитости са прилично неуједначеном праксом, што доводи до стварања препрека слободи пружања услуга и девијацији конкуренције међу туристичким операторима различитих земаља. Циљ Упутства је, пре свега, да спречи нефер конкуренцију, повећа заштиту потрошача и доведе је на исти ниво на територији ЕУ хармонизацијом законодавстава појединих држава чланица.

С друге стране, Споразумом о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица и Републике Србије из 2008. године (у даљем тексту: ССП), истакнута је важност усклађивања српског законодавства са законодавством заједнице, као и његова делотворна примена. Србија се обавезала да ће настојати да обезбеди постепено усклађивање постојећих закона и будућег законодавства са правним тековинама Заједнице. Такође, и да обезбеди да важеће и будуће законодавство буде правилно примењено и спроведено.[2] Обавеза усклађивања домаћег законодавства с правном тековином Европске заједнице изискује и усклађивање српског права с оним сегментом *acquis*-а који се односи на заштиту потрошача.[3] Као последица тога 2010. године донет је и нови Закон о заштити потрошача (у даљем тексту: ЗЗП).[4]

1 Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours *OJ* 1990 L 158.

2 Чл. 72 ССП.

3 Чл. 78 ССП.

4 *Сл. гласник РС*, бр. 73/2010.

Међутим, и пре доношења ЗЗП из 2010. године, код нас је Законом о облигационим односима из 1978. године (у даљем тексту: ЗОО)[5] путницима, као потрошачима организованог туристичког путовања, пружена адекватна правна заштита. То је учињено одредбама којима је уређено обавештавање путника (чл. 864 ЗОО), замена путника другим лицем (чл. 875 ЗОО), право путника да одустане од уговора (чл. 877 ЗОО), непроменљивост цене путовања, осим у законом прописаним случајевима (чл. 876 ЗОО), одговорност организатора путовања (чл. 866–870).

II Појам и субјекти туристичког путовања

За разлику од Међународне конвенције о организованом путовању из 1970. године (и ЗОО) која дефинише уговор о организовању путовања као уговор којим се обавезује организатор путовања (туристичка, односно путничка агенција) да прибави путнику скуп услуга које се састоје од превоза, боравка и других услуга које су са њима везане, а путник се обавезује да организатору плати једну укупну (паушалну) цену, Упутство дефинише туристичко путовање (туристички пакет аранжман) као унапред утврђену комбинацију не мање од две услуге које укључују превоз, смештај и друге туристичке услуге које нису повезане са превозом или смештајем и учествују значајно у цени аранжмана, у трајању дужем од 24 часа, или ако укључује ноћење, које се продаје или нуди на продају по одређеној цени (чл. 2.1). У овом смислу дефинише туристичко путовање и ЗЗП, уз проширење појма и на вишедневни боравак који укључује само услугу смештаја у одређеним терминима или одређеном трајању без обзира на издвојени обрачун или наплату појединачних услуга (чл. 5 ст. 1 тач. 29).[6]

Пред Европским судом правде поставило се, као претходно, питање да ли се Упутство примењује само на путовања по систему унапред утврђеног путовања од стране организатора путовања или и на путовања које је организовао организатор путовања у потпуности у складу са захтевом корисника. Суд је потврдио да појам организованог путовања треба тумачити у ширем смислу, односно да тај појам укључује и путовање које организује нека туристичка агенција на захтев и са детаљима које прецизира један клијент или одређена група.[7]

5 *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85...

6 Као и у ЗЗП, уговор о организовању путовања дефинише се и у Нацрту Грађанског законика Републике Србије из 2009. године (чл. 1118).

7 *Club Tour, Viagens e Turisme SA/Alberto Carlos Lobo Goncalves Garido* од 30. априла 2002. године.

Овакво тумачење Европског суда правде прихваћено је и у дефиницији туристичког путовања у ЗЗП.

У Упутству се дају дефиниције и субјеката уговора о туристичком путовању: организатора путовања, продавца (дистрибутера) и потрошача.

Организатор је лице које, не само понекад, организује аранжмане, продаје их или их нуди на продају, непосредно или преко продавца (чл. 2.2). Појам „организатора" не подудара се са уобичајеном дефиницијом из тзв. уговорних потрошачких упустава ЕУ да „делује у оквиру своје професионалне или привредне делатности". Нејасно је и значење појма „не само понекад", па нека законодавства (Енглеска, Шведска) проширују појам организатора и на лица која организују путовања повремено.[8] Али, и од њих се захтева да организују делатност и подвргну се режиму из Упутства.[9] Продавац (дистрибутер) је лице које продаје или нуди на продају аранжмане које је осмислио организатор (чл. 2.3). ЗЗП, пак, говори *само* о трговцу, као правном или физичком лицу које наступа на тржишту у склопу своје пословне делатности или у друге комерцијалне сврхе (чл. 5 ст. 1 тач. 2).

У смислу тзв. потрошачких Упутстава ЕУ, пресуда Европског суда правде,[10] као и ЗЗП, о потрошачу се говори ако су кумулативно испуњени следећи услови: да је реч о физичком лицу и да то лице закључује правни посао или делује на тржишту у сврхе које нису намењене његовој пословној или професионалној делатности. Изузетак представљају упутства (пре свега, она која се не односе на тзв. потрошачке уговоре), истина у мањини, која дају шири појам потрошача, односно обухватају под појмом потрошача не само физичко лице.[11] У Упутству (чл. 4.2) потрошач се одређује као лице које узима или је сагласан да узме аранжман, („главни уговарач"), или било које лице за чији се рачун главни

8 Hans Schulte-Nölke, Christian Twigg-Flesner and Martin Ebers, *EC Consumer Law Compendium – Comparative Analysis*, February 2008, стр. 211.

Према Закону о туризму (*Сл. гласник РС*, бр. 36/2009, 88/2010, 99/2011), синдикалне организације, удружења пензионера, феријалне, студентске, извиђачке и планинарске организације и установе социјалне и дечје заштите, као и друга удружења и организације, могу само за своје чланове, односно кориснике, у складу са својим статутом, организовати туристичко путовање или излет, без сврхе стицања добити (чл. 46. ст. 1).

9 Миомир Драгашевић, „Уговор о организовању путовања и заштита туристе као потрошача", *Зборник радова Од caveat emptor go caveat venditor*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, 2009, стр. 216.

10 ЕСП 21.6.1978, 150/77, *Ott*, 1978, стр. 1431; ЕСП 22.11.2001, C–541/99 и C–542/99, *Idealservice*, 2001, I–9049.

11 Ewoud Hondius, „The Notion of Consumer. European Union versus Member States", *Sydney Law Review*, vol. 28/89, стр. 98.

уговарач сагласи да купи аранжман („други корисници“) или неко друго лице коме је главни уговарач или неко од корисника уступио аранжман („прималац“). На овај начин Упутство се одриче својства потрошача као физичког лица и његовог деловања које није у пословном или професионалном циљу. Субјективно подручје примене овог Упутства обухвата „сваког, ко резервише путовање са пакет аранжманом“, чиме се покушава прилагодити околностима да се приликом резервације велике суме новца плаћају унапред, што би, код истовременог непознавања страног правног система, доводило до одустајања од уговора.[12] Из тог разлога су заштићени и они, који резервишу путовање у сврху пословне делатности, тако да и пословна путовања спадају у подручје примене ове директиве.[13] Имплементацијом Упутства и ЗЗП проширује појам потрошача и на физичко лице које користи туристичко путовање у оквиру своје пословне делатности, професије или заната, односно на основу уговора између трговца и трећег лица, који је закључио тај уговор у његову корист или је на њега пренео уговорену услугу (чл. 110).

III Предуговорно обавештавање, форма и садржина уговора о туристичком путовању

Потрошач, по правилу, одлучује о одређеном туристичком путовању на основу информација садржаних у брошури и рекламном материјалу које обезбеђује организатор путовања или продавац. Он има право да претпостави да су те информације тачне и правно обавезујуће и да никаквих промена неће бити, осим ако је то публикованом брошуром одређено или су промене настале касније, уз сагласност уговорних страна.[14]

Брошура која се даје потрошачу, мора на јасан, разумљив и прецизан начин да садржи, како укупну цену, тако и све битне информације које се тичу: дестинације, карактеристика и категорије саобраћајних средстава која ће се користити; врсти смештаја, локацији, категорији или степену удобности и њеним основним карактеристикама; планираном јеловнику; опису реда путовања (итинерер); основне информације о пасошима, условима за добијање визе, као и формалностима које се односе на заштиту здравља у току пута и боравка;[15] авансу који треба пла-

12 Види: разлог разматрања бр. 9 Упутства.

13 Златан Мешкић, „Хармонизација Европског потрошачког права – Зелена књига 2007. године“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, бр. 3/2009, стр. 555.

14 Sagub Bedford (ed.), *European Travel Law*, Chichster, 1997, стр. 344.

15 Предузеће за туризам и услуге које је организовало путовање у иностранство чини повреду добрих пословних обичаја и пословног морала ако не обавести или по-

тити и роковима плаћања и плана исплате остатка цене; ако је утврђен најмањи број особа потребан за организовање путовања, крајњи рок за обавештавање потрошача у случају да се аранжман откаже.[16]

Организатор, односно продавац нема обавезу да потенцијалне клијенте снабде брошуром, али су ово информације које представљају предуговорну обавезу организатора или продавца.[17]

Организатор и/или продавац ће потрошачу, такође, у писаној или некој другој одговарајућој форми, правовремено, пре почетка путовања (најчешће седам календарских дана пре почетка путовања), пружити информације које се односе на: време и места успутних станица и саобраћајних веза, као и појединости о месту које ће бити резервисано за путника, као на пример, кабина или лежај на броду, лежај у спаваћим колима у возу (ова обавеза не постоји у чешком и италијанском праву); место, адресу и телефонски број локалног представника организатора или продавца, ако то нема, локалних агенција на чију помоћ би потрошач, у случају потешкоћа, могао да се ослони (где такви представници или агенције не постоје, потрошач у сваком случају мора да добије број који може користити у случају преке потребе или информацију која ће му омогућити контакт са организатором и/или дистрибутером); могућност за склапање полисе осигурања која треба да покрије трошкове евентуалног отказивања путовања од стране потрошача или трошкове пружене помоћи, укључујући и репатријацију у случају несрећног случаја или болести; у случају путовања или боравка у иностранству малолетника, информацију која омогућава директан контакт са дететом или особом која је одговорна за дете у месту боравка (према ЗЗП, трговац је дужан да ову информацију достави потрошачу најкасније 14 дана пре отпочињања путовања[18]).[19]

Упутство, овако, чини заштиту потрошача делотворнијом низом одредаба које гарантују да потрошач добија све нужне информације о путовању, да постоји корелација између оног што је објављено у брошури и стварности у актуелном уговору и да ће о изменама услова потрошач бити обавештен унапред тако да може да одлучи шта да чини.[20]

грешно обавести корисника услуге о формалностима око издавања пасоша и визе, па корисник због тога буде изложен малтретирању и додатним трошковима. Одлука Суда части при Привредној комори Београда, С. бр. 78/04 од 24.11.2004, *Право и привреда*, бр. 9–12/05, стр. 166.

16 Упутство, чл. 3.2.

17 Види: ЗЗП, чл. 93.

18 Види: ЗЗП, чл. 93. ст. 3.

19 Упутство, чл. 4.1.б.

20 S. Bedford (ed.), *нав. дело*, стр. 398.

Према ЗЗП (чл. 96 ст. 4), трговац је дужан да обавести потрошача о свакој промени података у *примереном року* пре закључења уговора о туристичком путовању.

Елементи које треба унети у уговор о туристичком путовању су: путна дестинација, и тамо где се предвиђа дужина боравка, релевантан период са датумима; средства, карактеристике и категорије превоза који ће се користити, датуме, време и тачке поласка и повратка; тамо где аранжман укључује смештај, локацију, туристичку категорију или степен удобности и његове основне карактеристике и планирани јеловник; да ли је предвиђен најмањи број лица потребан за реализовање аранжмана и крајњи рок за обавештавање потрошача ако дође до отказивања; маршуту; посете, екскурзије и друге услуге које су укључене у укупну цену договорену за аранжман; име и адресу организатора, продавца и, евентуално, осигуравача (нпр. у случају закључења уговора о осигурању које покрива трошкове отказа туристичког путовања од стране потрошача у случају несреће или болести или трошкове помоћи и повратка са туристичког путовања); цену аранжмана, указивање на могућност промене цене и указивање на дажбине, порезе и новчане накнаде за одређене услуге (накнаде за укрцавање и искрцавање у лукама и на аеродромима, туристичке таксе) ако ови трошкови нису укључени у цену аранжмана; распоред и начин плаћања; посебне захтеве које је потрошач доставио организатору или продавцу у тренутку резервације, који су прихваћени; рок за улагање притужбе потрошача који се тиче неиспуњења или неуредног испуњења уговора, као и рок за решавање притужби потрошача.[21] Елеменат уговора, осим поменутих, према ЗЗП, јесу и услови под којима потрошач има право да одустане од уговора (чл. 96 ст. 7 тач. 5).

Ово је минимум садржине, елементи који се имају обухватити уговором, осим ако нису релевантни за конкретни уговор (принцип тзв. минималне клаузуле; према нашем ЗЗП они су обавезни). Сви елементи, односно услови уговора морају бити сачињени у писаној форми или у неком другом потрошачу разумљивом и доступном облику и морају му бити саопштени пре закључења уговора, уколико се не ради о *last minute* резервацији, односно уговору (у Аустрији и Немачкој услови уговора морају бити предати путнику приликом или непосредно по закључењу уговора).[22] Копија услова предаје се потрошачу. Упутством није предвиђено да је потрошач, као уговорна страна, дужан да стави потпис на уговор, али је могуће да се таква одредба утврди националним правом држава чланица. Према ЗЗП (чл. 96), уговор о туристичком

21 Упутство, Анекс.

22 Упутство, чл. 4.2. а-ц.

путовању закључује се у писменој форми или на трајном носачу записа (трајном медијуму) и садржи, поред осталог, датум и место закључења уговора и потписе уговорних страна.

Неке државе су, међутим, искористиле принцип тзв. минималне клаузуле, тако да има одступања у односу на Упутство, у погледу снабдевања клијената брошуром, садржаја предуговорних информација (дужност да се пруже информације о пасошима и визама у Чешкој се захтева само за њене држављане, на Кипру за држављане и резиденте Кипра, а у Аустрији и Немачкој за грађане држава чланица у којима се нуди пакет аранжман; обавеза информисања о времену и месту успутних станица и саобраћајних веза као и појединости о месту које ће бити резервисано за путника, не постоји у чешком и италијанском праву), елемената садржаних у уговору (нпр. услова под којима потрошач и/или организатор могу одустати од уговора), облика предуговорних информација (у Естонији и Немачкој се не захтева посебна форма за пружање ових информација).[23] Нејасна је и сама формулација облика у коме се потрошачу пружају предуговорне информације, па и уговора – у писаној форми или у неком *другом потрошачу разумљивом и доступном облику* (адекватан израз био би у писменој форми или на *трајном носачу записа*[24]). Такође, нејасно је и то на шта се односе изузеци од информационих захтева у случају *last minute* резервација, односно уговора.

IV Измена уговорених услова и право на одустанак од уговора

Основни услови уговора могу се променити, пре отпочињања туристичког путовања, са или без последица по потрошача, са настојањем да се елиминише неравнотежа у расподели ризика. Ако организатор закључи да је пре поласка принуђен да измени поједине битне одредбе уговора (цена, дестинација, превозно средство, карактеристике или категорију превоза, датум отпочињања туристичког путовања, врста, локација, категорија или ниво удобности смештаја, и сл.), дужан је да о томе што пре обавести потрошача. Потрошач тада има право да раскине уговор, без икаквих последица, или да прихвати измене уговора у којој су наведене промене и њихов утицај на цену. Потрошач је, с друге стране, обавезан да о својој одлуци што пре обавести организатора путовања или продавца (Упутство, чл. 4.5). Организатор је дужан да измене услова уговора саопшти потрошачу у писаној форми или у неком

23 Hans Schulte-Nölke, Christian Twigg-Flesner, Martin Ebers, *нав. дело*, стр. 211.

24 H. Schulte-Nölke, Ch. Twigg-Flesner, M. Ebers, *нав. дело*, стр. 216.

другом потрошачу разумљивом и доступном облику (трајном носачу записа, средством комуникације на даљину).[25]

До измена уговорених услова долази нарочито у случају измене, односно повећања или смањења уговорене цене. Чланом 4.4 Упутства штите се потрошачи од неоправданих промена цене. Правило је да цена утврђена уговором подлеже измени само у прописаним случајевима, ако је то изричито предвиђено у уговору и ако је прецизно формулисано како ће се промена цене израчунати. Цене у брошурама утврђене су на бази тарифа давалаца услуга (превозника, хотелијера, и др.) и девизних курсева, који су важили у време састављања организованог путовања, некад за дужи период пре времена поласка. Упутство омогућава организатору измену цене само у случајевима промена: трошкова превоза, укључујући цене горива; дажбина, пореза и новчаних накнада за одређене услуге, као што су пристанишне таксе, новчане накнаде за укрцавање и искрцавање у лукама и на аеродромима; или промена у девизном курсу (чл. 4.4.а). У циљу обезбеђења непроменљивости цене, Упутство предвиђа да се у периоду од 20 дана пре уговореног поласка, уговором утврђена цена не може повећавати (чл. 4.4.б). Норме у Упутству у великој мери подударају се са чл. 876 ЗОО, осим одређења да се цена не може повећавати фиксирано време које претходи почетку путовања. У Упутству је *изостала*, пак, одредба из ст. 3 чл. 876 ЗОО о праву путника на раскид уговора, без обавезе на накнаду штете и са правом на враћање онога што је платио организатору путовања, ако повећање уговорне цене пређе 10%.

ЗЗП (сагласно ЗОО) проширује подручје заштите потрошача његовим правом на одустанак од путовања, односно уговора, у било ком моменту, потпуно или делимично. Не захтева се образложење за овај одустанак и поставља се питање једино сношења последица раскида. С обзиром да се овај уговор закључује некада много пре самог почетка путовања, разликује се благовремени и неблаговремени одустанак. У првом случају, трговац има право на накнаду административних трошкова, који не могу бити већи од 5% од вредности туристичког путовања. У другом случају, трговац може од потрошача захтевати накнаду у одређеном проценту уговорене цене који се утврђује сразмерно периоду преосталом до отпочињања туристичког путовања и који мора бити економски оправдан. У случају да потрошач одустане од уговора због околности које није могао избећи или отклонити и које би да су постојале у време закључења уговора представљале оправдан разлог да не закључи уговор, као и у случају ако потрошач обезбеди одговарајућу замену или замену пронађе трговац, трговац има право искључиво на

25 Види: ЗЗП, чл. 98.

накнаду административних трошкова (ЗЗП, чл. 99). Међутим, из ЗЗП изостала је одредба ст. 5 чл. 877 ЗОО по којој ако путник одустане од уговора након почетка путовања, а разлог за то нису претходно наведене околности, организатор има право на пуни износ уговорене цене путовања.

Организатори путовања, не тако ретко, резервишу у општим условима путовања право да раскину једнострано уговор, уз навођење разлога за то, са обавештењем у примереном року и без обавезе на накнаду штете. Упутством се настоји повећати заштита потрошача у овим и сличним случајевима.

Прво, када потрошач одустане од уговора због измена основних услова уговора од стране организатора путовања или ако, из било ког разлога, који није настао кривицом потрошача, организатор откаже аранжман (туристичко путовање) пре договореног дана поласка, потрошачу се нуде средства како би се потпуно обештетио.[26] Потрошач може да прихвати замену за аранжман (туристичко путовање) истог или бољег квалитета, ако је организатор и/или продавац у стању да му то понуди (ако је аранжман који му се нуди нижег квалитета, организатор ће потрошачу вратити разлику у цени, а ако је бољег квалитета потрошач је дужан да плати разлику у цени[27]); или да поврати износ који је платио по основу уговора, што је пре могуће. Потрошач има, по правилу, и право на накнаду штете због неиспуњења уговорних обавеза, било од организатора путовања или продавца. Међутим, не настаје обавеза на накнаду штете у два случаја: прво, ако је до отказивања (раскида уговора) дошло због недовољног броја пријављених путника, испод минимума предвиђеног за тај аранжман и потрошач је писмено обавештен о отказивању путовања у року, који је наведен у опису аранжмана. Овај рок би морао бити одмерен тако да омогући потрошачу да благовремено букира путовање код другог организатора или продавца (према чл. 100 ст. 2 тач. 1 ЗЗП, рок за обавештавање потрошача о раскиду не може бити краћи од пет дана од дана отпочињања туристичког путовања[28]); друго, ако је отказивање настало, искључујући пребукирање, због више силе, односно неуобичајених и непредвидивих околности, које су изван контроле и утицаја стране која се на то позива, чије се последице, ни уз дужну пажњу нису могле избећи. Ако због догађаја за који нису одговорне уговорне стране испуњење обавезе трговца (организатора путовања) постане немогуће, престају и обавезе потрошача. Ако је потрошач предузео одређене радње у циљу испуњења своје уговорне обавезе, може захтевати од трговца повраћај уплаћених средстава по правилима о враћању стеченог без основа. Трошкове повратка потрошача

26 Упутство, 4.6.

27 Види: ЗЗП, чл. 100 ст. 1 тач. 1.

28 ЗЗП, чл. 100 ст. 2 тач. 1.

у место поласка или друго договорено место, сносе уговорне стране у једнаким деловима, а друге трошкове који се односе на престанак уговора сноси потрошач.[29]

Друго, када после поласка значајан део уговорених услуга није пружен или организатор схвата да неће бити у могућности да пружи значајан део предвиђених услуга, организатор ће понудити алтернативне аранжмане (друге одговарајуће услуге до окончања туристичког путовања) који од потрошача не захтевају додатне трошкове и надокнадити разлику између понуђених и пружених услуга. Ако је немогуће да се направе такви аранжмани или их потрошач не прихвата из оправданих разлога, организатор ће обезбедити потрошачу, без додатних трошкова, адекватан превоз до места поласка или, уз сагласност потрошача, неког другог места и обештетиће потрошача. (чл. 4.7 Упутства). У супротном, потрошач може да о свом трошку прибави друге одговарајуће услуге или изврши повратак одговарајућим превозним средством у место поласка или друго место о којем се договори са трговцем. Потрошач има и право на накнаду трошкова.[30]

Увек кад је спречен да учествује у организованом путовању, потрошач може своју резервацију пренети лицу које за то путовање испуњава све предвиђене услове, под условом да је претходно дао благовремено и прихватљиво обавештење. Преносилац аранжмана и његов корисник солидарно и појединачно одговарају организатору или продавцу за плаћање остатка дуговања, по уговору, као и за све додатне трошкове који настају из оваквог преноса (Упутство, чл. 4.3). Државе чланице ЕУ у својим законима прецизирају рокове у којим потрошач може вршити право замене другим лицем (обично је седам дана од дана отпочињања путовања). ЗЗП (чл. 97) не условљава замену потрошача другим лицем спреченошћу потрошача да учествује у организованом путовању нити да даје прихватљиво обавештење, али и не одређује рок у коме потрошач може вршити право замене (употребљава се широка формулација – примерени рок). Упутством (исто и ЗЗП) није одређена форма у којој потрошач даје организатору, односно продавцу обавештење о замени другим лицем.

V Одговорност организатора путовања и продавца

Потрошач, као страна у уговору, очекује извршење организованог путовања у целини, његову потпуну и уредну реализацију. Организатор је дужан да потрошачу пружи туристичко путовање на начин

29 Види: ЗЗП, чл. 106.

30 Види: ЗЗП, чл. 103 ст. 3 и 4.

који је уговорен. Туристичко путовање је у складу са уговором ако има својства која је организатор гарантовао потрошачу или ако одговара уобичајеној или уговореној намени.

Упутство (чл. 5.1) предвиђа да су државе чланице ЕУ дужне да осигурају да организатор путовања и/или продавац, као страна у уговору, буде одговоран потрошачу за доследно извршавање обавеза које проистичу из уговора, без обзира да ли ове обавезе треба да изврши организатор путовања и/или продавац или други даваоци услуга (пружалац услуга транспорта, смештаја, исхране и забавних, културних, спортско-рекреативних или других програма којима се испуњава слободно време). Не доводи се при томе у питање право организатора и/или продавца да покреће поступке против одговорних давалаца услуга. Ова одредба, коришћењем термина организатор путовања и/или продавац, оставља слободу државама чланицама да изједначе та два субјекта са истом одговорношћу: солидарном или супсидијарном или предвиде различите режиме.[31]

Имплементирајући Упутство, ЗЗП детаљно уређује питање одговорности трговца. Прво, потрошач има право на накнаду штете ако трговац или треће лице које је у име трговца требало да изврши обавезу из уговора о туристичком путовању не испуни односно делимично испуни обавезу из уговора или ако касни са њеним испуњењем. Потрошач тада има право и на накнаду нематеријалне штете.[32] С друге стране, трговац има право регреса од одговорног даваоца услуге (чл. 107 ст. 1 и 2). Друго, потрошач има право на умањење цене у случају да одступање од уговора на које потрошач укаже није отклоњено за време трајања туристичког путовања. Ако одступање од уговора на које потрошач укаже, а које није отклоњено за време трајања туристичког путовања, представља неизвршење или делимично извршење уговорне обавезе у погледу њеног обима или квалитета, потрошач може да захтева од

31 H. Schulte-Nölke, Ch. Twigg-Flesner, M. Ebers, *нав. дело*, стр. 216.

32 Нематеријална штета се оглега како у претрпљеним физичким тако и душевним боловима (разочарења, узрујавања, понижења, узнемиравања, фрустрације). П. Кларић, „Одговорност за неимовинску штету због повреде уговора о организовању путовања", *Зборник ПФ у Загребу*, посебан број, 2006, стр. 390.
Лице коме су, без његовог знања пренете ствари у другу хотелску собу да би у претходну био смештен други гост, има право на накнаду нематеријалне штете за доживљено понижење. Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 142/97 од 2. IV 1997. године.
Члан 5 Упутства експлицитно не каже да потрошач има право и на накнаду за нематеријалне штете. Међутим, према пресуди Европског суда правде, у случају *Simone Leitner*, потрошач има право на накнаду нематеријалне штете, и посебно, да таква накнада може да настане због губитка уживања који је потрошач претрпео због неправилног пружања туристичког путовања. H. Schulte-Nölke, Ch. Twigg-Flesner, M. Ebers, *нав. дело*, стр. 214.

трговца повраћај уплаћених средстава по основу уговора о туристичком путовању (чл. 104). Треће, потрошач има право на раскид уговора у случају да туристичко путовање није саобразно уговореном. Потрошач је дужан да претходно захтева од трговца отклањање недостатака у примереном року. Потрошач није дужан да трговцу остави примерен рок за отклањање несаобразности ако отклањање несаобразности није могуће или ако трговац изричито одбије да пружи другу одговарајућу услугу, као и када потрошач нема интерес за отклањање несаобразности (чл. 105).

О сваком пропусту у извршењу уговора, који потрошач запази на лицу места, мора да укаже даваоцу услуга, организатору и/или продавцу, у писменом облику или другој одговарајућој форми што је раније могуће.[33] У случају жалбе, организатор и/или продавац, или њихов локални представник, ако постоји, мора одмах да уложи напоре да нађе одговарајуће решење.[34] Према ЗЗП (чл. 109), потрошач је дужан да трговца, посредника, локалног представника трговца или локалну агенцију на коју је трговац упутио потрошача за случај потребе пружања одређене помоћи, у писменој форми или на други одговарајући начин, обавести о недостацима извршених услуга, најкасније у року од месец дана од дана утврђивања недостатака. У супротном, потрошач не може захтевати умањење цене,[35] раскид уговора и накнаду штете, осим ако се одговорност за пропуштање рока не може ставити потрошачу на терет (трговац није обавестио потрошача о његовим правима и обавезама за случај недостатака у извршењу услуга).

Организатор путовања и/или продавац се ослобађају од одговорности ако се неизвршавање или неуредно извршавање обавеза из уговора може приписати пропусту потрошача; пропусту трећег лица, које није у вези са пружањем уговорених услуга, и као такви су непредвидиви и неизбежни; вишој сили или догађају који организатор и/или продавац или давалац услуга, чак уз сву дужну пажњу, није могао предвидети, нити спречити. У случају ослобађања због пропуста трећег лица или више силе од организатора и/или продавца се захтева да одмах пруже помоћ потрошачу који се налази у тешкоћама.[36] Према ЗЗП (чл. 107 ст. 3), трговац се ослобађа одговорности ако докаже да је неиспуњење,

33 Упутство, чл. 5.4.

34 Упутство, чл. 6.

35 Према чл. 869 ЗОО, ако су услуге из уговора о организовању путивања непотпуно или неквалитетно извршене, путник може захтевати сразмерно снижење цене под условом да је ставио приговор организатору путовања у року од осам дана од дана завршетка путовања. Види и Пресуду Окружног суда у Зрењанину Гж. 361/95 од 31. I 1997. године.

36 Упутство, чл. 5.2 т. 2.

делимично испуњење или кашњење са испуњењем последица потрошачевог намерног или крајње непажљивог поступања.

У складу и са праксом организатора путовања да у општим условима ограничавају своју одговорност, у Упутству (чл. 5.2) се предвиђају специфична овлашћења држава чланица да у погледу штета насталих због неиспуњења или неуредног пружања услуга које су назначене у аранжману могу предвидети да накнада штете буде ограничена у складу са међународним конвенцијама које регулишу ове услуге, као и да дозволе да се накнада штете може ограничи уговором, осим у случају повреда лица. Већина држава чланца ЕУ је искористила ово овлашћење. Међутим, између њих постоје и значајне разлике које могу представљати и потенцијалне баријере, пре свега, код тзв. прекограничних путовања.[37] Према ЗОО (чл. 870) ништаве су одредбе уговора о организовању путовања којима се искључује или смањује одговорност организатора путовања, али је пуноважна писмена одредба уговора којом се унапред одређују највиши износ накнаде, под условом да није у очигледној несразмери са штетом. Ограничење износа накнаде, међутим, не важи ако је организатор штету проузроковао намерно или крајњом непажњом.

Повећање ризика различите природе и опасности да туристи, корисници организованог путовања буду оштећени у најширем смислу, повећао је интерес за финансијске гаранције и облике заштите, посебно за осигурање солвентности организатора и туристичких агенција. Широки низ мера који се примењује у већини држава ЕУ прописима (Француска) или другим, саморегулативним актима професионалних асоцијација (Енглеска, Шведска) односи се, по правилу, с једне стране, на постојање гарантних фондова за случај инсолвентности или нестанка организатора или продавца и с друге стране, осигурање од одређених ризика (што је и услов за добијање дозвола за рад или учлањење у професионалне асоцијације).[38]

Према ЗЗП (чл. 108), трговац је дужан да потрошачу пружи гаранцију којом се обавезује да ће извршити повраћај уплаћене цене и исплатити накнаду трошкова повратка потрошача у место повратка, ако услуга из уговора о туристичком путовању не буде извршена због неспособности плаћања трговца. Гаранција се пружа осигурањем неспособности плаћања трговца, или банкарском гаранцијом на први позив.

37 H. Schulte-Nölke, Ch. Twigg-Flesner, M. Ebers, *нав. дело*, стр. 215.

38 У Аустрији је, нпр. 1986. године основан „Туристички Гаранцијски фонд".

***Dragan* VUJISIĆ, PhD**
Associate Professor at the Faculty of Law, University of Kragujevac

IMPLEMENTATION OF DIRECTIVE OF EEC ON PACKAGE TRAVEL IN THE LAW ON CONSUMERS' PROTECTION IN REPUBLIC OF SERBIA

Summary

In June 1990 the Council of EEC passed the Directive on package travel, package holidays and package tours. The national laws of the countries – members of EU have exhibities many discrepancies showing that the national practice in this area is obviously different which imposes more obstacles to the freedom of providing services and disturbance of the competiton among the organizers of travel who have main office in different states – members. The purpose of the Directive is, first of all, to prevent unfair competition and to increase protection of consumers and to bring it to the same level at the territory of EU by harmonizing the legislature of individual Member States.

The Agreement on stabilization and joining between the European Union and its Member States and Republic of Serbia from 2008 emphasizes the importance of bringing the Serbian legislature into accord with the legislature of the Union as well as its effective application. The necessity of harmonizing the local legislature with the legal tradition of the European Union imposes also the need to bring the Serbian law into accord with that segment of acquis which is related to protection of consumers. As a consequence of this, a new law on consumers protection was passed in 2010.

The Law on Consumers' Protection has significantly implemented the Directive thus making the protection of consumers more effective, by a number of regulations which quarantee that the consumer gets all necessary information about the travel, invariable travel costs, tge right to breach the agreement, etc.

Key words: *agreement, tourist travel, organizer of travel, seller, consumer.*

др *Милена* ЈОВАНОВИЋ ZATTILA
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

***Михајло* ЦВЕТКОВИЋ**
асистент Правног факултета Универзитета у Нишу

ШТА НАМ ДОНОСИ НОВА ДИРЕКТИВА О ПРАВИМА ПОТРОШАЧА?*

Резиме

Са увећањем економске и социјалне важности продаје на даљину, расте и потреба за новим прописима. Као основно правно средство хармонизације правних прописа држава чланица коришћене су директиве, као акти општег карактера који обавезују државе чланице на усклађивање у прописаном року.

Потреба за ревизијом директива о дистанционим и уговорима закљученим ван пословних просторија, усвојених пре готово две деценије, недавно је материјализована у форми нове Директиве о правима потрошача 2011/83/ЕУ.[1] Усмерена је на осавремењавање и поједностављење позитивних решења, попуњавање правних празнина и отклањање присутних нелогичности. Њоме се битно мења досадашња регулатива из ове области, примарно мерама за спречавање фрагментације тржишта и снижење трошкова пословања, а секундарно мерама стимулације поверења потрошача. Осим што предвиђа максималну хармонизацију,

* Рад је резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (бр. 179046), који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

1 *Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council on Consumer rights, amending Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC and repealing Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC, OJ L 304.*

њоме се истовремено спречава злоупотреба права на раскид и врши дерегулација уговора мање вредности.

Први део рада начелно приказује у којој мери ће нова Директива променити положај потрошача у ЕУ. Други, централни део, упоређује Директиву и Закон о заштити потрошача са циљем да се, будући да је у току реформа националног права потрошача, он побољша. Разлог томе је што ЗЗП на многим местима личи на неуспешан превод пропалог предлога Директиве из 2008. године.

Кључне речи: *потрошач, дистанциони уговор, једнострани раскид, дигитални садржај, Директива 2011/83/ЕУ.*

I Уводне напомене

Потрошач се релативно исто дефинише у различитим европским директивама. Кључни опис каже да „потрошач означава било коју особу, која дела у циљу који није везан за његову професију, пословну активност или предузетничку делатност". Примена правних прописа, као и ниво заштите коју ужива потрошач, зависе од тога шта би просечан потрошач могао и требало да уради у датим околностима.[2]

У највећем броју земаља општи правни оквир, који регулише економске трансакције у вези са разменом роба и услуга, креиран је много пре стварања е-тржишта. Највећи део регулативе, у мањој или већој мери, претпоставља да робе имају физичку манифестацију, те да су уговорна питања утврђена или усмено или писмено. Постојећа регулатива не допушта потпуни развој потенцијала електронског наручивања, извршавања и плаћања путем телекомуникационих мрежа.[3]

2 Више о томе: М. Јовановић-Zattila, „Заштита потрошача при склапању уговора на даљину", *Правни живот*, бр. 12/2008, стр. 287.

3 Тако, акт Комисије ЕЗ-а „Европска иницијатива у електронској трговини" (*A European Initiative in Electronic Commerce, Communication to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 15/04/97, COM(97)157,* доступан на адреси: *http://www.ispo.cec.be/Ecommerce*, 20.3.2012), дефинише базичне циљеве који се морају остварити на пољу електронске трговине. У поменуте циљеве убраја се: уклањање свих препрека у комуникацијама између корисника и пословних субјеката, поједностављење приступа и коришћења е-трансакција у свим фазама, од промотивних порука до електронског плаћања услуге, стварање јединственог правног оквира за електронско пословање ради креирања поверења потрошача у електронске трансакције, као и осигурање несметаног приступа јединственом тржишту. На овим програмским основама донесен је, у протеклом периоду, већи број нормативних аката који се баве проблемима е-трговине. У најзначајније спадају: Директива о електронској трговини (*Directive 2000/31/EC of 8 June 2000 on certain legal aspects of information*

Мада је Директива о продаји на даљину[4] усвојена маја 1997. године, почетни предлог Европске комисије датира из 1992., као одговор на Резолуцију Савета о политици заштите потрошача из 1989. године. Питања заштите потрошача тог времена везују се за поштанске пошиљке и куповине телефоном обављене на даљину. Током времена, ова директива није претрпела битније измене у односу на технички развој везан за Интернет, који је условио појаву е-трговине.

Централно питање е-трговине је проблем закључења уговора електронским средствима.[5] Правним режимом уређивања овог начина закључивања уговора дефинише се појам електронског документа, омогућава чување његовог интегритета и прописују услови под којима га судови, арбитраже и државни органи морају сматрати истинитим.[6] Признањем електронском документу својства инструмента подобног за пренос изјава воље у процесу закључења уговора, скраћује се време склапања пословних трансакција.[7] Ипак, специфичности овог начина

society services, in particular in electronic commerce, in the Internal Market (*Directive on electronic commerce), OJ L 178*), Директива о електронским потписима (*Directive 1999/93/EC of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures, OJ L 13/12*) и Директива о заштити потрошача у погледу уговора склопљених на даљину (*Directive 97/7/EC of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts, OJ L 144*).

4 *Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts, OJ L 144*, доступна на адреси: *http://eur-lex.europa.eu*, 20.3.2012.

5 О проблему закључења уговора електронским путем види: М. Јовановић-Zattila, „Заштита потрошача при склапању уговора на даљину", стр. 288–291.

6 Модел закон *UNCITRAL*-а о електронском пословању дефинише електронски документ (енгл. *data message*) на следећи начин: „Електронски документ је информација створена, отпослана, примљена или чувана електронским, оптичким или сличним средствима, укључујући електронску размену података (*Electronic data interchange-EDI*), електронску пошту, телеграм, телекс или телекопију" (чл. 2 а Модел закона). „Електронска размена података" је назив за електронски пренос информације од компјутера до компјутера, уз употребу договорене стандардне процедуре, утврђене споразумом страна између којих се преноси документ у форми електронске поруке (види чл. 2 б Модел закона).

7 T. Allen, R. Widdison, „Can Computer make a Contracts?", *Harvard Journal of Law and Technology*, 1996, стр. 5, анализирају могућност да машине не буду само средство за комуникацију, већ да активно партиципирају у процесу трговине. Они дају следећи пример: купац приступи компјутеру који контролише продавац. Купац захтева цену продавчеве робе. Компјутер је испрограмиран да на слична питања пошаље купцу цену робе. Када се то деси, купац одашиље пристанак на цену и наручује одређену количину. Компјутер прима наруџбину и калкулише цену, а затим шаље одговор купцу. Продавац стварно није знао да се трансакција догодила. Аутори су мишљења да се мора сматрати да је уговор настао. У *Водичу за примену Модел закона о електронском пословању UNCITRAL*-а (стр. 27, тач. 35) упозорава се да његове одредбе не смеју бити интерпретиране на начин који би за резултат имао да

преноса података суштински не мењају садржину основног услова за настанак уговора: постојање две узајамне сагласне изјаве воље.[8]

Нова Директива о правима потрошача резултат је потребе условљене развојем е-трговине. Усвојена је 25. октобра 2011. године, а рок транспозиције у национално право држава чланица је 13. децембар 2013. Акт укида Директиву о уговорима закљученим изван пословних просторија (85/577/EEC) као и Директиву о дистанционим уговорима (97/7/EC), а садржи и одредбе којима се мења Директива о неправичним одредбама (93/13/EEC) и Директива 99/44/EC о одређеним аспектима продаје робе и пратећим гаранцијама (допуне су техничког карактера и нису предмет овог рада).

Историја Директиве је дуга, и почиње много амбициознијим Предлогом Европске комисије из 2008. године.[9] Првобитна идеја је била да нова Директива обједини и замени четири горе поменуте директиве, па је предлог имао 50 чланова и три анекса. Коначни акт је мањег обима (35 чланова и један анекс) и систематизован је на следећи начин: 1. предмет, дефинисање, домашај; 2. информисање потрошача поводом уговора који нису дистанциони или закључени ван пословних просторија; 3. информисање потрошача поводом тих уговора и право на једнострани раскид; 4. поједина права потрошача; 5. прелазне и завршне одредбе. За разлику од Предлога, у Директиви су изостале одредбе о: саобразности робе, одговорности због несаобразности, гаранцијама и неправичним клаузулама.

Директивом је, сагласно другим актима,[10] предвиђена потпуна хармонизација, што претпоставља немогућност одступања држава чланица од њеног садржаја. Осим што повећава правну сигурност, стандардизација олакшава прекогранично пословање и иде у прилог трговцима, али истовремено значи да ће потрошачи у неким државама изгубити одређена права која тренутно уживају због виших стандарда заштите националног права. Чини се да је управо инсистирање на високом степену хармонизације разлог што је значајан део Предлога отпао.[11]

се компјутер сматра субјектом права и обавеза. Чак и када је електронска порука настала радом рачунара без директне људске интервенције, мора се сматрати да иза поруке стоји правни субјект у чије име компјутер оперише.

8 Види: М. Јовановић-Zattila, „Електронска трговина из перспективе заштите потрошача – национална регулатива у глобалном контексту“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2005, стр. 381 и даље; M. A. Froomkin, „The Essential Role of Trusted Third Parties in Electronic Commerce“, *Oregon Law Review*, Vol. 75/96, стр. 75.

9 *Proposal for a Directive on consumer rights, COM(2008) 614 final.*

10 *EU Consumer Policy Strategy 2007–2013, COM(2007) 99 final*, одељак 4: Приоритети.

11 A. D. Chirita, *The Impact of Directive 2011/83/EU on Consumer Rights*, Ius Commune Law Series, Keirse, Samoy and Loos, Intersentia, 2012. Доступно на адреси: *http://dro.dur.ac.uk/9320/*, 20.3.2012.

II Најзначајније измене постојећих директива о заштити потрошача

Као резултат вишедеценијске законодавне апстиненције из ове области заштите права потрошача, акценат нове Директиве је на осавремењавању и поједностављењу позитивних решења, попуњавању правних празнина и отклањању присутних нелогичности. Најзначаније измене огледају се у следећем:

1. Елиминисана је могућност наплате скривених трошкова и накнада. И поред тога, поједини несавесни трговци наплаћују „бесплатне" услуге које нуде (нпр. израда личног хороскопа је бесплатна, али трговац захтева „трошкове обраде".) Новим прописима потрошачи су заштићени од тзв. „ценовних замки" на Интернету и дуговаће само ако експлицитно преузму обавезу схватајући њен обим. Трговачки сајт мора јасно да обавештава потрошача (нпр. на истој веб страни би требало да се нађу битни елементи уговора и „дугме" којим потрошач преузима обавезу).

2. Цена је учињена транспарентнијом. По новим решењима трговци су дужни да истакну укупну цену производа или услуге, укључујући све додатне трошкове. Потрошачи немају обавезу да плате трошкове или накнаде ако о њима нису адекватно обавештени пре закључења уговора.

3. Забрањене су унапред означене опције на сајтовима трговца. Приликом електронске трговине редовно се купцима уз главни производ нуде и пратеће услуге (нпр. приликом куповине авио карата, нуди се путно осигурање или уз резервни део и његова уградња). Трговац који на свом сајту користи тзв. „унапред означене опције" приморава потрошача да их „искључи" ако не жели пратеће услуге.

4. Рок за једнострани раскид појединих уговора продужен је са 7 на 14 дана. Потрошач може у овом року раскинути дистанциони или уговор закључен ван пословних просторија без навођења разлога. Тренутно је у државама чланицама овај рок различито одређен што умањује правну сигурност и поверење потрошача.

Рок у коме потрошач може користити право на једнострани раскид тече од тренутка када је примио робу, а не од тренутка закључења уговора, што је важеће решење у неким ситуацијама.[12] У случају да трговац није адекватно информисао потрошача о праву на једнострани раскид предвиђена је додатна заштита у виду продужења рока.

12 Види: Директива 97/7/ЕС, чл. 6.

Потрошачи имају право да откажу посету трговца заказану на његов позив уз инсистирање да се на исту пристане. Изједначене су „тражене“ и „нетражене“ посете чиме би се спречило досадашње изигравање прописа.

Право на једнострани раскид проширено је и на *online* аукције,[13] али уз ограничење да потрошач може вратити робу само професионалном продавцу.[14]

5. Усвојена су нова правила о повраћају новца потрошачу. Трговац је дужан да врати новац у року од 14 дана по раскиду уговора, без обзира на трошкове испоруке. У случају једностраног раскида уговора трговац сноси ризик пропасти или оштећења ствари приликом повраћаја робе.

6. Представљен је универзални образац изјаве о једностраном раскиду уговора. Потрошачи могу, али нису обавезни да користе овај образац уколико желе да раскину дистанциони или уговор закључен ван пословних просторија. Универзални образац омогућава једноставан и ефикасан раскид без обзира на чињеницу где је и са ким у ЕУ уговор закључен, а умањује и административни терет трговаца.

7. Елиминисане су накнаде за употребу платних картица и „линија за подршку“. Трговцу је забрањено да наплаћује већу цену ако потрошач плаћа картицом, али је дозвољено да на њега пренесе стварне трошкове њене употребе. Коришћење телефонске „линије за подршку“ која служи за комуникацију потрошача и трговца у вези закљученог уговора не може се наплаћивати више од обичног позива.[15]

8. Уведена је обавеза трговца да информише потрошача о трошковима повраћаја робе. Уколико трговац не обавести потрошача о постојању трошкова и његовој обавези да их плати, дужан је да их сноси сам. Трговци су у обавези да, макар оквирно, информишу потрошача о овим трошковима (нарочито када се ради о габаритној роби), како би потрошачи могли да одлуче од кога ће извршити поруџбину (можда даљи продавац нуди нижу цену, али јефтиније је вратити робу ближем продавцу).

9. Предвиђена је боља заштита потрошача „дигиталног садржаја“.[16] Трговци су дужни да дају потрошачима додатне информације о

13 Види: C. Riefa, „A dangerous erosion of consumer rights: The absence of a right to withdraw from online auctions“, у: G. Howells (уредник), *Modernising and harmonising consumer contract law*, 2009, Munich: Sellier European Law Publishers, стр. 177–187.

14 У Директиви је наглашена разлика између јавних и *online* аукција. Види: чл. 2 ст. 1. и чл. 16 к.

15 Директива, чл. 19 и 21.

16 Постојећа регулатива пружа неоправдано висок степен заштите тзв. провајдерима садржаја, на шта је указано у литератури. М. Цветковић, „Одговорност пружаоца

хардверској и софтверској компатибилности ових производа као и техничким ограничењима (нпр. забрани копирања). Потрошачи имају право на једнострани раскид уговора, али само до тренутка када је преузимање дигиталног производа са мреже почело.[17]

10. Новина је и посебан режим за ситне трговце и занатлије (нпр. кућне мајсторе). Предвиђена су посебна правила о једностраном раскиду и обавештавању потрошача када се ради о уговорима мање вредности, односно хитним поправкама.

III Разлике између Директиве и Закона о заштити потрошача

Најзначајније разлике између Закона о заштити потрошача[18] и Директиве везане су за: дефинисање робе и појединих уговора, обавештавање потрошача, право на једнострани раскид, дигитални садржај, испоруку робе, прелазак ризика и уговоре мање вредности. Оно што се такође уочава је да нова Директива нема „социјалну компоненту", односно да не помиње „угроженог потрошача" у смислу и на начин како то чини наш законодавац у чл. 84 ЗЗП, иако су бројне норме Директиве посвећене тзв. услугама од општег економског интереса.

1. Дефиниција робе

И у ЗЗП и у Директиви, роба се дефинише као свака телесна покретна ствар, осим ствари која се продаје у извршном поступку или на други начин по сили закона.[19] Међутим, према Директиви, вода, гас и електрична енергија сматраће се робом ако се продају у ограниченој количини или броју, односно паковању (*set quantity*). Супротно томе, по ЗЗП вода и гас се сматрају робом уколико се не продају у ограниченој или унапред утврђеној количини, а електрична енергија без изузетка.

Сматрамо да је европски законодавац правилније формулисао норму када се ради о води и гасу. Флаширана вода или боца гаса су неспорно роба. Негативна дефиниција из ЗЗП није прикладна, јер по њој поменути производи не спадају у робу пошто им је количина унапред утврђена (1,5 литар воде, 12 кг гаса). Са друге стране, када се ради

услуга информационог друштва за штету коју проузрокују њихови корисници противправним садржајем", *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 58/2011, стр. 255.

17 Директива, чл. 16 м.

18 Закон о заштити потрошача (*Службени гласник РС*, бр. 73/2010).

19 Директива, чл. 2 ст. 3; ЗЗП, чл. 5 ст. 5.

о електричној енергији, наш законодавац је сматра робом у сваком случају, а европски само „ако се продаје у ограниченој количини". Чини се да је наше решење практичније, јер је нејасно у којим се случајевима електрична енергија продаје потрошачима у ограниченој количини (сумњамо да је европски законодавац имао у виду претежно акумулаторе и батерије).

2. Дефиниција уговора о продаји

У Директиви се уговор о продаји дефинише као уговор којим се трговац обавезује да пренесе право својине на потрошача, а овај се обавезује да за робу плати цену.[20] Користи се, дакле, класична дефиниција из облигационог права која одређује битне састојке уговора (роба, цена) и његово дејство (пренос својине, плаћање цене).

ЗЗП дефинише уговор о продаји робе као уговор закључен између трговца и потрошача који за предмет има продају робе, као и уговор који за предмет истовремено има продају робе и пружање услуга.[21] Сматрамо да решење нашег законодавца има одређене недостатке:

1. Оваква дефиниција у први план ставља субјекте, односно уговорне стране, што је на неки начин понављање претходног става ЗЗП по којем потрошачки уговор јесте уговор између потрошача и трговца (чл. 5 ст. 3).

2. Правилније је дефинисати „продају", а не „продају робе" из разлога што се уговори којима се трговац истовремено обавезује и на испоруку робе и пружање услуга сматрају продајом (и по Директиви и по ЗЗП).

3. Решење нашег законодавца је логички неисправно *circulus in definiendo*. Законодавац се врти у круг одређујући уговор о продаји робе као „уговор који има за предмет продају робе"!

3. Обавештавање потрошача

По овом питању ЗЗП пружа исти степен заштите као Директива, мада је у њој на неким местима наведена и обавеза информисања о телефону, односно *e-mail* адреси трговца. Европски акт садржи и упутство да приликом пружања информација трговац води рачуна о специфичним потребама конкретног потрошача рањивог због његове менталне, физичке или психолошке слабости, узраста (старости), па и лаковерности коју је трговац могао уочити. Треба приметити да за ову категорију

20 Директива, чл. 2 ст 5.

21 ЗЗП, чл. 5 ст. 4.

потрошача није релевантан економски или друштвени статус, за разлику од домаћег решења.[22]

Обавештавање потрошача пре закључења дистанционих уговора је нарочито проблематично услед техничких ограничења одређених медија (нпр. мали екран мобилног телефона или краткотрајност телевизијске рекламе) па је у тим случајевима трговац дужан упутити потрошача на извор додатних информација (нпр. линија за подршку, сајт итд.).

4. Дефиниција уговора закљученог изван пословних просторија

Појачана заштита у вези са овим уговорима се правда чињеницом да се потрошачи могу наћи под психолошким притиском трговца или суочити са елементом изненађења приликом њиховог закључења.

По ЗЗП, у ове уговоре спадају они закључени изван пословних просторија уз присуство трговца и потрошача, као и уговори о чијем су закључењу вођени преговори или је потрошач учинио понуду изван пословних просторија уз симултано присуство обе стране.[23]

У Директиви је категорија ових уговора одређена шире, тако да у њу, поред оних наведених у ЗЗП спадају и: 1. уговори закључени у пословним просторијама трговца или употребом средстава комуникације на даљину непосредно након што се трговац обратио лично потрошачу ван пословних просторија (захтева се симултано присуство); 2. уговори закључени на путовањима које је организовао трговац ради промоције своје робе или услуга.[24]

Дефиниција из Директиве ипак се не односи на ситуације када трговац, без обавеза потрошача, посети његов дом ради узимања мера или давања оквирне цене, а до закључења уговора дође касније у пословним просторијама или путем средстава комуникације на даљину. Дефиниција из Директиве не обухвата ни случајеве када потрошач има довољно времена да размисли о понуди трговца.[25]

Пословне просторије су у ЗЗП и Директиви одређене идентично, с тим што је европски законодавац напоменуо да се јавне површине као што су улице, тржни центри, плаже, спортски објекти и јавни превоз које трговац изузетно користи за обављање делатности као и приватни станови или туђи пословни простор не могу сматрати пословним просторијама.[26]

22 Преамбула директиве, ст. 34. Упоредити са чл. 84 ЗЗП.

23 ЗЗП, чл. 5 ст. 9.

24 Директива, чл. 2 ст. 8 ц и д.

25 Преамбула директиве, ст. 21.

26 Преамбула директиве, ст. 22.

5. Дефиниција уговора на даљину/дистанционог уговора

Појачана заштита у вези са овим уговорима се правда чињеницом да потрошачи не могу непосредно да виде робу, тестирају је или испробају.[27]

По ЗЗП, уговор на даљину јесте уговор закључен између трговца и потрошача претежном употребом једног или више средстава комуникације на даљину.[28] Ова дефиниција садржи само један елемент, а то је употреба одређеног средства приликом закључења уговора (дакле један позитиван услов).

Директива је по овом питању захтевнија, односно дистанциони уговор је одређен нешто уже. Дефиниција дистанционог уговора (што је термин из Директиве) садржи три елемента: 1. то је уговор закључен у оквиру организоване продаје производа или организованог пружања услуга; 2. без симултаног физичког присуства трговца и потрошача; 3. искључиво употребом средства комуникације на даљину (уочавају се два позитивна и један негативни услов).[29]

Чини се да је решење из Директиве стилски боље, зато што је наш законодавац покушао да један појам (уговор на даљину) објасни другим појмом (средства комуникације) одређеним тек у наредном ставу ЗЗП којим је прописано да је то средство које омогућава закључење уговора између трговца и потрошача који се не налазе у исто време на истом месту.[30]

Услед различитог схватања ширине појма дистанционог уговора отварају се бројна практична питања. Шта ако је потрошач посетио пословне просторије трговца само ради прикупљања информација о роби, а потом уговор закључио преко телефона? Шта ако су у пословним просторијама вођени преговори, а уговор је закључен средствима комуникације? По европском законодавцу у првом случају реч је о дистанционој продаји, али у другом није (преговори се посматрају као етапа закључења). У дистанционе уговоре не спадају ни резервације ради пружања професионалних услуга (нпр. заказивање шишања или поправке аутомобила).

Организована продаја (први елемент дефиниције из Директиве) укључује и систем трећег лица који трговац користи, као што су

27 Ово оправдање је спорно, што илуструје следећи хипотетички пример: Потрошач жели тачно одређени модел бицикла. У Интерспорту у свом граду он погледа и испроба бицикл, да би потом наручио исти модел по истој цени из Интерспорта у другом граду како би задржао право на раскид.

28 ЗЗП, чл. 5 ст. 6.

29 Директива, чл. 2 ст. 7.

30 ЗЗП, чл. 5 ст. 7.

нпр. *online* платформе, али не и случајеве када треће лице даје само информације о трговцу (нпр. уређује *web* страну са информацијама како га контактирати).[31]

6. Право на једнострани раскид

а) Рок и вршење права

И ЗЗП и Директива дају право потрошачу да у року од 14 дана раскине дистанциони односно уговор закључен ван пословних просторија.[32] Што се тиче тренутка релевантног за рачунање рока постоје значајне разлике између ова два акта.

Наш законодавац је норме груписао према томе да ли се ради о уговору закљученом изван пословних просторија, уговору о продаји робе на даљину или уговору о пружању услуга на даљину. У првом случају релевантан је тренутак потписивања или пријема поруџбенице, у другом тренутак када роба доспе у државину потрошача и у трећем тренутак закључења дистанционог уговора о услузи.[33]

Замислимо ситуацију да је закључен уговор о продаји ван пословних просторија и да је уговорено да роба буде испоручена за 10 дана. По ЗЗП у том случају је релевантан тренутак потписивања поруџбенице, а не тренутак када роба стигне потрошачу! Овакво решење сматрамо неадекватним и нелогичним.

Европски законодавац је предвидео јединствен режим за дистанционе и уговоре закључене ван пословних просторија, а норме су груписане према томе да ли се ради о продаји или пружању услуге, што је много боље решење (рок тече од испоруке робе, односно закључења уговора о услузи). Осим тога, у Директиви је прецизирано: 1. када је више ствари наручено истовремено (једним уговором), али се оне испоручују одвојено, рок тече од дана последњег пријема ствари. 2. ако се роба састоји од више делова или целина (сложена ствар) релевантан је дан када је потрошач стекао државину последњег дела. 3. ако је уговорена редовна испорука током одређеног периода, релевантан је дан када је потрошач стекао државину на прво испорученој ствари. У ЗЗП нема норми о овим ситуацијама.

И ЗЗП и Директива предвиђају одређене санкције за трговца уколико није обавестио потрошача о праву на једнострани раскид, али се оне разликују. По нашем праву, ако потрошач није благовремено оба-

31 Преамбула директиве, ст. 20.

32 О праву на једнострани раскид види: М. Мићовић, „Правна средства заштите потрошача код дистанционе продаје", *XXI век – век услуга и услужног права*, Крагујевац, 2011, стр. 13.

33 ЗЗП, чл. 35.

вештен, рок тече од тренутка када га је трговац о томе обавестио у писменој форми или на трајном носачу записа, али из норме није јасно шта ако нема ни закаснелог обавештења, односно да ли право на раскид траје у недоглед.[34] У Директиви су санкције за трговца прецизне: ако обавештења нема, рок за једнострани раскид се продужава за 12 месеци (на 14 иницијалних дана); ако трговац са обавештењем касни мање од 12 месеци онда рок од 14 дана тече од тренутка када је потрошач примио обавештење о праву на једнострани раскид.[35]

Директивом је такође предвиђено да терет доказивања чињеница значајних за остваривање права на једнострани раскид (нпр. благовременост изјаве о раскиду) пада на потрошача (ЗЗП нема одредбу о терету доказивања).

б) Дејство једностраног раскида

У случају једностраног раскида, трговац је дужан да врати примљена средства у року од 30 дана по ЗЗП, односно року од 14 дана по Директиви, али враћање може да одложи док не прими/преузме робу, односно доказ да је потрошач робу послао. У Директиви додатне норме прописују да трговац враћа пун износ неумањен за уобичајене трошкове испоруке робе потрошачу, и то истим начином плаћања којим је примио уплату. Међутим, ако је потрошач изричито захтевао додатне услуге приликом испоруке (нпр. брзи транспорт), екстра трошкови у крајњој линији падају на потрошача.[36]

И по ЗПП и по Директиви, ако је роба прешла у државину потрошача, он је, након једностраног раскида, дужан да је врати у року од 14 дана. Државе чланице могу националним правом одредити санкције за потрошача који не испоштује овај рок. Поставља се питање зашто је наш законодавац дао потрошачу двоструко краћи рок него трговцу за повраћај цене? Потрошач сноси директне трошкове враћања робе трговцу, али по Директиви, ако је уговор закључен ван пословних просторија, а роба је испоручена на кућну адресу потрошача, трговац сноси трошкове враћања уколико се ствар због своје природе не може вратити поштом.[37]

---

34 ЗЗП, чл. 35 ст. 10: Ако трговац не обавести потрошача благовремено о постојању права на једнострани раскид уговора, рок за раскид уговора почиње да тече од тренутка када потрошач прими обавештење о праву на једнострани раскид (...). У овом случају, потрошач може да раскине уговор у свако доба, укључујући време које претходи пријему закаснелог обавештења о постојању права на једнострани раскид.

35 Директива, чл. 10.

36 Директива, чл. 13.

37 Директива, чл. 14 ст. 1.

в) Спречавање злоупотребе права на једнострани раскид

Удружења трговаца оштро се супротстављају праву на једнострани раскид и истичу да их нови прописи претварају у „агенције за рентирање". Како би се спречила злоупотреба овог права, европски законодавац је увео посебна правила. Потрошач може да користи робу само у мери која је нужна ради упознавања са њеним особинама, карактеристикама и функцијом. У начелу, то значи да потрошач са производом може чинити оно што би смео и у продавници (нпр. дозвољено је да испроба капут, али не и да га носи). У случају прекорачења овог овлашћења, потрошач је одговоран за умањену вредност ствари.[38] ЗЗП нема сличну одредбу коју сматрамо нужном.

г) Изузеци од права на једнострани раскид

ЗЗП наводи изузетке од права на једнострани раскид у два члана, при чему се чл. 39 односи на уговоре на даљину, а чл. 40 на уговоре закључене изван пословних просторија. Сматрамо да је овакво раздвајање непотребно компликује законски текст. Тако нпр. ст. 1 члана 40 гласи: „уговор о испоруци хране, пића или друге робе намењене свакодневној потрошњи у домаћинству коју је потрошач унапред изабрао *путем средства комуникације на даљину* и коју на адресу (...) потрошача доставља трговац који ту врсту робе редовно продаје у својим пословним просторијама", а чл. 40 се односи на *уговоре закључене ван пословних просторија*. У Директиви је предвиђен једнак режим за дистанционе и уговоре закључене ван пословних просторија и нема системског раздвајања изузетака (сви су у једном члану).

По Директиви, уговор се може раскинути све док се пружање услуге не оконча, док по ЗЗП само док пружање услуге није отпочело.[39] Домаће решење је неадекватно нарочито када се ради о дуготрајним уговорима који рађају трајне (нпр. одржавање неког стања) или сукцесивне обавезе. Потрошач је у стању да процени квалитет услуге тек када њено пружање отпочне, док је по нашем закону тада већ касно, што нема никакве логике. По Директиви, потрошач може једнострано да раскине уговор о пружању услуге чак и када је захтевао од трговца да започне са њеним пружањем пре истека рока за једнострани раскид, али је дужан да плати на име примљене користи. Његов дуг се одређује сразмерно цени коју би платио да раскида нема. Уколико је та цена несразмерно висока, узима се у обзир тржишна цена.[40]

---

38 Директива, чл. 14 ст. 2.

39 Директива, чл. 16 а; ЗЗП, чл. 39 ст. 1.

40 Директива, чл. 14 ст. 3.

Директива предвиђа и изузетке којих у ЗЗП нема. Не може се једнострано раскинути уговор о продаји уколико је роба направљена по спецификацији потрошача или персонализована на други начин (у питању су ствари израђене на основу индивидуалног избора или одлуке потрошача); уколико је роба лако кварљива или је враћање неприкладно због хигијенских или здравствених разлога; када се ради о производима који су отпечаћени након испоруке; стварима које се због своје природе нераздвојиво мешају са другим стварима (нпр. боје и лакови, гориво у резервоару); новине, периодична издања и магазини (ограничење не важи за сам претплатнички однос). Не могу се једнострано раскинути ни уговори закључени на јавним аукцијама (дакле, *online* аукције могу!), уговори о пружању нестамбеног смештаја, рентирању возила и кетеринг уколико су наручени за одређени датум или период, зато што је трговац ради испуњења уговорне обавезе ангажовао капацитете које накнадно не може да искористи.[41]

7. Дигитални садржај

Наш ЗЗП не помиње дигитални садржај, док Директива већим бројем норми уређује његово коришћење. Дигиталним садржајем сматрају се „подаци који се производе и испоручују у дигиталном облику".[42] Овај појам обухвата компјутерске програме,[43] апликације (нпр. за мобилне телефоне), видео игре, музику, видео записе и текст, без обзира да ли им се приступа након што су преузети са мреже, путем стриминга, или се налазе на трајном медијуму.

Уговори којима се омогућује експлоатација дигиталног садржаја деле се на две групе. Уколико је дигитални садржај испоручен потрошачу на трајном медијуму (CD, DVD, меморијска картица и сл.) сматраће се робом, а уговор је класична продаја. Уговори из ове прве групе су и до сада били обухваћени потрошачким директивама. У случају када се дигитални садржај не испоручује на опипљивом медијуму, уговор између трговца и потрошача нити је уговор о продаји робе, нити уговор о пружању услуге, већ спада у посебну категорију[44] (сличну оној која обухвата уговоре о испоруци воде, гаса и електричне енергије). Регулисање

41 Директива, чл. 16 к и л.

42 Директива, чл. 2 тач. 11.

43 Види: М. Цветковић, „Одговорност за штету проузроковану рачунарским програмима", *Право Рейублике Србије и йраво Европске уније – сшање и йерсйекшиве*, књига 2, 2009, стр. 320.

44 Више о проблему третмана дигиталног садржаја: М. Јовановић-Zattila, „Заштита потрошача при склапању уговора на даљину", *Правни живош*, бр. 12/2008, стр. 294–295.

ове групе уговора у циљу заштите права потрошача представља вероватно најзначајнију новину Директиве.

У вези са дигиталним садржајем трговац има додатне обавезе информисања потрошача о његовој функционалности и интероперативности. Информације о функционалности односе се не само на начин коришћења дигиталног садржаја (па и могуће злоупотребе ради праћења понашања потрошача) већ и релевантне информације о рестриктивним техничким мерама као што су DRM или регионално кодирање. Информације о интероперативности подразумевају упознавање потрошача са хардверским и софтверским условима неопходним за експлоатацију дигиталног садржаја (нпр. верзија оперативног система, или минимална „јачина" рачунара).[45] Мисли се на интероперативност са хардвером и софтвером који су трговцу познати или су у широкој употреби.[46]

Потрошач има право да, у одређеном року, једнострано раскине уговор чији је предмет дигитални садржај. Ово право губи уколико су испуњена два услова: 1) да је изричито пристао да трговац започне испуњење своје обавезе пре истека рока за једнострани раскид; 2) ако му је познато да таквим пристанком губи право на једнострани раскид.

8. Испорука робе

У пракси често долази до потрошачких спорова поводом испоруке робе. ЗЗП и Директива једнако одређују рок од 30 дана по закључењу уговора у којем је трговац дужан да испоручи робу потрошачу. Међутим, уколико ту обавезу не испуни благовремено, долази до различитих последица. По нашем ЗЗП, трговац је тада „дужан да у року од 7 дана по истеку рока за испоруку врати потрошачу цену".[47] Из тога произлази да су сви потрошачки уговори, без уговореног рока испоруке, фиксни уговори који се раскидају по сили закона! Овакво штуро решење отвара питање да ли потрошач може, упркос доцњи трговца, да одржи уговор уколико то жели?

Сличних дилема у Директиви нема. Уколико трговац прекорачи законски или уговорени рок, потрошач је дужан да га опомене и остави му накнадни рок. Ако у накнадном року трговац не испоручи робу, потрошач може једнострано раскинути уговор. Без остављања накнадног рока потрошач може раскинути уговор уколико трговац одбије да испоручи робу или је време испоруке, узимајући у обзир околности

45 Преамбула директиве, ст. 19.

46 Директива, чл. 5 ст. 1 г.

47 ЗЗП, чл. 49 ст. 2.

случаја, битан састојак уговора.[48] Ако дође до једностраног раскида трговац је дужан да без одлагања врати цену потрошачу. Примећујемо да је сходно овом решењу, Закон о облигационим односима из 1978. године усклађенији са Директивом него ЗЗП из 2010. године (видети чл. 125–128 ЗОО).[49] Накнадни рок је неопходан, нарочито када се ради о роби произведеној за одређеног купца (према спецификацији), из разлога што такву робу трговац не може продати другом лицу.

9. Прелазак ризика

Имајући у виду да се роба може оштетити или изгубити од тренутка закључења уговора до испоруке потрошачу, прелазак ризика је у пракси важно питање. ЗЗП уређује прелазак ризика између трговца и потрошача на следећи начин: „Ризик случајне пропасти или оштећења робе до тренутка предаје робе потрошачу или трећем лицу које је одредио потрошач, а које није превозник или отпремник, сноси трговац. Ризик случајне пропасти или оштећења робе после тренутка предаје робе потрошачу или трећем лицу које је одредио потрошач, а које није превозник или отпремник, сноси потрошач," (чл. 50 ЗЗП). Овакво решење није адекватно. Пре свега, формулација садржи непотребна понављања. Осим тога, два пута поновљена синтагма „трећем лицу које је одредио потрошач, а које није превозник или отпремник" ствара недоумицу баш у случају када потрошач одреди превозника.

По *Incoterms* правилима, која су прихваћена и у Директиви,[50] ризик прелази са трговца на потрошача у тренутку предаје робе превознику кога је одредио потрошач. Овим правилима не дира се у уговорни однос који извире из уговора о превозу.[51]

10. Потрошачки уговори мање вредности

У циљу смањења административног терета и трошкова пословања трговаца, државама чланицама је допуштено да искључе примену Директиве на уговоре о продаји и пружању услуга мање вредности који

48 Директива, чл. 18. Као пример може послужити уговор о продаји хаљине за венчање.

49 Закон о облигационим односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78,... *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља).

50 Пошто се прелазак ризика по правилу везује за тренутак стицања права својине, а у неким чланицама ЕУ уговори имају стварноправно дејство, у Директиви је наглашено да њена правила о преласку ризика немају утицај на националне прописе о стицању својине.

51 Директива, чл. 20.

се закључују ван пословних просторија. Очекује се да државе, како би се знало који уговори спадају у ову категорију, одреде границу вредности посла у новцу према куповној моћи својих држављана, с тим она не би требало да прелази 50 ЕУР. Када се између истих уговорних страна истовремено закључује више уговора, релевантна је њихова збирна вредност.[52]

Обавеза трговца да информише потрошача је нешто блажа (појединe информације не мора да саопшти у писаној форми) и када се ради о уговорима о пружању услуга које је сам потрошач затражио и то ради поправке или одржавања, а чија вредност не прелази 200 ЕУР.[53]

Наш ЗЗП не узима у обзир вредност посла, што је свакако пропуст који треба исправити.

IV Уместо закључка

Правила о заштити потрошача, посебно уговора склопљених на даљину, имају за циљ пружање сигурности потрошачу у погледу употребе нове технологије. Посебан извор права ЕУ чине правни акти донети од стране њених институција, које називамо секундарном легислативом. Њихов обавезујући карактер односи се на циљ прописан директивом, док су државе чланице слободне у одабиру облика и средства за њихово преузимање у национално право. То ствара ризик некохерентности да, чак и у случају правилног преузимања одредаба директива у национално право, дође до великог одступања, што код потрошача може додатно изазвати анимозитет према потрошњи изван граница земље. Свеукупни ниво знања о заштити *online* потрошача, нарочито онога што је предвиђено директивама и националним прописима, је прилично низак. То је кључни разлог неповерења и недовољног укључивања потрошача у овакав начин пословања. Остали разлози леже у немогућности утврђивања идентитета добављача, што олакшава преварне радње и компликује њихово процесуирање, уколико роба или услуге понуђене потрошачу не задовоље очекивања. Отклањање присутног неповерења могуће је доследном заштитом потрошача у свим фазама електронске трговине од склапања уговора на даљину, преко промотивних порука, па све до *online* плаћања.

Недавно усвојена нова Директива битно мења досадашњу регулативу из ове области, примарно мерама за спречавање фрагментације тржишта и снижење трошкова пословања, а секундарно мерама сти-

52 Преамбула директиве, ст. 28.

53 Директива, чл. 7 ст. 4.

мулације поверења потрошача. Осим што предвиђа максималну хармонизацију, њоме се истовремено спречава злоупотреба права на раскид и врши дерегулација уговора мање вредности.

По многим питањима ЗПП је усвојио непотпуна и не ретко контрадикторна решења (нпр. рок за раскид ако трговац није обавестио потрошача о том праву; ситуација када превозиоца одреди потрошач; непостојање права на раскид уговора о пружању услуге чије је испуњење започело). Осим језичких и стилских мањкавости, ЗПП и садржински показује недостатке оличене у нерегулисању питања попут дигиталног садржаја или уговора мање вредности, као и у лошем регулисању изузетака од права на једнострани раскид. Како Директива нема „социјалну компоненту", јавља се и дилема да ли је посебним правилима о „угроженом потрошачу" место у ЗЗП?

***Milena* JOVANOVIĆ ZATTILA, PhD**
Associate Professor at the Faculty of Law, University of Niš

***Mihajlo* CVETKOVIĆ**
Junior Faculty Member at the Faculty of Law, University of Niš

WHAT ARE THE EFFECTS OF THE NEW DIRECTIVE ON CONSUMER RIGHTS?

Summary

The new Directive on Consumer Rights (2011/83/EU), published in November 2011, will replace the current Directive on the protection of consumers in respect of distance contracts and the current Directive on contracts negotiated away from business premises, acts which are more than 20 years old.

Most important changes are related to: hidden charges and costs on the Internet, price transparency, withdrawal right, refund, surcharges for the use of credit cards and hotlines, EU-wide model withdrawal form etc. The new Directive brings better consumer protection in relation to digital products and specific rules for small businesses and craftsmen, cutting their administration burden and paper work. Fresh single set of core rules for distance contracts (sales by phone, post or internet) and off-premises contracts (sales away from a company's premises, such as in the street or the doorstep) will create a level playing field and reduce transaction costs for cross-border traders, especially for sales by Internet. All these innovations are enlisted in the first part of this paper.

In second, central part of this paper, the Authors contrast rules from new Directive with Serbian Consumer Protection Act and find numerous differences starting from basic definitions to subtle divergence in procedures, provisions and exceptions. National legislation (Consumer Protection Act) is inadequate, incomplete, obsolete and occasionally even embarrassing (some parts give the impression of bad translation). In the end, the Authors conclude that current national state of affairs is unacceptable and propose direction of reform.

Key words: *consumer, distant contract, withdrawal right, digital products, Directive 2011/83/EU.*

др *Татјана* ЈОВАНИЋ
доцент на Правном факултету Универзитета у Београду

ЗАШТИТА ПОТРОШАЧА КАО РЕЗУЛТАТ ТРЖИШНОГ НАДЗОРА*

Резиме

Право на безбедност (сигурност) је једно од темељних права потрошача. Нека друга права, као што су право на информисање, образовање, здраву животну средину су, између осталог, у функцији остварења овог права. Обзиром да наш законодавац настоји да усклади регулаторни режим заштите потрошача са прописима ЕУ у домену заштите здравља и безбедности потрошача, у раду је укратко приказан нормативни оквир тржишног надзора у ЕУ и елементи процеса тржишног надзора, да би се потом указало на нека отворена питања институционалног устројства и надлежности органа за тржишни надзор у контексту остваривања права потрошача. Стварање правог тржишног наздора као надзора над тржиштем подразумева промену парадигме улоге државе, метода регулације као јавно-приватног партнерства и мора бити засновано на реалним потенцијалима наше земље и јасним овлашћењима оних који их обављају, у складу са најбољим упоредним искуствима у области надзора над тржиштем.

Кључне речи: *заштита потрошача, тржишни надзор, безбедност производа, инспекција, инфраструктура квалитета.*

---

* Овај рад је резултат ауторовог ангажовања на пројекту *Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ: правни, економски, политички и социолошки аспект* на Правном факултету Универзитета у Београду у 2012. години. Аутор изражава захвалност адвокату Драгољубу Симоновићу на корисним сугестијама током израде рада.

I Увод

Глобализација и регионалне интеграције учиниле су да стварање једног свеобухватног система тржишног надзора, с основним циљем да производи и услуге који су стављени у промет буду безбедни, постане приоритет и у земљама у развоју. Заштита потрошача представља резултат активности надзора над тржиштем, уколико се надзор тумачи као систем активности и мера усмерених ка заштити живота и здравља потрошача. Међутим, резултат активности надзора над тржиштем не ограничава се само на аспект безбедности, већ и заштиту економских интереса потрошача, као и заштиту конкуренције. У том смислу може се говорити о *обавези државе да надгледа тржиште као целину*, као део 'државног надзора' (нем. *Staatsaufsicht*) над тржиштем.[1]

Тржишни надзор је комплексан скуп активности и мера који на нивоу ЕУ представља обавезу држава чланица и потпада под начело супсидијарности. И у развијеним земљама чланицама организација тржишног надзора и заштите потрошача се мења како би се ускладила са променама концепта улоге државе. Свака земља сама одлучује на који ће начин испунити захтеве и спроводити директиве, у складу са њиховим специфичним културним и политичким оквиром и правним системом.

Увођење концепта надзора над тржиштем као резултат процеса усклађивања са правом ЕУ требало би да обухвати и анализу утицаја прописа који се транспонују и претпоставки за испуњавање датих обавеза, како би се пронашло решење које би највише одговарало реалном стању у Србији у случајевима где прописи ЕУ остављају простор за избор између више опција.[2] Стога би требало имати у виду чињеницу да надзор над тржиштем подразумева читаву инфраструктуру надзора и механизме управљања ризиком, дакле значајне материјалне и људске ресурсе. Оптимално је оно решење које може да обезбеди заштиту јавног интереса, легитимних интереса јавног и приватног сектора, свих заинтересованих страна и субјеката који су предмет надзора, засновано на реалним потенцијалима и јасним овлашћењима оних који их обављају, у складу са најбољим упоредним искуствима у области надзора над тржиштем, а у циљу јачања заштите потрошача.

1 Концепт нарочито развијен у немачкој теорији Привредног права. Види: Winfried Brohm, „Das Verhältnis von mittelbarer Staatsverwaltung und Staatsaufsicht im Wirtschaftsrecht", у: Hans Joachim Mestmäcker (Hrsg.), *Kommunikation ohne Monopolle*, Bd. II, Baden-Baden, 1995, стр. 253–289; Wolfgan Kahl, *Die Staatsaufsicht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000.

2 Добросав Миловановић, „Реформа система инспекцијског надзора", *Правни живот*, бр. 11/2009, стр. 15.

II Тржишни надзор – надзор над тржиштем

1. Одређење тржишног надзора у релевантним прописима

Оперативни концепт тржишног надзора почео да се развија у ЕУ ступањем на снагу тзв. 'директива новог приступа'.[3] Према том приступу, усклађивање прописа земаља чланица о индустријским производима и производима за становништво је било ограничено на дефиницију основних услова које производ мора да задовољава. Реч је о детаљним техничким захтевима ('прескрипцијама'). Да би произвођач био сигуран да производи могу да се пласирају широм заједничког тржишта, морао је да усагласи своје производе са минималним захтевима; било да је реч о техничкој документацији о усаглашености производа, провера у акредитованим лабораторијама, истицањем знака усаглашености и др. У том смислу, тржишни надзор обухвата мере предузете како би се проверило да ли производи на које се примењују директиве новог приступа задовољавају основне предуслове постављене овим директивама. Произвођачи и учесници у промету су примарно одговорни за безбедност производа који се појављују на тржишту, а систем тржишног надзора се установљава управо како би се обавеза усаглашавања пратила и верификовала од стране државе и/или тела којима су поверена овлашћења сертификације и вршења контроле. Ступањем на снагу нове Директиве 2001/95/ЕЗ о општој безбедности производа овај концепт је проширен и на производе који нису иницијално били обухваћени 'новим приступом'.

Међутим, иако се иницијално помињао у старој Директиви о општој безбедности производа 92/59/ЕЕЗ, као концепт тржишни надзор није био јасно дефинисан у праву ЕУ све до доношења Уредбе 765/2008/ЕЗ Парламента и Савета од 9. јула 2008. којом се прописују захтеви за акредитацију и тржишни надзор у вези са трговањем производима и којом се укида Уредба 339/93/ЕЕЗ о проверама усаглашености са правилима о безбедности производа у погледу увезених производа. Чланом 2 тачка 17 Уредбе 765/2008/ЕЗ дефинисан је 'тржишни надзор' као „*активности и мере које спроводе државни органи да би се обезбедила усаглашеност производа са захтевима утврђеним у прописима Заједнице за хармонизацију и да би се осигурало да производи не угрожавају здравље, безбедност или друге видове заштите јавног интереса*".

Концепт тржишног надзора је тако проширен да би се обухватио скуп различитих мера чији је циљ да се заштите не само економски интереси купаца, већ и безбедност становништва. Дефиниција Уредбе

3 Доступно на адреси: *http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/documents/new-approach/index_en.htm*, 20.3.2012.

из 2008. године добро илуструје еволуцију концепта тржишног надзора од 1985. године. Прво, концепт се односи на мере које предузимају државни органи, а не само приватни субјекти на добровољној основи; што потврђује чињеницу да је тржишни надзор схваћен као заједнички задатак приватног и јавног сектора, односно подељена функција.[4] Овакав корак потврђен је Одлуком 768/2008/ЕЗ Парламента и Савета о заједничком оквиру за трговање производима и укидању Одлуке 93/465/ЕЕЗ којом су постављене детаљне прескрипције које се односе на стављање на тржиште производа с циљем да се осигура да само безбедни производи буду доступни на тржишту. Ове прескрипиције се односе на произвођаче, њихове представнике, увознике и дистрибутере и контролна тела. Општи циљ тржишног надзора је да се спроведу у дело обавезе привредних субјеката који су део производње, промета и инфраструктуре квалитета; да поступци оцењивања усаглашености (предвиђени Анексом 2 ове Одлуке) одговарају правилима о интерној контроли производње и надгледаног испитивања производа, гаранцији квалитета процеса производње, квалитета и верификације производа.

Наш Закон о трговини прописао је да је тржишни надзор скуп активности и мера које спроводе државни органи и други имаоци јавних овлашћења, да би обезбедили усаглашеност роба и услуга у промету са условима утврђеним овим законом и посебним прописима.[5] Закон о тржишном надзору,[6] чији је примарни циљ успостављање јаснијег институционалног оквира интегрисаног тржишног надзора, садржи детаљније одређење. Према одредбама члана 5 ст. 1 тач. 1 Закона о тржишном надзору, а у вези са одредбама члана 3 ст. 1 истог закона, тржишни надзор представљају активности које спроводе и мере које предузимају органи тржишног надзора да би се обезбедила усаглашеност производа са захтевима који су уређени техничким прописима донетим на основу закона којим се уређују технички захтеви за производе и оцењивање усаглашености, хармонизованим са прописима Европске уније и посебним законима и прописима донетим на основу тих закона, којима се уређују захтеви за производе и оцењивање усаглашености, а који су хармонизовани са одговарајућим прописима Европске уније и другим прописима којима се уређују технички и други захтеви за производе, начин руковања и употребе производа према њиховој намени и начин одржавања, као и да би се осигурало да производи не угрожавају здравље, безбедност и друге аспекте заштите јавног интереса.

4 Jody Freeman, „Collaborative Governance in the Administrative State", *UCLA Law Review*, Vol. 45/1997, стр. 1.

5 Закона о Трговини (*Службени гласник РС*, бр. 53/2010), чл. 2 тачка 10.

6 Закон о тржишном надзору (*Службени гласник РС*, бр. 92/11).

2. Тржишни надзор, саобразност и безбедност производа

Према већ поменутој дефиницији тржишног надзора из Уредбе 765/2008/ЕЗ, производи стављени у промет не смеју да угрожавају здравље, безбедност или друге видове заштите јавног интереса. Чл. 1 ст. 2 Уредбе конкретније наводи: „*...висок ниво заштите јавног интереса као што су здравље и безбедност уопште, здравље и безбедност на раду, заштита потрошача, животне средине и безбедност..*“ Важно је напоменути да заштита ‘јавног интереса’ не подразумева само скуп активности и правила која обухватају сам процес производње у фази пре стављања производа на тржиште (*pre-market*), већ и контролу када је такав производ већ стављен на тржиште (*post-market*). Сходно томе, у контексту заштите потрошача, концепт тржишног надзора не би требало везивати само за домен заштите здравља и безбедности, већ као систем инструмената и мера које предузимају државни органи у домену заштите потрошача, обухвативши и безбедност производа и услуга, али и заштиту других интереса потрошача, пре свега оних економске природе. Заштита економских интереса потрошача у вези са уговором о продаји испољава као право на информисање о својствима производа и условима куповине, право на производ саобразан уговору, заштиту од неправичних уговорних одредби, некоректних трговачких пракси и др. Међутим, право на безбедност (сигурност) је једно од темељних права потрошача: „Нека друга права, као што су право на информисање, на образовање, на здраву животну средину су, између осталог, у функцији остварења сигурности потрошача“.[7]

Остаје нејасно да ли европски законодавац под синтагмом ‘заштита потрошача’ подразумева само заштиту живота, здравља и безбедности потрошача као крајњег купца, или и заштиту економских интереса потрошача, што би значило да поред тржишног надзора чији је примарни фокус безбедност постоји и шире схватање. Ако је одговор потврдан, заштита живота и здравља потрошача представљала би базу тржишног надзора, док би сви други аспекти исте представљали надградњу. Управо да би се нагласила надградња, а пошто Закон о тржишном надзору већ дефинише тржишни надзор, било би корисно увести концепт надзора над тржиштем. И сама Европска комисија инсистира на јасној расподели надзорних овлашћења у погледу свих директива које чине *Acquis Communautaire de la consommation,* укључујући и прописе о инфраструктури квалитета техничке робе, безбедности хране, лекова и других производа, о чему сведоче и упитници које су државни органи Србије морали да попуне јасно дефинишући ко је надлежан за спровођење појединих прописа.

7 Ивица Јанковец, Мићовић Миодраг, *Привредно право*, Крагујевац, 2006, стр. 97.

Озбиром да се поменута уредба примарно односи на 'производе',[8] на овом месту било би корисно да се у најкраћим цртама укаже на концепт саобразности уговору. Наиме, институт саобразности не би требало да се тумачи искључиво као сегмент заштите економских интереса потрошача, као очигледан квалитет односно 'законски стандард квалитета који се захтева од производа'. [9] Реч је о императивној одредби чл. 2 Директиве 99/44/ЕЗ о одређеним аспектима продаје и гаранцијама за потрошачку робу, која је транспонована у наш нови Закон о заштити потрошача.[10] Међутим, овде би, поређења ради, требало нагласити прецизност британског Закона о продаји робе из 1979. године, који у одељку 14. који се односи на очекиване, односно претпостављене услове квалитета наглашава и 'безбедност' *(safety)*.[11] Појам 'безбедан производ' је кључни појам за правилно схватање концепта саобразности у најширем смислу. Да би се производ могао сматрати безбедним он не сме да представља ризик или може да представља само минималан ризик, примерен употреби производа, прихватљив и усклађен са високим нивоом заштите потрошача. Код процене ризика у обзир се узимају бројни фактори, а не само техничка својства, као што су: својства производа, укључујући и састав, амбалажу, упутство за употребу и др.; утицај на друге производе када се може разумно очекивати да ће се употребљавати са другим производима; представљање производа, означавање, одлагање и било које ознаке; категорије потрошача које су изложене ризику.[12]

Познато је да је Бечка конвенција о уговорима о међународној продаји робе значајно утицала на регулативу потрошачких уговора у ЕУ.[13] Бечка конвенција инсистира на очекиваним својствима, јер својства производа дефинише као критеријуме за саобразност. Међутим, за разлику од Бечке конвенције у којој се недостатак дефинише позитивно (као и у нашем Закону о облигационим односима), Директива дефинише недостатак саобразности негативно, као одступање од уговора, као

8 „Производ је супстанца, препарат или роба произведена у производном процесу, изузев хране, хране за животиње, живих биљака и животиња, производа хуманог порекла и производа од биљака и животиња који се односе директно на њихову будућу репродукцију" (чл. 15.4. Уредбе 765/2008/ЕЗ).

9 Hans-Wolfgang Micklitz, Jules Stuyck, Evelyne Terryn и др., *Cases, Materials and Text on Consumer Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2010, стр. 320.

10 Закон о заштити потрошача (*Службени гласник РС*, бр. 73/10).

11 Sale of Goods Act 1979, Section 14, (2B) (d).

12 Закон о општој безбедности производа (*Службени гласник РС*, бр. 41/2009), чл. 4. Ранко Драгнић, *Безбедност производа и Европска Унија*, Београд, 2009, стр. 70.

13 Stefan Grundmann, „Consumer Law, Commercial Law, Private Law: How can the Sales Directive and the Sales Convention be So Similar?", *European Business Law Review*, No. 2003/14, стр. 238.

и нови Закон о заштити потрошача.[14] Производ, дакле, може више или мање одступати од очекиваног квалитета (или квантитета), али бити исправан и безбедан. Уколико је технички неисправан производ стављен на тржиште, исти може бити небезбедан. Примера ради, неисправни уређај у читавој серији нових аутомобила одређеног произвођача јесте скривена мана која производ чини несаобразним, али исто тако је реч о небезбедном производу због техничке неисправности. Исто важи и за здравствено неисправну намирницу. Међутим, квалитет није лако утврдити, а одређена својства производа се могу показати и одређеним начином употребе. Наоко саобразан био би расклапајући кревет одговарајућег дизајна, али исти може бити сачињен од материјала који иритира кожу, или се дете због своје мале тежине може повредити због лоше пројектованог механизма расклапања. У првом случају такав кревет може бити здравствено неисправан због пропуста у материјалу који није смео да буде у промету и као такав употребљен за израду кревета, док је у другом случају кревет технички неисправан. У оба случаја реч је о опасном производу и оба случаја представљају варијације несаобразности, јер је производ апсолутно неподобан да буде испоручен на тржиште, односно стављен у промет. Ова неподобност, односно небезбедност производа (који је здравствено или технички неисправан), је наличје саобразности, чије је лице квалитет као очекивано својство.

Према томе, саобразност схваћена у ширем смислу обухвата и безбедност. Друго је питање усаглашености производа, коју не треба мешати са безбедношћу. Усаглашеност производа се проверава, како на нивоу производног процеса, тако и самог производа (нпр. органолептичка анализа), обично од стране акредитованих сертификационих тела, како би производ био исправан и безбедан, али се захтеви система менаџмента квалитета посредно односе и на очекивани квалитет, редовна или специјална својства.[15] Међутим, и производ који је усклађен са техничким захтевима, било обавезним или добровољним, може бити

14 Миодраг Мићовић, „О темељним правилима потрошачког права“, у: Миодраг Мићовић (уредник), *Og caveat emptor go caveat venditor*, Крагујевац, 2009, стр. 51; Владимир Вулетић, „Облигација обавештавања и приговор несаобразности робе уговору – старо и ново у домену заштите потрошача“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2011, стр. 235–256.

15 Група стандарда ISO 9000 прави разлику између захтева за системе менаџмента квалитетом и захтева за производе. Захтеви за системе менаџмента квалитетом одређени су у стандарду ISO 9001: 2008, они су генерички и применљиви су у организацијама у свакој индустријској и привредној области, независно од категорије производа. Захтеве за производе могу одредити било корисници, било организација антиципирајући интересе корисника, као и прописи. Захтеви за производе могу бити садржани у техничким спецификацијама, стандардима за производе, стандардима за процесе, уговорима и прописима. Вид. стандард JUS ISO 9000: 2001, 2.2. (Захтеви у односу на системе менаџмента квалитетом и захтеви у односу на производе).

небезбедан, уколико се оствари ризик који није контролисан стандардима и техничким прописима. Посебно питање представљају тзв. развојни ризици који се могу манифестовати, али не и предвидети, односно могу се тешко предвидети разумним мерама.[16]

3. Тржишни надзор као превентивни и реактивни (у)правни надзор

Тржишни надзор, схваћен у ужем смислу као 'активности и мере које спроводе државни органи' представља облик (у)правног, односно инспекцијског надзора.[17] Уколико се у обзир узму значајна надзорна овлашћења акредитованих оцењивача усаглашености, које, између осталог, контролишу ови државни органи, поставља се питање да ли је тржишни надзор облик државног надзора? Органи државне управе испитују спровођење закона и других прописа непосредним увидом у пословање и поступање физичких и правних лица, сходно закону који регулише организацију државне управе и законима којима се регулише рад појединих инспекција. Зависно од резултата надзора, инспекцијски органи изричу мере на које су овлашћени, коришћењем ауторитативних овлашћења, на основу напосредног увида у пословање и поступање физичких и правних лица, ради утврђивања повреде или потенцијалне повреде закона или другог прописа. Надзор над тржиштем такође подразумева надзор у смислу корективно-контролног рада управе усмереног ка одређеном прошлом догађају,[18] односно контролу законитости коју државни орган врши у јавном интересу коришћењем управних овлашћења.[19] Међутим, концепт надзора над тржиштем наглашава превентивне мере и активности, планирање, утврђивање приоритета и усмеравање надзора, процену ризика повреде и предлагање превентивних мера. Другим речима, *проактивно (превентивно) планирање* је у основи овог концепта када се он схвати у најужем смислу ограниченом на безбедност производа.[20] Међутим, све активности у тржишном над-

16 Тако Mark Mildred, „The Development Risks Defence", у: Duncan Fairgreive (уредник), *Product Liability in Comparative Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, стр. 170.

17 У теорији управног права познат је концепт органског и материјалног управног надзора. Притом, инспекцијски надзор може бити дефинисан као законски облик управног надзора, али је законодавац 2005. године одступио од позитивноправног дефинисања управног надзора кроз његово органско обележје. Вид. нпр. Невенка Бачанин, *Управно право*, Крагујевац, 2000, стр. 523; Зоран Томић, *Управно право – систем*, Београд, 1998, стр. 257; Милан Влатковић, *Управни надзор*, Крагујевац, 2006, стр. 199–218.

18 Зоран Томић, *Опште управно право*, Београд, 2009, стр. 52.

19 Ратко Марковић, *Управно право*, Београд, 2002, стр. 234.

20 За разлику од мера којима се потрошачу пружа заштита као уговорној страни зато што производ има недостатак, заштита живота и здравља потрошача остварује се

зору не могу да се планирају, органи тржишног надзора су приморани да реагују на догађаје као што су несреће, представке потрошача и слично, односно неки спољни догађај. То је реактивни тржишни надзор.

Дакле, тржишни надзор подразумева превентивне, али и реактивне активности: корективне и репресивне активности надлежних органа.[21] Уместо надгледања, планирања и испитивања, што је суштина превентивног надзора, у реактивном тржишном надзору орган спроводи истрагу. Супротно томе, проактиван тржишни надзор јесте планирана активност која проистиче из дугорочних и краткорочних планова, дефинисаних критеријума испитивања и узимања узорака који су основа за одабир броја производа који се тестирају. Резултати служе као основ за процену ризика, а резултати те процене се износе у обавештењу о ризику и на основу њих се доносе адекватне и сразмерне мере.[22]

Чињеница да се тржишни надзор састоји и од неауторитативних метода, информативног и саветодавног карактера, чији је циљ усмерен ка побољшању усклађености пословања са прописима, који су одраз стручности као особине инспекцијског надзора,[23] не значи да ауторитативност рада узмиче. Напротив, ауторитативност рада представљала је и представљаће неопходно обележје надзорне улоге органа државне управе, али се фокус помера ка неауторитативним превентивним активностима и регулацији ризика, односно спречавање да се ризик испољи. То значи да се надлежни органи не смеју ослонити само на контролу усаглашености производа који су већ у слободном промету, већ да у њиховом фокусу мора бити и управљање ризиком. Управо проактивни приступ претпоставља сарадњу надлежних органа, како међусобну сарадњу државних органа, тако и јавно-приватно партнерство у вршењу активности тржишног надзора, транспарентан рад и учешће јавности при изради стратегије и акционих планова тржишног надзора.

На основу напред наведеног, јасно произилази да је инспекцијски надзор посебан облик институционалне заштите потрошача.[24] У погледу институционалне структуре тржишног надзора све напред наведено требало би да сугерише следеће: заштита економских интереса

примарно путем претходне контроле и мера превентивне природе. И. Јанковец, М. Мићовић, *нав. дело*, стр. 97.

21 О подели на превентивне, корективне и репресивне активности вид. Павле Димитријевић, *Основи управног права*, Београд, 1983, стр. 278–279.

22 PROSAFE, *Best Practice Techniques in Market Surveillance*, поглавље 6. Доступно на адреси: *http://www.prosafe.org/read_write/file/EMARS_Best_Practice_Book.pdf*, 20.3.2012.

23 Д. Миловановић, *нав. чланак*, стр. 6.

24 Невенка Бачанин, „Инспекцијски надзор као посебан облик институционалне заштите потрошача", у: Миодраг Мићовић (уредник), *Og caveat emptor go caveat venditor*, Крагујевац, 2009, стр. 447–456.

потрошача нераскидиво је повезана са заштитом живота, здравља и безбедности потрошача; тржишни надзор има превентивну и реактивну компоненту. Инспекције, као органи који су на 'првој линији фронта' имају непосредан увид у пословање надзираних субјеката и функционисање тржишта су кључни извор информација о реалном стању и због тога имају легитимитет да предлажу потребне мере, међу којима и формулисање политике заштите потрошача, као и предлагање измена и допуна важећих прописа. Због тога се у многим земљама институционална структура надгледања тржишта у циљу заштите потрошача установљава тако да обухвата заштиту живота, здравља и безбедности потрошача, кроз тржишни надзор, и заштиту економских интереса потрошача надгледањем спровођења закона о заштити потрошача и прописа који уређују понашање тржишних учесника на тржишту. У том смислу, најширем тумачењу надзора над тржиштем, могло би се рећи да је реч о пословима државне управе који се не односе само на инспекцијски надзор, већ и '*праћење стања*' у областима деловања органа државне управе.[25]

III Елементи тржишног надзора – инструменти и мере регулаторног режима заштите потрошача

Основна начела за установљење и спровођење тржишног надзора, као најбољи пословни обичаји у тржишном надзору, засновани су на прописима ЕУ о техничком законодавству и њиховој примени, као и упутствима о примени прописа.[26] Успостављање система тржишног надзора подразумева три елементарне групе компоненти тржишног надзора:

1) општи нормативни оквир
2) инструменте који би систем тржишног надзора учинили ефикаснијим
3) одговарајућу институционалну структуру.

1. Општи нормативни оквир

Јасан и кохерентан нормативни оквир је апсолутни приоритет успостављања ефикасног система тржишног надзора. Нормативни оквир подразумева правила о општој безбедности производа и безбед-

25 О пословима државне управе вид. Закон о државној управи (*Службени гласник РС*, бр. 79/05, 101/07, 95/10), чл. 12–21.

26 Нпр. European Commission, *Main administrative structures required for implementing the Acquis (Overview)*, 7 June 2004. *Guide relatif à la mise en application des directives élaborées sur la base des dispositions de la Nouvelle Approche et de l'Approche globale*, Office des publications officielles de la Communauté européenne, Luxembourg, 2000.

ности појединих производа, као и прописе и стандарде који уређују материју инфраструктуре квалитета и тржишног надзора.

Закони о општој безбедности производа, евентуално и услуга,[27] који су у ЕУ усклађени са одредбама Директиве 2001/95/ЕЗ, су по својој природи хоризонтални, односно примењују се на све производе стављене на тржиште, осим оних који су изричито искључени из обухвата примене. Основни принцип овог прописа је да се на тржиште стављају само безбедни производи.[28] Принцип комплементарности налаже да закон о општој безбедности производа (евентуално и услуга) мора да садржи одредбу којом се успоставља однос између општег закона и прописа који се примењују на поједине производе, како би се избегле контрадикторне ситуације, јер свака врста производа има своје специфичности.

Комплементарни прописи из области инфраструктуре квалитета и правила о надлежностима, расподели надлежности и поступцима тржишног надзора су такође акти комплементарне природе. Прописи, укључујући и техничке прописе, стварају предуслове за примену како општег закона о безбедности производа, тако и прописа о одређеним врстама производа. То су прописи који постављају правни оквир стандардизације, метрологије, сертификације, акредитације, провере усаглашености производа, дефинисање процеса за евалуацију усклађености, истицање декларације о усаглашености и др. На нивоу ЕУ, до 1985. године старим или вертикалним приступом дефинисана су правила са детаљним техничким карактеристикама производа,[29] да би од 1. јануара 2010. године у ЕУ ступио на снагу нови законодавни пакет мера техничке хармонизације, који представља 'ревизију' новог приступа који је био на снази од 1985. године.[30] Тај нови приступ (1985–2010) полази од претпоставке да само суштински захтеви морају бити одређени једнообразним правилима, док су остали захтеви у домену надлежности сертификационих и акредитационих тела, којима су поверена јавна овлашћења надзора и оцене усаглашености. Међутим, овај приступ управо због свог фокуса на недржавна тела која имају јавна овлашћења имао је недостатак. Управо да би се решио проблем савесног рада и оснажила контрола производа који улазе на тржиште институција која имају јавна овлашћења донета је Уредба бр. 765/2008 о захтевима за акредитацију и тржишни надзор. Ступањем на снагу Закона о акредитацији[31] створен је предуслов за непристрасни и транспа-

27 У неким земљама општи режим безбедности производа проширен је и на услуге.

28 Закон о општој безбедности производа (*Службени гласник РС*, бр. 41/09).

29 Радован Вукадиновић, *Право Европске уније,* Крагујевац, 2006, стр. 193–197.

30 Јелена Ђеранић, „Нови прописи о акредитацији и тржишном наздору у Републици Србији", *Право и привреда*, бр. 4–6/2011, стр. 487–503.

31 Закон о акредитацији (*Службени гласник РС*, бр. 73/2010).

рентни начин обављања послова акредитације, поступак акредитације и рад тела за оцењивање усаглашености. Поред тога, донет је и Закон о стандардизацији,[32] Закон о техничким захтевима за производе и оцењивању усаглашености[33] и др.

Пошто је ризик немогуће елиминисати, док су општи правни режим безбедности производа и посебни режими у погледу посебних производа превасходно *ex ante* карактера, правни режим одговорности произвођача је *ex post* карактера. Уколико је производ произведен на начин који није у складу са постављеним захтевима стављен на тржиште и као такав је проузроковао штету. На нивоу ЕУ 1985. године усвојена је директива 85/374/ЕЕЗ, измењена 1999. године Директивом 1999/34/ЕЗ. Управо због општег карактера, прописи о општој безбедности производа и о одговорности произвођача тако представљају лице и наличје општег режима безбедности производа.[34]

2. Инструменти и мере ефикасног тржишног надзора

Одређивање инструмената који би систем тржишног надзора учинили ефикаснијим неопходан је елемент модерне стратегије тржишног надзора. На овом месту требало би у најкраћим цртама указати на неке опште инструменте и мере које свака стратегија тржишног надзора мора да обухвати.

а) Планирање тржишног надзора и прикупљање података/извора

Обзиром да је стратегија најопштији документ којим се трасира тржишни надзор, осмишљен као примарно превентивни надзор, и успостављају основни и оперативни циљеви, ови се даље морају разрадити конкретним задацима. Све елементе којима се инструментализује стратегија тржишног надзора требало би да обухвата годишњи план тржишног надзора. У циљу ефикаснијег спровођења тржишног надзора неопходно је да се поред годишњих планова праве и оперативни планови у којима се детаљно планирају интервенције које ће се спроводити у разматраном периоду. Ови планови би нарочито требало да обухватају

32 Закон о стандардизацији (*Службени гласник РС*, бр. 36/2009).

33 Закон о техничким захтевима за производе и оцењивању усаглашености (*Службени гласник РС*, бр. 36/2009).

34 Међутим, док се у погледу одговорности произвођача говори о „дефектном" производу, у прописима о општој безбедности производа (према Директиви о општој безбедности производа из 2001.) користи се термин се „опасан" производ. Дефектан производ не мора бити опасан, а опасан не мора бити дефектан. О појму опасних ствари вид. нпр. Илија Бабић, *Лексикон облигационог права*, Службени гласник, Београд, 2008, стр. 235–236.

питања као што су број и методе вршења планираних контрола (нпр. документарна или непосредна контрола), производи и процеси који су предмет контроле, циљне групе и сл.[35]

Модерни тржишни надзор подразумева да се у обзир узме и природа ризика у областима, односно врстама производа који се сматрају приоритетним. Стратегија тржишног надзора јасно мора да садржи инструменте *управљања ризиком* (односно да се заснива на процесу процене, управљања ризиком и његовог саопштавања јавности),[36] а сам тржишни надзор би требало да буде заснован на начелу *сразмерности*. Односно, мере које се могу предузети и санкције морају бити у директној сразмери са нивоом ризика. Тржишни надзор се не сме ограничити само на контролу производа стављених у промет и корективне мере, већ једнако и с циљем да се спречи остварење ризика.[37] Другим речима, корективне мере не смеју бити битније од превенције. Политика тржишног надзора мора бити барем исто толико *проактивна, колико и реактивна*. Превенција испољавања ризика подразумева транспарентан рад и сарадњу са учесницима на тржишту, пре свега трговцима, који су примарно одговорни за безбедност производа, као и одговорност према потрошачима који су изложени ризицима.

Установљење институционалне (инфра)структуре тржишног надзора подразумева и успостављање механизма прикупљања података о притужбама потрошача и извора за откривање потенцијалних ризика. Поред оних који су хитне природе, који би требало да буду изузетак а не правило, ефикасан систем управљања ризиком подразумева мапирање ризика у зависности од производа, тржишта и околности. Примера ради, режим опште безбедности производа подразумева обавезу учесника на тржишту да обавештавају надлежне органе о дефектима производа и разлозима неусаглашености производа који су стављени на тржиште, сарађују са органима достављањем свих неопходних докумената и информација.[38] Систем ефикасног прикупљања извора подразумевао би континуирано прикупљање притужби потрошача, односно крајњих купаца; формирање базе података о несрећама; истаживањима, системе брзе размене информација на регионалном и међународном нивоу, као што је RAPEX систем у ЕУ, ICSMS (*Information and Communication System*

35 *Guide relatif à la mise en application des directives élaborées sur la base des dispositions de la Nouvelle Approche et de l'Approche globale*, Office des Publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 2000, поглавље 8.6.

36 OECD, *Risk and Regulation: Issues for Discussion*, GOV/PGC/REG(2006)1, Paris 2006.

37 Уредба 765/2008 по први пут у праву ЕУ предвиђа обавезу држава чланица да обезбеде мере интервенције у погледу производа који представљају опасан ризик (чл. 20 Уредбе).

38 Директива 2001/95/ЕЗ о општој безбедности производа, чл. 5.3. и 5.4.

for Market Surveillance), CIRCA (*Communication and Information Resources Center Administrator*) и други.[39]

б) Методе вршења надзора и мере у надзору

Поред активности праћења стања на тржишту и регулације ризика, нспекцијска овлашћења могу варирати од општих контрола, које за циљ имају утврђивање да ли су производи усаглашени формалним захтевима, попут провере техничке документације, исправе/декларације о усаглашености и знака усаглашености, тестирања и лабораторијске провере производа, па до контрола усмерених на поједине аспекте као што су сами процеси оцењивања усаглашености. На општи начин и према категоријама производа, посебним законима предвиђају се инспекције као и начин њиховог спровођења. Важећи Закон о државној управи предвиђа да даном ступања на снагу овог закона престаје да важи Закон о државној управи из 1992. године,[40] осим одредаба чл. 22–37 и чл. 92 који се односе на инспекцијски надзор, али у нашој земљи до сада није донет кровни закон о инспекцијском надзору. Правила инспекцијског надзора су такође део нормативног оквира тржишног надзора, и нарочито се мора водити рачуна да се избегне дуплирање, преклапање или нејасна правила која индукују дискоординацију служби у повезаним областима деловања. Додатни проблем су честе измене прописа који се доносе без довољне пажње на ефекте које прописи производе, као и уз недовољно разумевање могућности и претпоставки њихове примене.[41] Управо у циљу превазилажења проблема координације Закон о тржишном надзору усвојен је 2011. године и представља покушај да се установе општа правила тржишног надзора, дефинишу мере у надзору, одреди расподела надлежности и обезбедни међусобна сарадња инспекција.

Пошто тржишни надзор може бити реактиван или превентиван, у првом случају неопходно је развити механизме брзог реаговања у кризним ситуацијама, када се открије да један производ представља опасан ризик за живот и здравље потрошача. С тим у вези требало би да постоји јасан правни основ за предузимање одговарајућих мера, као и критеријуми за дефинисање опасних ризика и примену појединих мера, што је садржано у закону о општој безбедности производа, здравственој исправности производа, посебним прописима о појединим врстама производа и другим бројним законима и подзаконским актима.

---

39 Сви релевантни линкови ка базама података које користе државни органи и/или приватни субјекти у погледу активности тржишног надзора у ЕУ доступни су на адреси: *http://www.prosafe.org/default.asp?itemid=90*, 20.3.2012.

40 Закон о државној управи (*Службени ɪласник РС*, бр 20/92... 49/99).

41 Д. Миловановић, *нав. чланак*, стр. 13.

Међутим, једнако су важне и мере у надзору у случајевима повреде економских интереса потрошача, које по правилу немају такав елемент хитности као корективне мере у случају реализације ризика који се манифестује као угрожавање живота, здравља и безбедности потрошача. Када је у питању промет робе, до доношења Закона о заштити потрошача из 2005. године значајна овлашћења у надзору инспекцијски орган имао је на основу Закона о условима за обављање промета робе, вршењу услуга у промету робе и инспекцијском надзору.[42] Овлашћења и дужности тржишног инспектора у заштити потрошача у садашњем тренутку треба примарно сагледавати у интеракцији Закона о заштити потрошача, Закона о трговини, Закона о оглашавању и Закона о тржишном надзору. Овлашћења надлежних инспекцијских органа у члану 148 Закона о заштити потрошача дата су у 16 тачака (за све инспекције које се помињу у чл. 147 ст. 1). Закон, истина, одређује поступак забране неправичних уговорних одредаба и непоштеног пословања (чл. 137–146), међутим не предвиђа одговарајућа инспекцијска овлашћења, већ то пребацује суду. Без обзира што суд може донети привремену меру и наложити одузимање противправно стечене користи, поступак заштите права пред судом је много спорији у поређењу са инспекцијским надзором.

Међутим, за разлику од свог претходника, а због потребе усклађивања са правом ЕУ (опција ступања на снагу моментом уласка у ЕУ није искоришћена), тржишни инспектор више нема право да у вршењу надзора утврђује да ли је приговор потрошача на купљени производ основан. Наиме, стари Закон о заштити потрошача омогућавао је тржишном инспектору и да донесе решење којим ће продавцу наложити испуњење захтева потрошача, одредити начин испуњења захтева и рок за поступање, исто и у случају да продавац или произвођач не испуни услове из гарантног листа (чл. 74 Закона). Чланови 74–76 старог Закона о заштити потрошача дефинисали су основ поступања тржишне инспекције у смислу недостатака поводом којих је инспектор могао да реагује, поступак и овлашћења надлежног инспектора

Према овлашћењима која има у складу са чланом 149 Закона о заштити потрошача (која су, иначе, непотпуна) ако утврди недостатке из члана 148 ст. 2 тач. 1–9 Закона о заштити потрошача, тржишни инспектор ће у првом реду донети решење којим ће одредити рок у коме је трговац дужан да отклони утврђени недостатак. Ако се овлашћења и надлежности тржишног инспектора према матичном Закону о заштити потрошача посматрају градуирано, онда се његово прво градуирано овлашћење састоји у доношењу решења о отклањању

42 Закон о условима за обављање промета робе, вршењу услуга у промету робе и инспекцијском надзору (*Службени ɪласник РС*, бр. 39/96... 80/02).

недостатака. Друго градуирано овлашћење (мера) тржишног инспектора прописано је одредбом члана 149 ст. 2 Закона о заштити потрошача.

Ако трговац не отклони утврђени недостатак у року који је утврђен у решењу инспектора, тржишни инспектор ће донети решење о привременој забрани продаје робе, односно пружања услуга до отклањања недостатака због којих је та мера изречена. И против овог решења трговац може изјавити жалбу у року од осам дана од дана пријема решења, с тим што жалба нема суспензивно дејство, односно не одлаже извршење решења тржишног инспектора о отклањању недостатака. Следеће градуиране мере Тржишне инспекције односе се на подношење захтева за покретање прекршајног поступка и подношење пријава надлежним органима, укључујући кривичне пријаве надлежном јавном тужилаштву.

Закон о трговини исцрпном регулативом дао је овлашћења тржишним инспекторима (у тринаест тачака) и дефинисао њихове дужности (у шест тачака), што несумњиво олакшава рад тржишним инспекторима и отклања недоумице које се појављују по питању делокруга њихових активности. У казненим одредбама Закона о трговини (чл. 74 и 75) садржани су бројни прекршаји који се непосредно тичу заштите потрошача. Тако прецизна енумерација изостала је у Закону о заштити потрошача. Обзиром да су делокруг рада и овлашћења других инспекција дефинисани другим прописима, поставља се питање да ли је циљно тумачење надлежности министарства у чијем ресору је трговина довољно или би било боље таксативно навести сва овлашћења тржишне инспекције.

Иако је тржишна инспекција у поређењу са старим Законом о заштити потрошача изгубила неке битне надлежности, тржишна и остале инспекције доносе решења према процесним правилима Закона о општем управном поступку.[43] Управни поступак надлежни орган покреће по службеној дужности или поводом захтева странке. Поступак се покреће по службеној дужности кад то одређује закон или други пропис (овде се мисли на конкретне одредбе Закона о заштити потрошача) или када орган утврди или сазна да, с обзиром на постојеће чињенично стање, треба покренути поступак ради заштите јавног интереса. При покретању поступка по службеној дужности орган узима у обзир и евентуалне представке грађана и организација и упозорење надлежних органа.[44] У том смислу, за Тржишну инспекцију релевантни су захтеви и притужбе потрошача. Ако орган поводом стављеног захтева странке нађе да нема услова за покретање управног поступка, донеће

43 Закон о општем управном поступку (*Службени лист СРЈ*, бр. 33/97, 31/2001 и *Службени гласник РС*, бр. 30 /2010; даље у фуснотама: ЗУП).

44 ЗУП, чл. 114.

закључак о одбацивању захтева странке, против кога је дозвољена посебна жалба.[45]

У интеракцији Закона о заштити потрошача и Закона о трговини на синтетизован и градуиран начин, надлежност, градуирана овлашћења и дужности Тржишне инспекције у надзору над тржиштем, а у циљу заштите економских интереса потрошача, су следећа: усмено упозорење трговцу; писмено упозорење трговцу; доношење решења у управном поступку са наредбом да трговац отклони утврђени недостатак у датом року са поуком о праву на жалбу; доношење решења о привременој забрани продаје робе, односно пружања услуга до отклањања недостатака; подношење захтева за покретање прекршајног поступка (поступка за привредни преступ); подношење пријава надлежним органима; подношење пријаве надлежном јавном тужилаштву у случају сумње у извршено кривично дело; изрицање новчане казне на лицу места; привремено затварање продајног објекта; одузимање робе; продаја одузете робе; уништавање одузете робе.

Према оптужном начелу, прекршајни поступак покреће се и води на основу захтева овлашћеног лица и оштећеног (члан 80 Закона о прекршајима).[46] Инспекције, међу њима и Тржишна инспекција, овлашћене су за покретање прекршајног поступка. Оно што је видљиво већ на летимични поглед на прекршајне одредбе Закона о заштити потрошача је да његове материјалноправне одредбе нису адекватно покривене прописаним прекршајним казнама. Поврх тога, за повреде одредаба два члана Закона о заштити потрошача (чл. 23 и 25) прописана су чак 32 прекршаја (члан 151 ст. 1 тач. 5–36), што је преко 60% од свих прекршаја прописаних овим законом. Одредбе члана 23 овог Закона, које регулишу облике који се сматрају обмањујућим пословањем, покривене су са 24 прекршаја. Члан 23. Закона садржи укупно 23 тачке и свака је покривена по једним прекршајем, док је тачка 2 покривена са два прекршаја (члан 151 ст. 1 тач. 15 и 16). Члан 25 Закона, који регулише облике који се сматрају насртљивим пословањем, садржи осам тачака и свака је покривена прекршајем. Међутим, остало је преко сто чланова закона који нису адекватно покривени! Стога би било корисно да се прекршаји у Закону о заштити потрошача нормативно прерасподеле и уреде синтетичким нормама, јер би се тако отворио простор за нове инкриминације за материјалне одредбе које нису покривене прекршајима. Са друге стране, тешко је заислити да су сви прекршаји у једном законском члану једнаке друштвене опасности и тежине. Стога би требало размотрити градацију прекршаја, као што је то било учињено у претходном Закону о заштити потрошача.

45 ЗУП, чл. 115 ст. 2.

46 Закон о прекршајима (*Службени гласник РС*, бр. 101/2005, 116/2008 и 111/2009), чл. 80.

У поређењу са Законом о заштити потрошача, у Закону о трговини материјалне законске одребе су адекватније заступљене у казненим одредбама. Такође, прекршаји у Закону о трговини су адекватније распоређени него у Закону о заштити потрошача, чиме се обезбеђује адекватнија заступљеност материјалних законских одредаба у казненим одредбама. Такође, прекршаји су градуирани у две групе: у члану 74 прописано је шест лакших прекршаја са запрећеном новчаном казном од 100.000 до 1.000.000 динара, а у члану 75 прописано је 16 тежих прекршаја са запрећеном новчаном казном од 500.000 до 2.000.000 динара. Тако се боље остварује одмеравање прекршајне казне и на примеренији начин се постиже сврха изрицања прекршајних санкција.

Као што законодавац често обавезује на међусобну сарадњу и заједничко деловање у вршењу надзора над применом закона, тим пре је потребно успоставити усклађеност два закона и у домену санкција. Примера ради, недозвољена је колизија одредби каква постоји код прекршаја неистицања цене на прописан начин. Законом о трговини (оба се примењују од 1. јануара 2011, али је Закон о заштити потрошача *lex posteriori*) за тај прекршај за правно лице прописана је новчана казна од 100.000 до 1.000.000 динара, док је за исти прекршај Законом о заштити потрошача за правно лице прописана новчана казна од 300.000 динара до 2.000.000 динара.

С друге стране постоје и други закони који регулишу питања релевантна за заштиту потрошача, у којима је прописан инспекцијски надзор од стране Тржишне инспекције и других инспекција које су садржане у члану 147 ст. 1 Закона о заштити потрошача. У интеракцији прописа, овлашћења и дужности Тржишне инспекције, нарочиту пажњу треба посветити мерама које прописује Закон о тржишном надзору: мере тржишног надзора (члан 10), рестриктивне мере у погледу производа који представљају опасани ризик (члан 14) и националне мере (члан 20). Релевантна је и интеракција Закона о заштити потрошача са Законом о здравственој исправности предмета опште употребе над чијим спровођењем надзор врши министарство надлежно за послове здравља преко санитарних инспектора,[47] али и прописа који се односе на специфичне производе.

3. Одговарајућа институционална (инфра)структура тржишног надзора: јасне надлежности и сарадња

Институционална (инфра)структура тржишног надзора подразумева дубоке реформе не само у легислативном оквиру безбедности и ин-

47 Закон о здравственој исправности предмета опште употребе (*Службени гласник РС*, бр. 92/2011). У члану 43 овог закона утврђена су права и дужности санитарног инспектора.

фраструктуре квалитета, већ и стварање ефикасног институционалног оквира надзора над тржиштем, односно јачање капацитета надлежних државних органа. Да би институционални оквир био ефикасан и интегрисан, институционални оквир тржишног надзора схваћеног као скуп активности надлежних државних органа, пре свега инспекција (дакле, не и институција које су укључене у процену усаглашености као што су сертификациона тела и сл.) требало би установити јасне надлежности државних органа и оснажити њихову међусобну сарадњу.

Поред императива сарадње регулаторних органа, које се на нивоу ЕУ сматрају 'националним мерама' тржишни надзор не може се замислити без регионалне и међународне сарадње. Логика регионалних интеграција и последице у виду увођења интегралног тржишта и његовог просторног ширења, условила је и усаглашавање регулаторних режима заштите потрошача: успостављање глобалних стандарда у вези са правима потрошача није само ствар њихове заштите, него и дефинисања ширих правила која дају одговарајуће слободе, али и обавезе приватном сектору и државним органима.[48] Управо се због тога инсистира на обавези сарадње надлежних државних органа тржишног надзора како би се на најмањи могући степен смањиле разлике у режиму тржишног надзора, што је истакнуто и у Уредби 765/2008/ЕЗ која дефинише начела сарадње држава чланица и Комисије, иницијативу за тржишни наздор и сарадњу са надлежним органима трећих земаља.[49] То је неопходно не само како би се унапредио слободан проток робе, већ и постигао висок степен заштите потрошача.[50]

Приоритет контроле спровођења прописа из домена инфраструктуре квалитета и тржишног надзора су *јасне надлежности и овлашћења државних органа*, како би се обезбедила независност у погледу различитих активности у оквиру тржишног надзора. Стога је неопходно јасно одредити која су јавна тела надлежна, за шта су одговорна и колика су им овлашћења. То је по правилу предмет закона о општој безбедности производа, и закона који се односе на поједине врсте производа и процесе. Органи тржишног надзора морају имати неопходне ресурсе и ефикасна овлашћења у надзору, што подразумева и одговарајући институционални и персонални капацитет запослених. Систем тржишног надзора мора бити *кохерентан*. На материјалном плану, то значи да се

48 Светислав Табороши, Татјана Јованић, *Економско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010, стр. 418–420.

49 Чл. 24–26.

50 У погледу заштите потрошача као интегралне политике хоризонталног карактера донета је Уредба 2006/2004/ЕЗ Парламента и Савета од 27. октобра 2004 о сарадњи међу националним органима задуженим за примену регулативе о заштити потрошача.

различите активности и мере морају посматрати као комплементарне мере јединственог система тржишног надзора, док на институционалном плану то подразумева одређење једног органа који би био примарно одговоран, активне размене информација и сарадње надлежних органа у појединим секторима (нпр. хигијенска исправност, царински надзор и сл.).

Институционална организација тржишног надзора може се заснивати на моделу где само један државни орган врши надзор над тржиштем, али је чешћа ситуација да је у спровођење тржишног надзора укључено више министарстава, односно јавних агенција, углавном специјализованих за одређене врсте производа. Што се тиче територијалне организације инспекцијског надзора, послови инспекцијског надзора могу се обављати у оквиру административно-територијалне јединице (дислокација) или политичко-територијалне јединице (деконцентрација). У првом случају реч је о управним окрузима, који се образују ради вршења послова државне управе изван седишта органа управе на основу Уредбе које доноси Влада.[51] Ресорно министарство за заштиту потрошача, Министарство пољопривреде, трговине, шумарства и водопривреде, у оквиру управних округа може организовати фитосанитарну, ветеринарску, шумарску и ловну, пољопривредну, водну и тржишну инспекцију. Деконцентрација инспекцијског надзора подразумева могућност поверавања послова органима аутономне покрајине, општине, града и града Београда, али средства за вршење ових послова морају се обезбедити из републичког буџета у складу са обимом и врстом послова.[52] Обзиром да Закон о локалној самоуправи изричито наводи да се општинама могу поверити послови инспекцијског надзора из области промета роба и услуга[53] и то свим или појединим општинама у интересу ефикаснијег и рационалнијег остваривања права и обавеза грађана и задовољавања њихових потреба од непосредног интереса за живот и рад, нема препрека да се поједине надлежности тржишне инспекције, и/или облици заштите потрошача који нису јасно стављени у надлежност тржишној инспекцији, поверe општинама и градовима, док би Влада и ресорно министарство задржали одговорност за извршавање послова инспекцијског надзора. Са друге стране, Закон о локалној самоуправи предвиђа и децентрализацију послова инспекцијског надзора омогућивши јединицама локалне самоуправе да преко својих органа образују инспекцијске службе и врше инспекцијски надзор над извршењем прописа и других општих аката из своје надлежности, па и као облик полиције. Примера ради, Законом о комуналној

51 Уредба о управним окрузима (*Службени гласник РС*, бр. 15/06).

52 Закон о локалној самоуправи (*Службени гласник РС*, бр. 129/07), чл. 21 ст. 2.

53 Закон о локалној самоуправи, чл. 22.

полицији,[54] градовима нису поверени послови комуналне полиције, већ се иста образује као организациона јединица у градској управи за обављање законом одређених послова надзора.[55] Међутим, обзиром да децентрализација послова инспекцијског надзора подразумева да се овлашћења и организација за обављање послова уређују одлуком скупштине, ради постизања једнообразног режима заштите потрошача чини се да би деконцентрација неких послова у области заштите потрошача и јачање надлежности тржишне инспекције била ипак боље решење, док би одређене надлежности тржишне инспекције у домену услуга од општег економског интереса, пре свега комуналних делатности,[56] могли бити у изворном делокругу локалне самоуправе. Једна од могућности је и установљење потрошачких омбудсмана у оквиру локалне самоуправе, као што је случај у Пољској, обзиром да Закон о локалној самоуправи предвиђа могућност установљења локалних омбудсмана.[57] Обухват надлежности омбудсмана подразумева превасходно заштиту економских интереса потрошача, не и непосредног старања о заштити безбедности.

Алтернатива деконцентрацији инспекцијског надзора по ресорним министарствима или правилима о утврђивању надлежности комплементарних инспекцијских органа било би обједињавање, односно хоризонтална интеграција различитих инспекција ('генерални инспекторат'), чиме би се смањили и трошкови унутрашње организације. Међутим, овде се појављује питање вертикалне координације, нарочито чињеница да је кључна карактеристика инспекција стручност и специјализација у одређеној области, што би са друге стране могло довести до концентрације моћи у једном органу. Стога се ипак чини да је боље размотрити адекватнију хоризонталну координацију различитих органа тржишног надзора, што је уосталом и циљ Закона о тржишном надзору, као и развити модел вертикалне координације унутар сваке инспекције, укључујући и органе локалне самоуправе ако су им поверене одређене делатности.

У члану 147 ст. 1 Закона о заштити потрошача методом таксације су прецизно утврђена министарства која врше надзор над применом овог закона.[58] Окупивши чак десет министарстава, чини се да је Закон о

54 Законом о комуналној полицији (*Службени гласник РС*, бр. 51/2009).

55 Зорица Урошевић, „Локална самоуправа, инспекцијски надзор и комунална полиција", *Правни живот*, бр. 11/2009, стр. 171.

56 Закон о заштити потрошача из 2005. предвиђао је надлежност органа инспекцијског надзора локалне смоуправе преко комуналних инспектора (чл. 72).

57 Доступно на адреси: *http://en.poland.gov.pl/Consumer,protection,6376.html*, 20.3.2012.

58 То су: 1) Министарство (*ресорно министарство је Министарство пољопривреде, трговине, шумарства и водопривреде*), 2) министарство надлежно за послове туризма, 3) министарство надлежно за послове здравља, 4) министарство надлежно за послове пољопривреде, шумарства и водопривреде, 5) министарство

заштити потрошача био шампион домаће легислативе, до доношења Закона о тржишном надзору. Поменути члан је сва наведена министарства поставио у исти ранг, без издвајања ресорног министарства и тржишне инспекције као доминантне. Овакво решење довело је до недоумице у спровођењу Закона о заштити потрошача у пракси, а не одговара стварности и корпусу материјалних и процесних норми овог Закона. Сразмерно је мали простор за деловање осталих инспекција, управо због доминантног положаја Тржишне инспекције која, од укупно 50 прекршаја, може покренути прекршајни поступак у више од четрдесет прекршаја. Није јасно да ли пољопривредна, водопривредна, инспекција за заштиту животне средине, саобраћајна и грађевинска инспекција имају самосталну могућност покретања овог поступка.

Стари Закон о заштити потрошача из 2005. године био је у том погледу јаснији, јер је у чл. 71 ст. 1 јасно истакао да надзор над применом закона врши ресорно инистарство, а тек у трећем ставу овог члана било је прописано да инспекцијски надзор над применом закона врше и друга министарства која, како проистиче из такве регулативе, имају акцесоран положај према ресорном министарству као основном надзорном органу. Шта је „одговарајућа област" познато је из других закона и подзаконских прописа и то би требало да је најбоље познато самим инспекторима. Међутим, инспектори као професионалци требало би најбоље да познају оквире свог делокруга и деловања, тако да чињеница да је претходни закон садржао јасније решење од важећег, ипак није непремостива препрека за деловање у одговарајућој области.

Штавише, акт Тржишне инспекције о унутрашњој организацији послова, донет на основу чл. 8 Закона о Министарствима који уређује надлежност Министарства пољопривреде, трговине, шумарства и водопривреде,[59] наглашава да је један од послова инспекцијског наздора „инспекцијски надзор над применом закона и других прописа којима се уређује *заштита потрошача*", што би могло да отклони недоумице о примарној надлежности Тржишне инспекције. Сектор Тржишне инспекције обавља послове инспекцијског надзора над применом за-

надлежно за послове енергетике, 6) министарство надлежно за послове саобраћаја, 7) министарство надлежно за послове телекомуникација, 8) министарство надлежно за послове планирања и грађевинарства, 9) министарство надлежно за послове животне средине и 10) министарство надлежно за послове финансија.

59 Закон о министарствима (*Службени гласник РС*, бр. 16/2011). Између осталог, ово министарство обавља послове државне управе који се односе на: промет робе и услуга; праћење укупних трговинских токова и предлагање одговарајућих мера; контролу квалитета индустријско – непрехрамбених производа у производњи и промету; контролу услуга; контролу мерила и мерних јединица, контролу знака квалитета и ознаке порекла производа; снабдевеност тржишта и цене; спречавање монополског положаја и нелојалне конкуренције; заштиту потрошача; инспекцијски надзор у области трговине.

кона и других прописа којима се уређује заштита потрошача. У акту о унутрашњој организацији послова,[60] надлежност Тржишне инспекције исказана је као „*инспекцијски надзор над применом закона и других прописа којима се уредјује заштита потрошача*".

Законом о трговини је установљено начело међусобне сарадње у вршењу инспекцијског надзора.[61] У пословима тржишног надзора сви надлежни државни органи и имаоци јавних овлашћења дужни су да међусобно сарађују, а надзор над његовом применом спроводи министарство надлежно за послове трговине, као и други државни органи у складу са својим делокругом утврђеним посебним прописима. Прописано је да инспекцијски надзор над применом тог закона, као и прописа донетих на основу њега врше: 1) министарство трговине преко тржишних инспектора, 2) јединице локалне самоуправе, преко комуналних инспектора, у делу надзора над трговином ван продајног објекта и 3) други државни органи у складу са својим делокругом, према посебним прописима.[62]

Надзор над применом Закона о оглашавању[63] врше: 1) министарство надлежно за трговину, за туризам; 2) за послове здравља (над применом одредаба којима се уређује оглашавање лекова и медицинских средстава, лекара и лекарских услуга); 3) орган јединице локалне самоуправе надлежан за комуналне послове; 4) независна организација основана у области радиодифузије.

Без обзира на јасне надлежности појединих органа, пре свега инспекција, у пракси се могу појавити ситуације конкурентне или комплементарне надлежности. Иако је прву ситуацију, начелно, могуће отклонити јасним дефинисањем надлежности, што је у домену тржишног надзора у вези са дефинисаним производима предвиђено Законом о тржишном надзору *ad rem*,[64] питање комплементарних надлежности подразумева установљење *координационог механизма*, најчешће у облику координационог комитета или заједничког тела попут генералног инспектората, савета за безбедност производа[65] и сл. Циљ оваквог тела био би да се стара о надлежностима примарних органа (најчешће тржишна инспекција) и осталих органа надлежних у погледу појединих добара, услуга или тржишта, с циљем да се избегне дуплирање обавеза и спроведе у дело принцип интегрисаног надзора. Добар скорашњи

60 Доступно на адреси: *http://www.nis.okrug.gov.rs/srl/Trzisna-inspekcija-8-c24-content.htm*, 20.3.2012.

61 Закон о трговини, чл. 10 и чл. 53 ст. 1.

62 Чл. 54 ст. 1.

63 Закон о оглашавању (*Службени гласник РС*, бр. 79/05).

64 Чл. 6 „Органи тржишног надзора и област надзора".

65 Закон о тржишном надзору, чл. 26.

пример из наше праксе су решења уведена изменама и допунама Закона о биоцидним производима[66] и Закона о хемикалијама.[67] Сходно чл. 50 ст. 2 Закона о биоцидним производима, инспекцијски надзор врши министарство надлежно за заштиту животне средине преко инспектора за заштиту животне средине, министарство надлежно за послове здравља преко санитарних инспектора и министарство надлежно за послове трговине преко тржишних инспектора. Наведене инспекције међусобно сарађују, односно међусобно се извештавају о предузетим мерама, размењују информације, пружају непосредну помоћ и предузимају заједничке мере и активности значајне за спровођење надзора Министарства споразумом образују заједничко тело ради обављања послова инспекцијског надзора, у складу са прописима којима се уређује државна управа. Споразумом се уређују и питања програмирања инспекцијског надзора (члан 50а ст. 1 и 3 Закона о биоцидним производима).[68]

Обзиром да Закон о тржишном надзору настоји да уреди надлежности и поступак деловања инспекција које су одговорне за безбедност производа и царинских органа, као и на чињеницу да је Закон о заштити потрошача предвидео постојање Националног савета за заштиту потрошача (чл. 126) поставља се питање да ли би ово тело могло бити ефикасно координационо тело и да ли би у његовој надлежности било питање планирања и спровођења надзора над тржиштем са једнаким фокусом на заштити безбедности и економских интереса потрошача? По свему судећи не, јер иако би требало да га чине представници министарстава, других државних органа, удружења за заштиту потрошача, привредних и професионалних комора и других учесника, као и независни стручњаци из праксе, реч је о '*policy*' форуму. Чак и уколико се предвиди да се надлежности Одељења за заштиту потрошача примарно односе на заштиту економских интереса потрошача (како се то, тренутно, доима) поставља се питање усклађивања политике заштите потрошача у домену општег режима потрошачких уговора, али и услуга, па с тим у вези треба указати на нужност да се (независне) јавне агенције и Народна банка Србије активно укључе у рад таквог тела, односно Оделења. То, другим речима, значи да је неопходно размотрити институционални положај и овлашћења Одељења за заштиту потрошача и одредити одговарајући оквир, онај који би најбоље одговарао постојећем стању, а у складу са искуствима земаља нама сличних друштвено-економских прилика.

---

66 Закон о биоцидним производима (*Службени ɪласник РС*, бр. 36/2009, 88/2010 и 92/2011).

67 Закон о хемикалијама (*Службени ɪласник РС*, бр. 36/2009, 88/2010 и 92/2011).

68 Истоветне одредбе садржи и Закон о хемикалијама у чл. 86 и 88.

IV Закључак

Тржишни надзор је облик управног надзора над законитошћу неауторитативних активности који врше државни органи, изузетно и одређени ндржавни субјекти којима су поверена јавна овлашћења.[69] Иако ауторитативна (управна) овлашћења карактеришу традиционални инспекцијски надзор, специфичност тржишног наздора је у томе што се велики значај придаје другим методима и инструментима регулације. Стварање правог тржишног наздора као надзора над тржиштем подразумева промену парадигме улоге државе и извора права.[70] Уместо негативне перцепције државе као полицајца, регулаторна улога надлежних органа мора бити више 'партнерска'.[71] Иако државни органи и даље задржавају мач принуде, проактиван приступ надзору и сарадња са регулисаним субјектима и потрошачима, као и што већа транспарентност у раду, управо подразумевају да парадигма контролно-корективног рада државних органа мора бити замењена парадигмом модерне регулаторне улоге државе, регулације као подељене функције.[72] Посматрано из угла регулаторне стратегије, провере инфраструктуре квалитета и усаглашености пословања представљају облик метарегулације, односно спољне регулације саморегулације, док из угла регулаторне технике представљају облик регулације перформанси (*performance-based regulation*).[73] Надлежни државни органи проверавају оно што је задатак провере акредитованих приватних тела, што појефтињује трошкове инспекцијског надзора. Међутим, приоритизација ризика на којој је заснован модеран тржишни надзор с циљем заштите права на безбедност носи са собом и већи алиби државним органима, уколико се ризик по здравље и живот потрошача материјализује.

69 Устав Републике Србије, чл. 137 ст. 2 „Поверавање јавних овлашћења".

70 Antoine Pirovano, *Changement Social et Droit Negocié*, Economica, Paris, 1988.

71 W. Kahl, *нав. дело*, стр. 347–472.

72 Gerard Marcou, „Introduction": Gerard Marcou, Franck Moderne, *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, Paris, 2005, стр. 21.

73 Cary Coglianese, David Lazer, „Management-Based Regulation: Prescribing Private Management to Achieve Public Goals", *Law and Society Review*, Vol. 37, No. 4/2003, стр. 691–730.

***Tatjana* JOVANIĆ, PhD, LL.M.**
Assistant Professor at the Faculty of Law, University of Belgrade

CONSUMER PROTECTION AS THE OUTCOME OF MARKET SUREVEILLANCE

Right to safety is one of the basic consumer rights. Some other rights, such as right to information, education, clean environment, are in the function of the realisation of this consumer right. As our legislator aims to harmonise the regulatory regime of consumer protection with the EU legislation in the domain of protection of safety and health, this paper briefly addresses the normative framework of market surveillance in the EU and components of the process of market surveillance, and subsequently points to some issues related to the institutional framework and competences of market surveillance competent bodies in the context of the enforcement of consumer rights. The set-up of a stable system of market surveillance as surveillance over the market assumes a shift in the paradigm of the regulatory role of a state, methods of regulation as a public private partnership and must be based on real potentials of our country and clear competences of those exercising them, in line with best experiences in market surveillance from a comparative perspective.

Key words: *consumer protection, market surveillance, product safety, inspection, quality infrastructure.*

др *Владимир* ВУЛЕТИЋ
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

ОДГОВОРНОСТ ПРОИЗВОЂАЧА СТВАРИ СА НЕДОСТАТКОМ: УТИЦАЈ И ДОПРИНОС РИМСКОГ ПРАВА НА САВРЕМЕНА РЕШЕЊА*

Резиме

Предмет овог чланка је анализа досадашњих решења у домену одговорности произвођача ствари са недостатком у упоредном и српском праву, уз посебан осврт на решење у Закону о заштити потрошача из 2010. године.

Истовремено, аутор настоји да покаже значајан допринос римског права развоју овог института у целини, акцентујући домете класичног и Јустинијановог права.

Критички следећи европску Директиву о одговорности произвођача ствари са недостатком 85/374/ЕЕС (1999/34/ЕС) и наш одговарајући закон из 2005. године, аутор се залаже за приступ опрезног и критичког транспоновања европских прописа у наш правни систем. У том погледу, поздравља одлуку српског законодавца да у Закон о заштити потрошача уврсти решења из Закона о облигационим односима, истовремено баштинећи и тековине римског права.

Кључне речи: *производ са недостатком, Закон о заштити потрошача, Римско право, Директива 85/374/ЕЕС (1999/34/ЕС), Закон о облигационим односима.*

---

* Овај чланак је настао као резултат истраживања у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ (правни, економски, политички и социолошки аспекти)“.

I Увод

Након што је Влада Републике Србије крајем 2009. године дала на јавну расправу тескт нацрта, Народна скупштина Републике Србије је донела 2010. године Закон о заштити потрошача.[1] Тиме су окончани вишегодишњи напори да се у сфери потрошачког права уреди, попут сличних искустава у Француској и Италији, прилично широк круг јавноправних и приватноправних питања.[2] Правни основ за доношење овог закона нађен је у уставној одредби која прописује да Република Србија штити потрошаче, посебно забрањујући радње усмерене против здравља, безбедности и приватности потрошача, као и све нечасне радње на тржишту.[3]

Истовремено предлагач закона је стао на становиште о неопходности усаглашавања домаћег законодавства са регулативама ЕУ, позивајући се на Закон о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране.[4]

Следствено овоме у текст закона уграђено је 15 најважнијих директива ЕУ посвећених заштити потрошача, међу којима и Директива 98/6 ЕС о истицању цена, Директива 85/577 ЕСС о продаји ван пословних просторија, Директива 97/ЕС о продаји на даљину, Директива

1 Закон о заштити потрошача (ЗЗП) – *Службени гласник Рейублике Србије*, бр. 73/10.

2 Први покушај да домаћи законодавац уреди ово поље неуспешно је окончан 2005. године, доношењем Закона о заштити потрошача. Међутим, како је овај закон дословно и често без осећаја за домаће прилике само транспоновао већи број директива Европске уније из ове области, готово да се не може ни говорити о његовој практичној примени. Штавише, тешко је утврдити судску праксу која се ослања на текст Закона из 2005. године.

3 Чл. 90, Устава Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 83/06.

4 Чл. 78, Закона о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране, *Службени гласник РС*, 83/08: „Уговорне стране ће сарађивати како би усагласиле стандарде заштите потрошача у Србији са стандардима у Заједници. Делотворна заштита потрошача је нужна како би се обезбедило ваљано функционисање тржишне економије и та заштита ће зависити од развоја административне инфраструктуре ради обезбеђења надзора над тржиштем и спровођења закона у овој области. У том циљу, а у њиховом заједничком интересу, стране ће обезбедити: политику активне заштите потрошача у складу са комунитарним правом, укључујући већи информисаност и развој независних организација; усклађивање законодавства о заштити потрошача у Србији са заштитом која је на снази у заједници; делотворну правну заштиту потрошача ради побољшања квалитета потрошачке робе и одржавање одговарајућих стандарда безбедности; надзор над спровођењем правила од стране надлежних органа и омогућавање приступа правди у случају спора; размена информација о опасним стварима.“

93/13 ЕСС о неправичним уговорним одредбама у потрошачким уговорима, Директива 99/44 ЕС о продаји потрошачке робе и пратећим гаранцијама.[5]

Законом су заштићена основна права потрошача, у првом реду, задовољавање основних потреба (доступност најнужнијих производа и услуга), безбедност, обавештеност, избор између више роба и услуга, образовање, здрава и одржива средина, механизми судске и вансудске заштите.[6] Посебна пажња посвећена је одговорности произвођача ствари са недостатком, транспоновањем одговарајуће директиве Уније, као и осврту на Закон о облигационим односима.

У основи, ово питање побуђује нашу додатну пажњу, имајући у виду историјат и развој ове врсте одговорности у државама Европске уније и Србије. Чини се да је домаћи законодавац дуго лутао у покушају да ваљано дефинише и уреди ову област. Почев од некритичког и догматског транспоновања надлежне директиве у један лош и неупотребљив закон, до занемиравања решења у Закону о облигационим односима, који је још 1978. године засебно регулисао ово питање. Може се рећи да је тек доношењем Закона о заштити потрошача из 2010. године, законодавац поступио по идејама Радне групе предлагача које су истицале важност традиције, српске правне засебности и ЗОО, као општег закона за ову област.

Међутим, намера нам је да, истичући допринос Закона о облигационим односима, посебну пажњу посветимо утицају и доприносу римског права, које темељи и инспирише и наш ЗОО и европско приватно право. Анализом тог доприноса модерним решењима, тежимо да још једном истакнемо другу младост римског права, која је све актуелнија у расправама о постизању заједничког европског приватноправног оквира.

II Улога римског права

Римско право је свеобухватно и прецизно дефинисало одговорност продавца ствари за скривене фактичке мане. Улогом курулских едила, уведена су и посебна средства заштите купца (*actio redhibitoria, actio quanti minoris*), која су у доброј мери послужила као основ за мо-

5 Directive 98/6 EC on consumer protection in the indication of the prices of products offered to consumers; Directive 85/577/EEC to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises; Directive 97/7/EC on the protection of consumers in respect of distance contracts; Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts; Directive 1999/44/EC on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees.

6 Чл. 2, ЗЗП.

дерна решења садржана у нашем ЗОО. Ризница римских решења су Јустинијанова Дигеста, у којима су садржани петнаест опширних и прегледних фрагмената под заједничким насловом „*De aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris*".

Тако су Едили су предвидели да на трговима и пијацама, на којима они имају надлежност, продавци робова или стоке, морају у моменту продаје стипулисати све посебне физичке недостатке ствари, и да стипулацијом изјаве да нема других недостатака осим оних пријављених. Едили су, желећи да узму у заштиту купце, који су најчешће пуноправни римски грађани робовласници, наредили да продавац мора обесити једну таблу робу о врат. На тој табли треба да буду написани сви евентуални недостаци, као и да роб буде обележен уобичајеним знацима за поједине карактеристике робова.[7] Ова стипулација називана је *stipulatio duplae*, имајући у виду чињеницу да је често закључивана истовремено са стипулацијом која установљава и одговорност за евикцију.[8]

Продавчева гаранција на основу стипулације омогућава купцу да подигне *actio ex stipulatu* уколико наводи из стипулације нису истинити. Продавац, међутим, није у изричитој обавези да поступи по захтеву купца и обавеже се стипулацијом. Тада има основа за сумњу, ако продавац одбије да гарантује стипулацијом, да можда са робом нешто није у реду. Из тог разлога, купцу је дато право да у року од два месеца подигне *actio redhibitoria* за повраћај новца уз истовремено враћање купљеног роба:

„Када продавац одбије да дâ стипулацију у вези са питањима поменутим у едилском Едикту, они омогућавају подизање редхибиторне тужбе за повраћај ствари у року до два месеца, или, у зависности од купчевог интереса у року до шест месеци."[9]

Подизање редхибиторне тужбе за раскид уговора и повраћај цене услед ствари са недостатком могуће је када продавац намерно или без намере не саопшти јавно мане које је обавезан да нагласи, када изричито тврди (*dictum*),[10] или стипулацијом обећа (*promissum*) да роб нема других мана или има одређене особине.[11] И у овом, као и у случају *actio*

7 D. 21. 1. 1. 1. (*Ulpianus libro primo ad edictum aedilium curulium*).

8 Ипак, она није омогућавала двоструку накнаду штете, већ само накнаду за фактички претрпљену штету (*id quod interest*), D. J. Joubert, *General principles of the Law at Contract*, Cape Town, 1987, стр. 458, M. Horvat *Rimsko pravo II*, Zagreb, 1954, 93.

9 D. 21. 1. 28. (*Gaius libro primo ad edictum aedilium curulium*) „*Si venditor de his quae edicto aedilium continentur non caveat, pollicentur adversus eum redhibendi iudicium intra duos menses emptoris intersit intra six menses.*"

10 D. 17. 2. 4 (*Modestinus libro tertio regularum*).

11 M. Kaser, *Das Römische Privaterecht, erster abschnitt (das altrömische, das vorklassische und klassische recht*, München, 1954, стр. 405, односно ако би се за роба испоставило да има неку од мана помињаних у едикту које продавац није поменуо, ако је ква-

quanti minoris, потпуно је небитно да ли је продавац лажне исказе давао или мане прикривао намерно или не. Његова је одговорност објективна, јер се полази од необориве претпоставке (*praesumptio iuris et de iure*) да сваки продавац познаје особине ствари коју продаје.[12]

Дејство *actio redhibtoria* се у класичном праву, изгледа, приближава дејству повратка у пређашње стање (*restitutio in integrum*), што потврђује Јулијан:

„Јулијан каже да пресуда у случају редхибиторне тужбе за повраћај ствари, враћа обе стране, то јест и продаваца и купца у потпуности у претходно стање.“[13]

Важну околност представља обавеза продавца да, према наредби едила, стипулацијом дâ гаранције купцу да су сви његови наводи о квалитетима роба истинити и да роб нема никаквих других недостатака, осим оних исписаних на табли. На тај начин предвиђена је субјективна одговорност продавца ствари са недостатком. За свакуману, која би се показала у одговарајућем року, а која није истакнута од стране продавца, он би одговарао и купац би могао да подигне тужбу за повраћај ствари и накнаду евентуалне штете.

До времена Јустинијана, прибегло се постепеном проширењу ове одговорности и коришћењу одговарајућих тужби и на продају земље и све врсте робе.[14] Ограничен опсег заштите купца, утврђен едилским

литет који је ирилито гарантован био одсустан, или је нека мана чије је одсуство гарантовано ипак присутна, A. Pernice (1867), стр. 244.

12 F. de Zulueta, *Roman Law of Sales*, Oxford Clarendom Press, 1945, стр. 50; R. Zimmermann, *Liability for Non-Conformity*, University College, Dublin, 2003, стр. 422.

13 D. 21. 1. 23. 7. (*Ulpianus libro primo ad edictum aedilium curulium*) „*Iulianus ait iudicium redhibitoriae actionis utrumqe, id est venditorem et emptorem, quadammodo in integrum restituere debere.*“

14 Опште узев, у литератури постоји опрез у вези са могућношћу проширења деловања ових тужби пре Јустинијана. Тако Цуљета: „проширење је можда извршено пре Јустинијанове кодификације“. В.: F. de Zulueta, *нав. дело*, стр. 49. Николас: „потпуно проширење заокружио је Јустинијан“. В.: Nicholas, *An Introduction to Roman Law*, Oxford, 1962, стр. 182. Бакленд: „једино је јасно да се текстови у Дигестама односе на све врсте продаје, укључујући и продају земље“. В.: W. Buckland, *A Text – Book of Roman Law from Augustus to Iustinian*, Cambridge, 1921, стр. 492–493. Роџерсон: „проширење у класичном римском праву изван тргова контролишу едили, али вероватно не шире од продаје робова и животиња“. В.: A. Rogerson, „Implied Warranty Against Latent Defect in Roman and English Law“, *Studies in the Roman Law of Sale dedicated to the Memory of Francisde Zulueta*, Oxford, 1959, стр. 117. Међутим, има и супротних ставова, нпр. Онорево, који тврди да је *actio empti* преузео едилске правне лекове у класичном периоду. В.: T. Honoré, „The History of the Aedilitian Actions from Roman to Roman-Dutch Law“, *Studies in the Roman Law of Sale dedicated to the Memory of Francis de Zulueta*, Oxford, 1966, стр. 143–144.

едиктом, чак и да је постепено проширен до времена Јустинијана, има несумњив значај, који се састоји у следећем.

Прво, едикт се на почетку примењивао само на продају на трговима и пијацама у надлежности едила, а када је његово поље примене проширено, читав уговор о продаји постао је подложан овим изменама, док имплициране гаранције нису биле применљиве на друге уговоре. Комерцијално важне трансакције, које нису биле подведене под уговор о продаји, као што су продаја генеричке робе из неодређене масе (углавном су то уговори о продаји будуће испоруке[15]) које су, изгледа, формиране помоћу стипулација, подразумевала су одговорност продавца само и увек за изричито гарантоване услове испоруке робе и нису се могли проширити у погледу објективизиране одговорности продавца.

Друго, имплицирана гаранција се примењивала само на скривене недостатке ствари јер је постојала претпоставка оличена у начелу *caveat emptor*, да је купац при пијачној продаји могао да се заштити од очигледних недостатака пажљиво гледајући робу пре куповине. Виђење да би купац морао бити одговоран за пажљиво разгледање ствари коју купује, већ у класичном праву поприма дугачије обележје. Латентни недостаци ствари и обавеза купца да их јавно истакне, основ су за став да је већ у овом периоду успостављено начело *caveat venditor*.

Треће, редхибиторна тужба услед кршења имплицираних гаранција наметнутих од стране едила, била је ограничена на губитак вредности робе услед недостатка. Изгубљена добит за дефектну робу није била обухваћена едилским правним средствима, мада су очигледно она била на располагању за друга кршења уговора од стране продавца (нрп. неиспоручивање или кашњење у испоруци робе).

Међутим, слика заштите права купца ни овим није употпуњена. Приметно је да се *actio de modo agri* може подићи само против оног продавца, који је тврдио да је површина земљишта које продаје већа од стварне. Правна средства курулских едила *actio redhibitoria* и *actio quanti minoris aestimatoria*, важила су, бар у класичном праву, за продају стоке и робова, а и била су ограничена само на пијачне послове.

Са друге стране, *actio empti* имала је врло широко поље деловања, али поново уз једно важно ограничење: услов је био доказати продавчев *dolus*, што понекад није било ни мало једноставно. Да би купац заиста могао бити обезбеђен на широкој основи, једино је могао да захтева од продавца изричите гаранције (*dicta et promissa*) за квалитет робе коју продаје.

15 Наравно, уговор о продаји је могао да регулише и одређене ситуације продаје будуће ствари и то треба разликовати од продаје будуће испоруке ствари.

Премда има ставова да је ово крајњи домет класичне римске јуриспруденције, коју је успешно допунило тек Јустинијаново право,[16] ове оцене би можда могле бити подложне критици. Делује да је већ у класичном праву учињен један важан, можда и кључни корак који је употпунио заштиту права купца до оног нивоа којем се тешко нешто може додати.

У прилог овоме, може послужити један Помпонијев текст из Дигеста:

„Ако ми продаш пловило било које врсте и тврдиш да има одређену запремину или одређену тежину, а има недостатке у било ком аспекту, ја могу да подигнем тужбу из куповине против тебе. Али, ако ми продаш вазу и гарантујеш да је савршена, а испостави се другачије, мораш ми надокнадити губитак који сам могао претрпети због тога. Али, ако се не подразумева да гарантујеш да је савршена, онда ћеш бити одговоран само за превару. Лабеон има другачије мишљење и верује да треба сматрати да страна мора да гарантује да је ваза савршена, ако другачије није било договорено, и ово мишљење је исправно. Миниције каже да је Сабин навео као своје мишљење да слична гаранција треба да се подразумева у случају да су бурићи унајмљени.“[17]

Лабеонов став у овом фрагменту о исправности пловила које се продаје, указује, чини се, да римско традиционално схватање полази од тога да је продавац одговоран само уколико је код њега постојала зла намера, односно знање да пловило није потпуно и читаво исправно. Међутим, из овог текста се, изгледа, види да Лабеон не инсистира на

16 Тако Бети сматра да је једино што купац може учинити у класичном праву алтернација едилских тужби или инсистирање на *dicta et promissa* у одређеним случајевима. В.: E. Betti, „Gefahrtragung bei zweiseitung verpflichenden Verträgen“, *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtgeschichte*, бр. 82/1965, стр. 455. Перниће наводи да су се промене одиграле тек у Јустинијаново време, тако да се едилска правила тада примењују на све случајеве продаје и да је продавац одговоран и без закључивања стипулације којом гарантује квалитет ствари, а осуда услед *actio redhibitoria* гласи *in duplum*. В.: A. Pernice (1873), стр. 442. Тако и Хорват: „У Јустинијановом праву протегнуто је едилско јамство за купње свих ствари, а не само робова и животиња као у класичном праву.“ В.: M. Horvat (1954), стр. 94. Мекинтош је нешто опрезнији, иако и сам на овој линији, па наводи постепено мењање правила едикта курулског едила, која своју потпуну промену доживљава у Јустинијановом праву. В.: J. Mackintosh, стр. 389.

17 D.19.1.6.4. (*Pomponius libro nono ad Sabinum*) „*Si vas aliquod mihi vendideris et dixeris certam mensuram capere vel certum pondus habere, ex empto tecum agam, si minus praestes. sed si vas mihi vendideris ita, ut adfirmares integrum, si id integrum non sit, etiam id, quod eo nominee perdiderim, praestalis mihi: si vero non id actum sit, ut integrum praestes, dolum malum dumtaxat praestare te debere Labeo contra putat et illud solum observandum, ut, nisi in contrarium id actum sit, omimundo integrum praestari debeat: et est verum quod in locates doliis praestandum Sabinum respondisse Minicius refert*“.

изричитој гаранцији *dicta et promissa*. Продавац, према њему, не мора да дâ гаранцију да је пловило подобно за употребу; напротив, уколико жели да не буде одговоран за неисправност пловила, мора посебно искључити своју новчану обавезу која би, и према Јулијану,[18] била условљена са *actio quanti minoris aestimatoria*. Дакле, изгледа како је продавац у начелу одговоран *за све недоста̄тке, чак и за оне скривене, за које није ни знао да по̄сто̄је*. Једини начин да ограничи своју одговорност је изричит исказ да не одговара за неки потенцијални недостатак.

Међутим, делује да се јасно види да се уместо овог едилског правног средства користи *actio empti*. То је потврђено и текстом о продаји одеће за коју се испостави да је обнављана а не нова,[19] па се и том случају већ потпуно отворено користи *actio empti*.

Ово је јасан показатељ у ком правцу је деловало класично римско право. Тамо где су остала процесна средства показивала недостатке у примени или при доказивању купчевог права заштите, класична римска јуриспруденција реаговала је елегантно: искористила је клаузулу *ex fide bona* да би проширила дејство *actio empti*. Наиме, позивајући се на ову клаузулу, купац није морао више да доказује долозност продавца, него је процес био потпуно обрнут: продавац је тај који је у обавези да искључи своју одговорност, тако што ће изричито негирати све недостатке ствари, било да су видљиви или латентни.

То није све. Продавац је сада одговоран чак и за оне недостатке за које ни знао, што његову одговорност објективизира а купца поставља у неупоредиво бољи положај него раније. Ово проширење заштите права купца било је изводљиво управо уз помоћ *actio empti* и њеног „мотора" – клаузуле „*ex fide bona*".

Ова тужба је сада могла да конзумира све остала правна средства, чак и она која су, временом застарела, и да се користи у најразличитијим ситуацијама, увек уз позивање на *bona fides*. Овакво проширење ју је начинило процесним средством „широког спектра". Све се ово дешава у време класичног римског права.[20]

---

18 D. 19. 1. 13. (*Ipianus libro 32 ad edictum*): „*...aut enim, qui peas morbosum aut tiguum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem emptoris, si id ita esse scissem: si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei: sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morbosi pectoris perierunt quod interfuit idonea venisse erit praestandum.*"

19 D. 18. 1. 45. (*Marcianus libro quarto regularum*).

20 Када су се ове промене догодиле, не може се са сигурношћу утврдити. Тешко је веровати да класично право ту ништа није допринело и да је стипулација била обавезна све до Јустинијана. Зато више привлачи мишљење да је то дело класичних правника. В.: D. Stojčević, *Rimsko privatno pravo*, Beograd, 1975, стр. 263. Казер,

Околност, не мало важна, говори у прилог чињеници да су одредбе едилског едикта постепено све више налазиле место у *ius civile*-у. Развој привреде, тржишне економије, укупна растућа сложеност економског живота у Риму, утицала је тако да све је мање било оправдања за примену правила *caveat emptor*.

Већ је постојала стандардна пракса додавања изричитих гаранција за квалитет робе при продаји, што ће, веома брзо, постати општа пракса, не само на пијацама.[21] Осим тога, едилска правила нудила су врло разумна решења која су учени правници обилато користили не би ли објективну потребу веће заштите купца, учинили изражајнијом. Њихов баланс је представљао значајну врлину: продавчева је одговорност, са једне стране, била проширена услед *actio empti*, а, са друге стране, купац је могао да захтева пуну накнаду штете (*quod interest*). Не мање битно је и то што је њихово поље примене било везано за претежно физичке недостатке ствари, чак и оне латентне и оне за чије постојање продавац не зна. Посебно место у овом систему заштите права купца има проширење *actio empti* на основу клаузуле *ex fide bona*, што га је употпунило и учинило свеобухватним.

такође, инсистира на томе да већ у класичном праву постоји енергичан напор да се успоставио општа новчана обавеза продавца за латентне физичке мане ствари. В.: M. Kaser, *нав. дело*, стр. 409. У прилог томе говори и Цуљуета, који наводи да су у тренуцима када су форме других тужби биле застареле сматрано да су покривене са *actio empti*. Тако он објашњава да ће у Јустинијановом праву само да се потврди интенција класичне јуриспруденције о *actio empti*. И *actio redhibitoria* која укључује и *restitutio in integrum* у року од шест месеци (*tempus utile*) и *actio quanti minoris* која се мора подићи у року од *annus utilis*, своје место уступају имплицитно већ у класичном праву, а у Јустинијановом експлицитно *actio empti*. В.: F. de Zulueta, *нав. дело*, стр. 48. Исто и H. J. Roby, *Roman Private Law in the Times of Cicero and of the Antonines*, Cambridge, 1902, стр. 222–223. Цимерман ово потврђује, цитирајући још један фрагмент из Дигеста (D.18.1.45 који се бави продајом одеће за коју се ипоставило да је обнављана а не нова, тако да купац подизањем *actio empti* може постићи смањење куповне цене), па износи мишљење да су едилска средства функционисала „под маском" *actio empti*. В.: R. Zimermmann, *The Law of Obligations – Roman Foundations on Civilian Traditions*, Oxford University Press, 1995, стр. 321. Бехман, очигледно суштински на истој доктринарној линији, верује да су временом хонорарна правна средства курулских едила прихваћена као *ius civile*, јер је било све мање оправдања за доследно придржавање правила *caveat emptor*. В.: A. Bechman, *Der Kauf nach gemeinem Romische Recht*, Weimar, 1876, стр. 266. Цуљуета ова правна средства види као добро избалансирана уз *actio empti*, јер намећу проширену одговорност продавцу и добијају статус *naturalia negotii*. В.: F. de Zulueta, *нав. дело*, стр. 51, док Цимерман закључује да су *actio redhibitoria* и *actio quanti minoris* уневши „*oportere ex fide bona*" за *actio empti*, заиста, не само проширили њено поље деловања, већ у великој мери учинили да заштита права купца услед ове тужбе буде потпуна и изражајна. В.: R. Zimermmann, *нав. дело*, стр. 322.

21 Таква пракса ће толико постати стандардна да ће изгубити статус *accidentalia negotii* и добити нови – *naturalia negotii*. В.: R. Zimermmann, *нав. дело*, стр. 321.

Степеновање одговорности, а самим тим и новчане обавезе продавца такође су омогућила ова правна средства, о чему нам сведочи Јулијан.[22] Он јасно разликује несавесног од савесног продавца. Први је одговоран за *omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit*, док је други одговоран само за *quanti minoris*.[23]

Делује да су гаранције за латенетне дефекте фактички биле имплициране у уговору о продаји, чак и у ситуацијама у којима продавац, видели смо, није знао за постојање тих недостатака, односно, уколико је поступао долозно. Овакво решење, чини се, дугује се проширеној функцији *actio empti*.

Јустинијану заиста није остало много шта да учини. Класично право му је омогућило прокрчен пут који је он само требао да следи. Све је било ту: и *actio redhibitoria*, уколико је купчева намера да раскине уговор и *actio quanti minoris aestimatoria*, уколико жели да га одржи на снази уз сразмерни повраћај новца и проширено дејство *actio empti* за све случајеве латентних дефеката, па чак и за одређене случајеве које су решавала едилска средства. Неко би, можда, очекивао да Јустинијан укине едилска средства јер је *actio empti* „преузимала" у великој мери и њихову надлежност, али то се није догодило. Напротив, она су, не само задржана, него су њихова надлежност и обим примене проширени и изван продаје робова и стоке, на све случајеве продаје ствари. Битна околност је постепено објективизирање продавчеве одговорности за ствар са латентним недостаком. Не само да купац више није морао да се пази приликом куповине, не само да није сносио одговорност за манљиву ствар, него је та одговорност у потпуности прешла на продавца. Међутим, права улога римског права је у проширеном дејству опште тужбе из продаје. Постићи ниво одговорности продавца при којем он одговара чак и за оне недостаке ствари за које није ни знао (а камоли стипулисао) корак је вредан сваке пажње. Тим пре што је наш законодавац правио грешке не користећи оно што му је већ било дато – ризницу римског права и Закон о облигационим односима који се на њему темељи.

III Заблуде домаћег законодавца

Још крајем прошлог века европске земље су одлучиле да посвете већу пажњу одговорности произвођача ствари са недостатком. Будући да је крајња карика у ланцу произвођач-продавац-купац, најслабија

22 D. 19. 1. 13. (*Ulpianus libro 32 ad edictum*).

23 *Ibid.*

страна, често недовољно информисана и, по природи, подређена другој страни уговорници, ваљало је регулисати све чешће проблематичне случајеве случајеве стављања у промет ствари са недостатком, од којих су неки познати по својим катастрофалним последицама.[24]

Савет министара ЕУ је, незадовољан стањем у судској пракси,[25] још 1985. године донео Директиву о одговорности произвођача ствари са недостатком, која је 1999. године претрпела амандман.[26] Уведена као мера интерног тржишта Уније према чл. 100. Повеље, није превасходно намењена заштити потрошача, међутим још до почетка овог века ратификована је у свим државама чланицама Уније.[27] У случају *Germany*

24 Надалеко је познат случај тровања леком за смирење у току трудноће Талидомидом (*Thalidomid*), којег је произвела једна фармацеутска компанија у Немачкој. Споредна нежељена дејства овог лека довела су до рађања више хиљада деце без екстремитета. Познати су и случајеви експлозија бојлера са неисправним сигурносним вентилима или неисправних вакцина.

25 У Француској, Белгији и Луксембургу важио је Наполеонов *Code Civile*, у којем је усвојен систем субјективне одговорности за штету, заснован на систему доказане кривице. Међутим, судска пракса је чл. 1383 *Code Civile* протумачила тако да се њиме уводи систем претпостављене кривице. У Италији, Грчкој, Шпанији и Португалији, одговорност за штету од производа пре доношења Директиве се заснивала искључиво на кривици. У Енглеској, Ирској, Немачкој, Данској и Холандији судови су установили претпоставку кривице произвођача ствари са недостатком. На произвођачу, дакле, лежи терет доказивања да није крив. Вид. више у М. Караникић, „Одговорност за штету од производа", *Правни живот*, бр. 10, том 2, 2003, стр. 714–717. Немачко право од произвођача захтева појачани степен пажње, тзв. пажњу професионалца. Купац, следствено овоме, треба само да докаже да је ствар имала недостатак у моменту када ју је произвођач пустио у промет, и тиме ће створити претпоставку произвођачеве кривице. Терет доказивања тиме је на произвођачу, који мора доказати да није крив, нити он, нити његови запослени, K. Zweigert, H. Kötz, *Introduction to comparative law*, Oxford Clarendon Press, 1984; А. Јакшић, С. Стојановић, „Одговорност произвођача за недостатке производа", *Правни живот*, бр. 10/2003, стр. 694–696, Б. Петровић, „Одговорност произвођача стрвари са недостатком", *Правни живот*, бр. 10/2005, стр. 1019–1028.

26 Council Directive 85/374/EEC of Juli 1985 on the approximation of the laws, regulations, and administrative provisions of the Member States concering liability for defective products; amended by Directive 1999/34/EC of the European Parliament and of the Council of 10 May 1999. Доступно на адреси: *http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=380706.*

27 Као несрећни споредни ефекат ове чињенице, Ховелс наводи да одговорност за штету од производа није у оквиру оних директива за које је надлежан Општи директорат за заштиту потрошача (DG-SANCO). Ово је очигледно, истиче он, за жаљење, јер се јасно преклапа са другим директивама под надлежношћу DG-SANCO, пре свега, са Директивом о општој безбедности производа (Директива 2001–95: *OJ* 2002 L 11/4), са којом чини својеврстан систем, јер ова Директива установљава општа правила о спречавању настанка штете, и Директивама о продаји робе (Директива 1999/44: *OJ* 1999 L 171/12) и нефер услову (Директива 1993/13: *OJ* 1993 L 95/29), G.

v. European Parliament and Council,[28] потврђено је да се ова Директива примењује у вези са интерним тржиштем Уније, и може да се активира само тамо где је то потребно да би се елиминисале препреке у трговини и спречавање нарушавања конкуренције. Пре доношења ове директиве владала је деликтна одговорност по основу кривице. Директива је последњи степеник који уводи објективну одговорност за штету.

Одговорност за штету од производа не намеће аутоматски препреке трговини, јер се не постављају специфични захтеви за производе, осим, уопштено, да нису неисправни. Стога се образложење примене Директива мора заснивати на нарушавању конкуренције.

Доношење Директиве о одговорности за штету од производа са недостатком, предвидело је правила за штету која је проузрокована самим производом.[29] Под појмом производа се не укључују оне ствари које произвођач није намењио продаји или другом виду комерцијалног искоришћавања, нити их је произвео или дитрибуирао у оквиру своје редовне професионалне активности.

Директива успоставља објективну одговорност продавца, при којој купац треба да докаже постојање штете, физички недостатак производа и узрочно-последичну везу између недостатка и штете.

Лице одговорно за штету проузроковану манљивим производом је произвођач. Према Директиви[30] под појмом произвођач сматра се:

а) сваки учесник у процесу производње (произвођач финалног производа, сировина, саставних делова),

б) увозник производа са недостатком у Унију, што не ослобађа одговорности произвођача,

в) свако лице које стави своје име, знак или друго дистинктивно обележје на производ, што не ослобађа одговорности произвођача,

г) свако лице које снабдева производом чији се произвођач не може идентификовати, изузев ако у разумном року обавести оштећеног о идентитету произвођача или лица од којег се и само снабдело.

Howels, „Product Liability – A History of Harmonization", *Kluwer Law International*, 2004, стр. 365.

28 C–376/98 (2000) ECR I–8149 (2000).

29 Чл. 2 Директиве 85/374/EEC (1999/34/EC) дефинише производ као индустријски направљену покретну ствар, која може бити инкорпорисана у другу, покретну или непокретну ствар.

30 Чл. 3 Директиве 85/374/EEC (1999/34/EC).

Да ли је неки производ манљив или не, Директива одређује путем тзв. теста потрошачевог очекивања.[31] Тако се дефектним производом сматра онај производ који није безбедан у оној мери у којој је потрошач овлашћен да очекује безбедност, узимајући у обзир све релевантне околности, које су понаособ набројане:[32]

а) начин на који је производ представљен потрошачу, односно начин на који је производ рекламиран,

б) употреба производа која се разумно могла очекивати, и

в) време када је производ пуштен у промет.

Производ се неће сматрати манљивим уколико једини разлог буде што се квалитетнији производ касније појавио на тржишту.[33]

Постојање штете је један од основних услова под којима потрошач може заштити своја права. Под појмом штете Директива подразумева:[34]

а) штету проузроковану смрћу или телесним повредама,

б) штету проузроковану оштећењем или уништењем било које ствари, изузев саме ствари са недостатком, а која износи најмање 500 ECU, под два услова:

1. да је уобичајена намена те ствари приватна употреба или потрошња и
2. да је оштећени претежно користио ту ствар за своје приватне потребе или потрошњу.

Директива нема никаквог утицаја на унутрашње прописе држава-чланица о одговорности за неимовинску штету.[35] Према томе, накнада изгубљене добити није омогућена Директивом, него само накнада стварне штете, што у одређеној мери кореспондира са решењем римског класичног права, које купцу омогућава надокнаду искључиво стварне штете. Ово није једини пример утицаја римског права. Уколико купац (оштећени) докаже да одређени производ поседује физичкуману која је проузроковала претрпљење штете, произвођач је одговоран без обзира на своју кривицу.[36] Овакво постављена објективизирана одговорност произвођача такође, анализирано је, одговара римском решењу, улогом курулских едила и проширењем дејства *actio empti*.

31 М. Караникић, *нав. чланак*, стр. 721.

32 Чл. 6, ст. 1 Директиве 85/374/EEC (1999/34/EC).

33 Чл. 6, ст. 2 Директиве 85/374/EEC (1999/34/EC).

34 Чл. 9 Директиве 85/374/EEC (1999/34/EC).

35 *Ibid.*

36 Он не може да се брани ни доказујући да је треће лице, заједно са недостатком на производу, допринело наступању штете.

Међутим, Директива пружа одређене могућности да се произвођач ослободи одговорности у тачно предвиђеним случајевима:[37]

а) уколико докаже да није он пустио производ у промет;

б) уколико докаже да је недостатак, којим је проузрокована штета, настао након што је производ пуштен у промет, то јест, да производ није поседовао недостатак у часу када је напустио произвођача;

в) уколико докаже да производ није произведен за продају или неку другу врсту дистрибуције у комерцијалне сврхе, нити је произведен или дистрибуиран у оквиру произвођачевог предмета пословања;

г) уколико докаже да је недостатак у производу последица повиновања императивним правним прописима;

д) уколико докаже да је стање научног и техничког знања у време када је произвођач пустио производ у промет било такво да се постојање недостатка није могло открити (*development risks defence*).[38] Државе-чланице могу унутрашњим прописима онемогућити ово доказивање произвођачу;[39]

ђ) уколико произвођач компоненте докаже да се њен недостатак може приписати дизајну производа коме је компонента била намењена, или инструкцијама које је произвођачу компоненте дао произвођач производа коме је компонента била намењена.

Доказивање продавца односно произвођача у сврху ослобађања од одговорности у погледу стања научног и техничког знања у време пласирања производа на тржиште, Европски суд правде је дао тумачење чл. 7 Директиве, односно прецизирао је сам појам.[40]

а) Члан 7(а) Директиве се не односи на стање науке и технике у одређеној области или одређеном сектору индустрије у коме је

37 Чл. 7 Директиве 85/374/EEC (1999/34/EC).

38 „*Development risks defence* треба разликовати од тзв. *state-of-the-art defence* која није дозвољена Директивом. Ризик развоја подразумева доказивање да објективно стање научног и техничког знања у часу пуштања у промет, на свом најразвијенијем нивоу, није било довољно да открије недостатка учини могућим. С друге стране, *state-of-the-art defence* подразумева доказивање да је производ био произведен према техничким стандардима који су преовладавали у време када је произведен, па се стога сматра да нема недостатке.“ В.: М. Караникић, *нав. чланак*, стр. 724–725, фн. 62.

39 Као што је случај у Финској и Луксембургу. G. Howels, *нав. дело*, стр. 368.

40 Commission of the European Communities v. United Kingdom of Great Britain and Nothern Ireland, C–300/95, *European Court Reports*, 1997, I–02649.

произвођач активан, него на опште стање научног и техничког знања, укључујући и највише домете тог знања, у време када је производ пуштен у промет.

б) За доказивање предвиђено у члану 7(а) није релевантно знање које је произвођач стварно имао или могао да има, већ оно знање за које се претпоставља да га је произвођач могао имати.

в) Одредба из члана 7(а) имплицитно предвиђа да релевантно научно и техничко знање мора бити доступно у време када је производ пуштен у промет.[41]

Међутим, Директива је подложна свестраној критици. Прво, њена примена у Европској унији није потпуно безрезервна. Тумачећи чл. 13 Директиве који предвиђа да она неће утицати на права која оштећена страна може имати у складу са правилима закона о уговорној и вануговорној одговорности, или специјалним системом одговорности који постоји у тренутку када је Директива објављена, Гордли анализира случај Европског суда правде *Commission v. France*.[42] Према овој анализи Европски суд правде не омогућава државама-чланицама да одржавају општи систем одговорности различит од оног који се налази у Директиви.

Међутим, уговорна и вануговорна одговорност могу да постоје на основу грешке или гаранције за скривене физичке мане ствари.[43] Још је теже оправдати остале наводе Суда да чл. 13 Директиве на омогућава државама-чланицама могућност општег система одговорности различитог од Директиве. Будући да је француски систем већ кршио Директиву, тако што је уговорне обавезе развијао упркос Директиви до мере која превазилази границе њоме дозвољене, делује како би Француска морала да преиспита своје одлуке и измени одредбе како би оне биле у складу са Директивом. За Гордлија је то потпуно невероватно.[44] Француска је до данас остала при својим решењима.

---

41 Суд није дефинисао значење и степен доступности, већ је то препуштено судовима држава-чланица, М. Караникић, *нав. чланак*, стр. 726–727.

42 J. Gordley, „The Foreseeability Limitation on Liability in Contract", *Kluwer Law International*, 2004, стр. 588.

43 Да је Француска проширила одговорност произвођача и продавца у акту који спроводи Директиву, одлука Суда би била лако оправдана на основу тога да закон повећава заштиту преко дозвољеног минимума, и то правилима која су успостављена након доношења Директиве. *Ibid*.

44 Директива не сме утиче на постојећу судску праксу, истиче он, и све би то отишло сувише далеко ако би се национални судови додатно ограничавали, а задатак им је да обезбеде права купца услед неисправности производа. *Ibid*.

Још један случај поставио је питање оправданости домашаја Директиве. Реч је о случају Санчез (*Sanchez Case*).[45] Купац Санчез се жалио да Шпанија примењујући Директиву одбија примену правила која постоје у шпанском Закону о заштити потрошача из 1984. године, а која су, у великој мери, повољнија за купце. Европски суд правде, је, на захтев шпанског Министарства трговине, разматрао представку по којој би Закон могао да се примени насупрот тексту Директиве. Том приликом стао је на становиште да Министарство не може применити правила насупрот Директиви, чак и ако би то желело.

У пресуди је дато образложење да „систем одговорности продавца настао на истој основи као и онај који је предвиђен Директивом, и који није ограничен на одређени сектор производње не подпада ни под један систем одговорности на који се односи чл. 13 Директиве. Стога се не може тражити ослонац у тој одредби у тим случајевима ради оправдања одржавања на снази националних одредби које нуде већу заштиту од оних предвиђених у Директиви."[46]

Међутим, и сама Директива претрпела је одговарајуће измене. Наиме, као производ који може бити манљив у основном тексту Директиве изузиман је примарни пољопривредни производ (из земљишта, сточарства и риболова). Међутим, након велике кризе у Европи изазване тзв. болешћу лудих крава, укинуто је ово изузимање, изменом Директиве.[47] Политичке реакције које су условиле промене Директиве више него ли рекације оштећених страна, имале су свој утицај у по питању крвних проивода, уколико су крвна плазма или неки други производи крви заражени вирусима хепатитиса ц, или ХИВ-а.[48] Ово је

45 Детаљније о овом случају у: P. M. Furmston, „Specific Performance or the Remedy of Damages?", *Ars Aequi*, 1998, стр. 269–278.

46 *Ibid*.

47 Директива 99/34 *OJ* 1999 L 141/20.

48 Реч је у случају из холандске судске праксе из 1996. године који говори о операцији срца једног пацијента којем је, за потребе операције, извршена трансфузија крви. Међутим, испоставило се да је крв коју је пацијент примио заражена вирусом ХИВ-а. На суђењу, холандски суд је стао на становише да је крв контаминирана вирусом, производ са недостатком. Међутим, испоручилац крви се позивао на одредбе Директиве које су говориле о томе да неће постојати одговорност произвођача, уколико докаже да није могао открити недостатак применом метода које су познате стању научног и техничког знања у време када је крв испоручена. Произвођач је наводио да је крв тестирао тада једино провереним познатим тестовима ХИВ–1–2 и ХИВ п24 антиген. Резултати у оба теста били су негативни. Међутим, тек је новији тест ХИВ–1 РНА показао присуство вируса у крви. Тај тест је 1996. године још био у експерименталној фази и није био званично одобрен за употребу, што је произвођач истицао као околност услед које, применом тада научног и техничког знања, није могао открити присуство вируса у крви. Суд је 1999.

довело до одређеног проширења одговорности произвођача, али, има ставова, и даље недовољно, имајући у виду јак лоби фармацеутских компанија.[49]

Конфузија која се ствара у вези са применом ове Директиве, одбијање неких држава-чланица да је дословно у свим случајевима спроведу, њене одредбе које нису потпуно у корист купаца, јер омогућавају произвођачима разне начине ослобођања од осговорности, чини се, су довољни разлози да се изрази сумња у погледу њене директне и некритичке примене.

За пример такве примене и заблуде домаћег занодавца се може узети наш Закон о одговорности произвођача ствари са недостатком, донетим 14. новембра 2005. године.[50] У основи овај Закон је у потпуности имплементирао Директиву о одговорности за штету од производа са недостатком, чини се само је превевши. Готово сви чланови Закона одговарају до детаља одредбама Директиве. Тако је произвођач дефинисан као лице које производи готове производе, сировине и саставне делове. Произвођачем се сматра и лице које се представља као произвођач стављањем свог имена, заштитног знака или другог обележавајућег знака на производ и лице које увози производ намењен продаји.

Ако производ не садржи податке о произвођачу, продавац има положај произвођача, осим ако у разумном року не обавести оштећеног о идентитету произвођача, односно лица од кога је набавило производ. Ако увозни производ не садржи податке о увознику, продавац има положај произвођача, иако производ садржи податке о произвођачу.[51] Овако дефинисан појам произвођача идентичан је у Директиви о одговорности за штету од производа са недостатком.[52]

Закон верно прати Директиву и у погледу дефинисања производа. Производ је, у смислу Закона, покретна ствар, одвојена или уграђена у другу покретну или непокретну ствар. Производом се сматра и свака произведена или сакупљена енергија за давање светлости, топлоте или

године произвођача ослободио одговорности. В.: J. Smits, *The Making of European Private Law: Toward a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal System*, Antwerp-Oxford, 2008, стр. 554–556.

49 G. Howels, 373.

50 Закон о одговорности произвођача са недостатком, *Службени гласник РС*, бр. 101/105 од 14. новембра 2005. године.

51 Чл. 2, ст. 1–4 Закона о одговорности произвођача ствари са недостатком.

52 Чл. 3 Директиве 85/374/ЕЕС (1999/34/ЕС).

Караникић примећује да је Закон изузео одговорност дистрибутера, која је предвиђена Директивом, и истиче да Влада РС у свом штуром образложењу није објаснила ово изузеће, М. Караникић, „Осврт на нови Закон о одговорности произвођача ствари с недостатком“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2006, стр. 496.

кретања, док Закон у производ не убраја основне пољопривредне производе (производи из земљишта, сточарства и рибарства).[53]

Међутим, интересантно је да српски законодавац у овом Закону није унео познате измене Директиве које су се догодиле након тзв. болести лудих крава, када је предвиђено да се под производом убрајају и примарни пољопривредни производи и дивљач, без могућности да држава чланица пропише другачије.[54] Да све буде чудније, Влада РС се изричито позива на ову измену Директиве у свом Предлогу Закона,[55] а пропушта да њене одредбе инкорпорира у текст Закона. Ово указује да наш законодавац, у жељи да транспонује све европске прописе, једноставно није довољно показивао пажње изменама и допунама тих прописа, заблудно верујући да је довољно само превести и некритички усвојити решења.

Дефиниција недостатка такође је само преведена из Директиве,[56] па предвиђа да недостатак постоји ако производ не обезбеђује сигурност која се с правом очекује с обзиром на све околности, укључујући и рекламу,[57] сврху којој је намењен и време када је стављен у промет.

Неће се сматрати да производ има недостатак само зато што је касније стављен у промет квалитетнији производ.[58]

У тесној вези са овим питањем је и могућност продавчевог ослобађања од одговорности за штету од производа са недостатком. Директива и наш Закон из 2005. године имају идентична решења поводом овог питања. Тако произвођач неће бити одговоран уколико докаже да није ставио ствар у промет, да недостатак вероватно није постојао у време када је ставио производ у промет или се појавио касније, уколико он није произвео производ намењен за продају и да производ није произведен у оквиру његове редовне делатности, уколико је недостатак настао услед усаглашавања својства производа са прописаним нормама, ако ниво научног и техничког знања у време када је производ стављен у промет није омогућавао откривање недостатка.[59]

---

53 Чл. 3 Закона о одговорности произвођача ствари са недостатком.

54 Директива 99/34 *OJ* 1999 L 141/20.

55 Доступно на адреси: *www.parlament.sr.gov.rs.*

56 Чл. 6, ст. 1–2 Директиве 85/374/EEC (1999/34/EC).

57 Караникић, чини се, оправдано критикује законодавца, наводећи да термин *реклама* није сасвим успео превод термина *the presentation of the product* из чл. 6 Директиве, јер се под представљањем или презентацијом производа мисли не само на рекламу, него и на упутства за употребу, упозорења у погледу опасних својстава производа и сл. В.: М. Караникић „Осврт на нови Закон о одговорности произвођача ствари с недостатком", стр. 493.

58 Чл. 4, ст. 1–2 Закона о одговорности произвођача ствари са недостатком.

59 Чл. 8 Закона о одговорности произвођача ствари са недостатком и чл. 7 Директиве 85/374/EEC (1999/34/EC).

Види се да и наш Закон о одговорности произвођача ствари са недостатком предвиђа могућност да се произвођач ослободи од одговорности уколико докаже да ниво научног и техничког знања у време када је производ стављен у промет није омогућавао откривање недостатка.

Овај институт, помињан раније као институт развојих ризика (*development risks*) уведен је у право Европске уније Директивом о одговорности за штету од производа са недостатком.[60]

Оно што се може закључити из овако постављене одредбе, је да, уколико су произвођачу омогућени начини да се одговорности ослободи доказивањем да је недостатак био несазнатљив према стању научног и техничког знања у време пласирања производа, онда ризик промена у људском сазнању, од момента пласирања пороизвода до момента настанка штете, сноси оштећени! Такво решење предвиђа и наше право, па је сав развојни ризик на потрошачу.[61]

Раније је наведено да Директива допушта државама-чланицама да искључе ове могућности ослобођања одговорности произвођача,[62] што је и учињено у неким европским државама (Финска, Луксембург, делимимично и у Немачкој, Француској и Шпанији, за одређене врсте производа). Србија није пошла тим путем. Она је Директиву дословно уградила у свој правни систем. Једино у случају оних држава које су одступиле од текста Директиве, потпуно или делимично, постојао би изузетак од овог правила. Није од мале важности ни околност да би, у том случају, произвођачи из Србије били у већем ризику када продају своје производе у Србији, него када их извозе у земље Европске уније.[63]

Није у потпуности јасно шта је нагнало домаћег законодавца да донесе један лош закон у овој области, задовољавајући се искључиво превођењем одговарајуће директиве Европске уније, без било каквих интервенција. Неке утицајне европске државе су искористиле опцију коју пружа сама Директива да очувају своје националне особености. Не и Србија. Наш заблудели законодавац, у постреволуционарном периоду прве декаде 21. века, сматрао је, изгледа, да се ваља одрећи свега што је традиционално и временом доказано, да су нови европски прописи обавезно и бољи, да директиве немају алтернативу.

60 „Наведеном одредбом разрешава се следећа дилема: ко треба да сноси ризик оних штета до којих долази у периоду од тренутка када је ствар с недостатком пуштена у промет, до тренутка када је откривено да производ има неки недостатак који ствара повећану опасност од штете – и то у оним случајевима у којима се, узевши у обзир стање научног и техничког знања, постојећи недостатак није могао открити у часу пуштања производа у промет.“ В.: М. Караникић, „Одговорност за развојне ризике“, *Анали ПФ*, бр. 2/2005, стр. 169.

61 *Ibid.*

62 Чл. 7 Директиве 85/374/ЕЕС (1999/34/ЕС).

63 *Ibid.*

IV Закон о заштити потрошача: повратак блудног сина

Након неуспешног излета са Законом о одговорности произвођача ствари са недостатком и Закона о заштити потрошача из 2005. године, домаћи законодавац је, изгледа, коначно, крајем прошле деценије, схватио све своје заблуде. Радна група, коју је формирало Министарство трговине и услуга, у свом образложењу за доношење новог закона о заштити потрошача, истакла је нове мотиве: поштовање традиције, српске правне особености и посебно Закона о облигационим односима као општег закона који уређује ову област. Може се слободно рећи да је поштовање традиције у овом случају прихватање и решења римског права, будући да се наш ЗОО у великој мери ослања на њих.

Међутим, зашто је наш законодавац истакао значајну улогу ЗОО као општег закона, доносећи један *lex specialis* у регулисању потрошачког права?

Закон о облигационим односима из 1978. године је први пропис у Европи који је уредио објективну одговорност произвођача за штету од ствари са недостатком, много пре него што је овај институт уређен одговарајућом Директивом Европске уније. Поред ове околности, која ЗОО чини јединственим правним текстом, овај Закон уређује и одговорност продавца и права купца на основу материјалних недостатка ствари, као и одговорност продавца и произвођача по основу гаранције за исправно функционисање продате ствари.

Изгледа да су решења римског класичног права дубоко утемељена у решења Закона о облигационим односима, посвећеном питању одговорности за материјалне недостатке ствари. Материјални недостатак, према ЗОО, постоји у следећим случајевима:[64]

а) ако ствар нема потребна својства за њену редовну употребу[65] или за промет;[66]

64 Чл. 179 ЗОО.

65 Недостатак мора бити такав да смањује корисност, функцију ствари. Ако умањује само њену естетску страну, онда то није недостатак у законском смислу. В.: М. Драшкић, „Одговорност за материјалне недостатке продате ствари према Закону о облигационим односима", *Анали Правног факултета*, бр. 3–5/78, стр. 581.

66 Ово изазива одређене дилеме. Поставља се питање да ли одговорност за подобност ствари за промет значи да купац има право заштите уколико ствар не успе да прода јер је она демодирана? Драшкић закључује да, с обзиром на то да је у англосаксонском праву подобност за промет тумачена претежно као подобност за редовну употребу, нема разлога да се подобност за промет издваја као посебна особина ствари, *ibid*.

б) ако ствар нема потребна својства за нарочиту употребу за коју је купац набавља, а која је била позната продавцу, или му је морала бити позната;[67]

в) ако ствар нема својства и одлике које су изричито или прећутно уговорене односно прописане;[68]

г) када је продавац предао ствар која није саобразна узорку или моделу, осим ако су узорак или модел показани само ради обавештења.

Када је реч о тренутку постојања материјалног недостатка ствари, ЗОО усваја решење по којем продавац одговара за материјалне недостатке ствари које је она имала у часу преласка ризика на купца, *без обзира на то да ли му је то било познато*.[69] Продавац је одговоран и за оне материјалне недостатке који се појаве после преласка ризика на купца ако су последица узрока који је постојао пре тога.[70]

Овако постављена одредба у основи не дефинише који је то моменат продавчеве одговорности: моменат закључења уговора или моменат предаје ствари. Уколико прихватимо чињеницу да је уговор о продаји консенсуални контракт, који настаје самом сагласношћу уговорних страна, па тиме и права и обавезе настају, оног момента када су се стране уговорнице споразумеле око предмета и цене, делује да и одговорност продавца према купцу настаје моментом закључења уговора.

Овако постављена одредба може се, изгледа, тумачити и у корист тренутка закључења уговора. То би било у складу и са римским решењем овог питања.[71]

67 Како утврдити употребу на коју купац рачуна а продавац треба да познаје на основу околности под којима је уговор склопљен или на основу постојећих обичаја?. *Ibid*, стр. 582.

Иако се начелно може прихватити Драшкићев став да треба избећи да продавац буде остављен на милост купца а да треба задовољити и оправдана очекивања купца, овде, чини се, треба имати у виду положај уговорних страна. Продавац је често страна која је економски јача од купца, која углавном има или може стећи све неопходне информације о квалитету ствари, посебно, имајући у виду да је то део његове професионалне делатности. Купац, с друге стране, најчешће физичко лице, економски слабија страна, није у могућности да се увек самостално добро информише о својствима ствари и евентуалним њеним недостацима. Одговорност продавца, делује, овде мора бити појачана.

68 Овде је реч само о оним особинама ствари које су изричито предвиђене уговором. Слично као и у римском праву, бенигно хвалисање продавца не може бити основ заштите права купца. Само они недостаци који су постојали у оквиру својстава ствари које су *уговором предвиђене* (*dicta et promissa*) могу бити санкционисани.

69 Чл. 478, ст. 1 ЗОО.

70 Чл. 478, ст. 2 ЗОО.

71 Супротно Драшкић: Тренутак преласка ризика је обично везан за тренутак предаје, што значи за тренутак када је ствар изашла из продавчевог чувања. В.: М. Драшкић, *нав. чланак*, стр. 586.

Продавац је одговоран за материјалне недостатке ствари и *без обзира на то да ли му је то било познато.* Ово је кључни део одредбе који указује да је српски законодавац увео већ 1978. године објективну одговорност продавца за скривене недостатке ствари.

Штавише, делује да је већ тада ова материја прецизније и са становишта купца квалитетније уређена него што је то случај са законима који се детаљно баве само продавчевом одговорношћу за производ са недостатком или за заштиту потрошача.

На истој линији са овим чл. 478 ЗОО је и чл. 179 ЗОО, који је, вреди подсетити, први у Европи дефинисао одговорност произвођача ствари са недостатком. Тако ЗОО предвиђа:[72]

а) Ко стави у промет неку ствар коју је произвео, а која због неког недостатка за *који он није знао* представља опасност штете за лица или ствари, *одговара за штету* која би настала због тог недостатка.

б) Произвођач одговара и за опасна својства ствари ако није предузео све што је потребно да штету, коју је могао предвидети, спречи путем упозорења, безбедне амбалаже или другом одговарајућом мером.

Из наведених чланова јасно се види да и у случају вануговорне одговорности, произвођач одговара иако није знао за недостатак ствари коју је произвео и пустио у промет. Наравно, преамбициозно би било истицати да редактори ЗОО нису имали инспирацију за заштиту потрошача у овом Закону од стране страних аката,[73] као што не може стајати ни директна оцена да је ЗОО, опште узев, предвиђао праву заштиту права потрошача.[74]

За разлику од Директиве и Закона из 2005. године, ЗОО, чини се једноставије, одговорно лице дефинише као сваког ко стави у промет

72 Чл. 179, ст. 1–2 ЗОО.

73 На ЗОО су, наводи Ђурђевић, утицали неки закони о заштити права потрошача у упоредном праву који су већ били на снази. У Француској је, тако, важио закон који је штитио потрошаче у материји продаје изван пословних просторија продавца, а непуна два месеца пре ЗОО, 10. јануара 1978, донета су још два закона, о заштити и информисању потрошача о производима и услугама и о заштити потрошача у домену неких кредитних послова. У Енглеској је био донет *Supply of Goods (Implied Terms) Act* из 1973, којим је уведена контрола над уговорним клаузулама о искључењу и ограничењу одговорности у уговорима о продаји које продавци закључују и *Unfair Contract Terms* Act из 1977, којим су забрањене уговорне клаузуле на основу којих трговац искључује своју одговорност за штету проузроковану телесном повредом. В.: М. Ђурђевић, „Заштита потрошача према општим правилима о закључењу уговора", *Право и привреда*, бр. 1–4/2009, стр. 275.

74 *Ibid*, стр. 276.

неку ствар коју је произвео.[75] То је, изгледа, у складу са критиком наше судске праксе Јакова Радишића, који сматра да одговоран треба да буде не само произвођач финалног производа него и оно лице које произведе део ствари којим је нанета штета.[76]

С друге стране, ЗОО јасним и лаким терминима дефинише појам производа не остављајући места великим дилемама, нити ограничавајући шта све може да се сматра као производ. ЗОО једноставно одговорним сматра произвођача који објективно одговара за штету од производа са недостатком коју је *произвео* и ставио у промет. Делује да оваква одредба не поставаља ограничења у погледу тога шта све може бити производ, укључујући и примарне пољопривредне производе.

Закон о облигационим односима није дефинисао појам недостатка, него таксативно набраја када постоји материјални недостатак.[77]

ЗОО је у великој предности у односу на Закон о одговорности произвођача ствари са недостатком и у домену ослобађања произвођача ствари са недостатком услед тзв. развојних ризика. Наиме, чл. 179 ЗОО изричито наводи:

„Ко стави у промет неку ствар коју је произвео, а која због неког недостатка за који он није знао представља опасност штете за лица или ствари, одговара за штету која би настала због тог недостатка."

Види се да ЗОО наводи да је произвођач одговоран и „због неког недостатка за који он није знао". Ово се може тумачити да је произвођач одговоран за недостатак упркос томе што за њега није знао, без обзира на то да ли је за њега знао, то јест одговара на основу потпуно објективне одговорности. Није тешко установити да ово решење ЗОО у потпуности кореспондира са римским решењем о објективној одговорности продавца манљиве ствари. Претходна анализа је показала да је проширење основне тужбе из уговора о продаји, делатношћу римске јуриспруденције, установило одговорност продавца за материјалне недостатке ствари чак и без обзира на то да ли је за њих знао. Та имплицирана гаранција римског права, у доброј мери је инкорпорисана у наш ЗОО који на идентичан начин посматра произвођача. Штавише, ни римско право у време Јустинијана ни ЗОО не омогућавају продавцу односно произвођачу да се ослободи одговорности услед тзв. развојних ризика.

---

75 Чл. 179 ЗОО.

76 Ј. Радишић, „Одговорност произвођача ствари са недостатком", у: Слободан Перовић (главни редактор), *Коментар закона о облигационим односима*, књига 1, Београд, 1995, стр. 411.

77 Чл. 179 ЗОО.

Следствено овоме, није тешко дати одговор на питање да ли произвођач одговара и за оне недостатке за које је неизвесно да ли је за њих, по објективним мерилима, уопште и могао да зна, односно, и то је кључно питање са становишта ове анализе, да ли је одговоран и за штету од оних недостатака који су субјективно били изван домашаја људског сазнања у тренутку када је производ пласиран на тржиште?[78]

Директива о одговорности за штету од производа са недостатком и Закон о одговорности произвођача ствари са недостатком овде имају, чини се, јединствен одговор: не! Насупрот њима, римско право и ЗОО, чини се, дају супротан одговор: да! Произвођач се, према ЗОО, одговорности не може ослободити упркос свом позивању на своја знања о недостацима производа, дакле, без обзира на његову објективну (не) могућност да сазна за њихово постојање.[79]

Угледањем на решења из Закона о облигационим односима, који баштини идеје римског права, наш је законодавац коначно 2010. године одбацио дотадашње заблуде решењима у Закону о заштити потрошача, у одељку 7 – Одговорност произвођача ствари са недостатком.

Према овом закону, недостатак постоји ако производ не обезбеђује сигурност која се с правом очекује с обзиром на све околности, укључујући рекламу, употребу проивода која се разумно могла очекивати и време када је производ стављен у промет.[80] Законодавац је одлучио да појам недостатка дефинише тако да обухвати све могуће случајеве, не ограничавајући се таксативним набрајањем. Тиме је, чини се, постигнута неопходна флексибилност коју живот намеће, а које је већ стварала проблеме анализираној директиви Европске уније. Недостатком се, међутим, неће сматрати ситуација у којој је касније стављени у промет производ био квалитетнији.[81]

Право на накнаду штете има оштећени који испуни три кумулативна услова: докаже да је претрпео штету, да је производ имао недостатак и да је постојала узрочно-последична веза између тог недостатка и претрпљене штете.[82]

Угледање на ЗОО и раскид са некритичким транспоновањем директива Европске уније најбоље се огледа у решењу предвиђеном за одговорност произвођача. Она је, према слову закона, дефинисана једноставно и прецизно, изгледа, баш као и у ЗОО: произвођач одговара за штету насталу од производа са недостатком без обзира на то да ли је

78 *Ibid.*

79 Тако и Ј. Радишић, у: С. Перовић (ред.), *нав. дело*, стр. 412; М. Караникић, „Одговорност за развојне ризике“, стр. 167.

80 Чл. 59, ст. 1 ЗЗП.

81 Чл. 59, ст. 2 ЗЗП.

82 Чл. 60, ст. 1–2. ЗЗП. Наравно, оштећени има право на накнаду неимовинске штете према општим правилима о одговорности.

знао за недостатак.[83] Види се да се законодавац определио за објективно постављену одговорност произвођача, усвајајући решење које је већ постојало у Закону о облигационим односима, а и у римском праву.

Штавише, таксативно су набројане могућности у којима се произвођач ствари са недостатком може ослободити одговорности. То ће бити могуће ако докаже да није производ пустио у промет, недостатак није постојао у време када је ставио производ у промет или се појавио касније, није произвео производ намењен продаји или другој врсти стављања у промет, да проивод није произведен у оквиру његове редовне делатности, да је недостатак настао услед усаглашавања својства производа са обавезујућим прописима донетим од стране надлежног органа.[84]

Са друге стране, кривица оштећеног може бити основ за ослобођење од одговорности произвођача ствари са недостатком, ако он докаже да је оштећени или лице за које је оштећени одговоран, својом кривицом допринело настанку штете.[85]

У случају да је више лица одговорно за штете од производа са недостатком, примењују се правила о солидарној одговорности.[86] Уговор којим би се предвидело ограничење или искључење одговорности произвођа ствари са недостатком је ништав.[87] Оштећени има право на потраживања накнаде штете у субјективном року од три године од дана када је сазнао за штету, недостатак и идентитет произвођача. Објективни рок застарелости потраживања постављен је на десет година од дана када је произвођач ставио у промет производ са недостатком.[88]

Овако предвиђеним решењима, чини се да је наш законодавац коначно удовољио оправданим захтевима струке да се дословно и догматски не имплементирају европска решења, пре него што се обрати пажња на квалитетне одредбе постојећих закона, у првом реду Закона о облигационим односима. Можда је поступак законодавца, иако доцкан, добар показатељ како би ваљало даље ићи у реформама и усаглашавању нашег правног система са земљама Европске уније.

---

83 Чл. 61 ЗЗП.

84 Чл. 62, ст. 1 ЗЗП.
Произвођач саставног дела производа неће бити одговоран за штету од производа са недостатком, ако докаже да се недостатак може приписати дизајну производа или да је последица упутства датог од стране произвођача, чл. 62, ст. 2 ЗЗП.

85 Чл. 62, ст. 3 ЗЗП.
Међутим, уколико је настанаку штете од производа са недостатком делимично допринело треће лице, искључиво је одговоран произвођач, чл. 62, ст. 4 ЗЗП.

86 Чл. 63 ЗЗП.

87 Чл. 65 ЗЗП.

88 Чл. 64 ЗЗП.

***Vladimir* VULETIĆ, PhD**
Assistant Professor at the Faculty of Law, University of Belgrade

MANUFACTURER LIABILITY FOR DEFECTIVE PRODUCTS: INFLUENCE AND CONTRIBUTION OF ROMAN LAW TO MODERN SOLUTIONS

Summary

The subject of this article is to analyze the existing solutions in the field of manufacturer liability for defective products in comparative and Serbian law, with particular review of the solution offered by the Consumer Protection Act of 2010. At the same time, the author aims to demonstrate the importance of the contribution of Roman law to the development of this institution, highlighting the scopes of classical and Justinianic laws.

By examining the European Directive of manufacturer liability for defective products 85/374/EEC (1999/34/EC) and the corresponding Serbian act of 2005, the author advocates an approach that would allow for a careful and meticulous transposition of European regulations into the Serbian legal system. In that context, he welcomes the decision of Serbian legislators to incorporate the solutions from the Obligations Act into the Consumer Protection Act, thus preserving the heritage of Roman law.

Key words: *defective product, Consumer Protection Act, Roman law, Directive 85/374/EEC (1999/34/EC), Obligations Act.*

др *Катарина* ИВАНЧЕВИЋ
ванредни професор Правног факултета Универзитета Унион
у Београду

ЗАКОНСКА ОБАВЕЗА ИНФОРМИСАЊА ПОТРОШАЧА И ОБМАЊУЈУЋЕ ПОСЛОВАЊЕ

Резиме

Закон о заштити потрошача Републике Србије је увео бројне новине у наше законодавство преносом решења из европских директива којима се обезбеђује заштита интереса потрошача. Одредбе овог закона су обавезујуће за све учеснике на тржишту. Неопходно је да трговци у потпуности усагласе своје пословање са захтевима које овај пропис пред њих поставља. У овом раду указује се на одредбе ЗЗП на које би трговци посебно требали да обрате пажњу а тичу се обавезе обавештавања потрошача и обмањујућег пословања као последице неадекватног обавештавања потрошача. У практичној примени се могу очекивати одређене недоумице како за трговце тако и за надзорне органе. Такође постоји потреба да се дефинишу одређени појмови кроз одлуке инспекцијских органа и судова. То су појам „просечног потрошача" и „професионална пажња трговца" у односима са потрошачима као и када ће се сматрати да су обавештења дата „јасним и разумљивим начином". У том поступку су драгоцена искуства судске праксе других земаља и одлуке Европског суда правде на које се указује у раду.

Кључне речи: *информисање, потрошач, трговац, обмањујуће пословање.*

I Увод

Обавеза информисања потрошача пре закључења уговора у европском праву је уведена са циљем обезбеђења високог нивоа заштите потрошача. Захтеви за информисањем потрошача о свим наведеним елементима су резултат усаглашавања одредби појединих директива о потрошачким правима које су у претходном периоду прописивале садржај ове обавезе. Директивама којима је уведена обавеза информисања потрошача код уговора склопљених изван пословних просторија трговаца и уговора на даљину је прописан минимум информација које се морају дати потрошачу пре закључења уговора.[1] Временом су се захтеви за обимом и врстом информација у директивама проширивали.

У погледу обавезе обавештавања се у Европској унији поставило питање који обим информација је потребан потрошачу да би донео адекватну одлуку. Велики број директива прописује различиту садржину информација и код појединих роба и услуга применом више директива обим информација може бити преобиман, а понекад чак и неусаглашен. Просечан потрошач може бити збуњен тако да у обиљу информацијама не може да сагледа оне најзначајније и да донесе одлуку која је за њега најповољнија. Ради отклањања уоченог проблема је иницирано од стране доктрине да се усагласи обим и врста информација које се пружају потрошачу пре закључења уговора.[2] Кроз одредбе Директиве о потрошачким правима[3] је усаглашен садржај захтева за информацијама које је трговац у обавези да пружи потрошачу пре закључења уговора.

Област којој је посвећена посебна пажња у Европској унији, између осталих, је проблематика непоштеног пословања. Један од проблема функционисања заједничког тржишта представљале су разлике у појединим националним законодавствима[4] у погледу дозвољене пословне праксе што је захтевало прилагођавање трговаца захтевима сва-

1 Doorstep selling directive, i.e. Council Directive 85/577/EEC of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises, *OJ* 1985, L 371/31; Distance selling directive, i.e. Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts, *OJ* 1997, L 144/19.

2 Према: Hans Schulte-Nolke, *Annotated Compendium including a comparative Analysis of the Community Consumer acquis*, Универзитет Bielefeld, 2007, стр. 675.

3 Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council on consumer rights, 25 October 2011 *OJ* L 304, стр. 64–88. Овом директивом се замењују Директива 85/577/ЕЕЗ и Директива 97/7/ЕЕЗ и извршене су измене Директиве 93/13/ЕЕЗ и Директиве 1999/44/ЕЗ.

4 Истраживање које је претходило доношењу директиве: Reiner Schulze, Hanse Schulte-Nolke, *Analysis of National Fairness Laws Aimed at Protecting Consumers in Re-*

ког појединог тржишта уз додатне трошкове. Са друге стране највећи број приговора потрошача у току 2002. године је био поводом преварног понашања трговаца који су користили недостатке појединих националних законодавстава и њихову неусклађеност.[5] Директива 2005/29/ЕЗ о непоштеној трговачкој пракси[6] је донета како би се повећало поверење потрошача и побољшао положај малих и средњих предузећа. Максимална хармонизација је у овој директиви примењена са циљем бољег функционисања јединственог тржишта и постизања високог нивоа заштите потрошача. Ова директива дефинише два облика непоштене пословне праксе: заваравајућу-обмањујућу и агресивну пословну праксу.

Закон о заштити потрошача[7] (даље у тексту: ЗЗП) је преузео решења из европских директива којима се обезбеђује заштита интереса потрошача. Санкције које су предвиђене одредбама овог закона нису само новчане природе већ су такве да у случају да трговац не поступа у потпуности у складу са његовим одредбама може доћи до правне несигурности у погледу опстанка појединачних уговора које су закључени са потрошачима.

II Обавеза претходног обавештавања потрошача

Једно од основних права потрошача је право на обавештеност у смислу располагања тачним подацима који су неопходни за разуман избор понуђене робе и услуга.[8] У циљу отклањања дисбаланса у економској снази уговорних страна прописују се одређене обавезе о информисању потрошача у предуговорној фази. Обавеза обавештавања подразумева да трговац треба потрошачу да обезбеди прописане информације тако да потрошач има времена да их на миру сагледа, да се евентуално консултује са неким ако има за тим потребу, да размисли да ли жели тај уговор да закључи, да процени да ли ће истим задовољити своје потребе

lation to Commercial Practices, доступно на адреси: *http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/green_pap_comm/studies/unfair_practices_en.pd*, 20.3.2012.

5 Према истраживању *European Advertising Standards Alliance* које је објављено 2002. године.

6 Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006 /2004 of the European Parliament and of the Council (Unfair Commercial Practices Directive) *OJ* 2005 L 149/22.

7 Закон о заштити потрошача (*Службени ɪласник РС*, бр. 73/2010; даље у фуснотама: ЗЗП), у примени од 1.1.2012.

8 ЗЗП, чл. 2 ст. 1 тач. 3.

и да када приступи закључењу уговора има јасну представу о садржини конкретног уговора.

Дужност обавештавања потрошача коју трговац мора да испуни пре закључења сваког уговора о продаји робе или пружања услуга са потрошачем ЗЗП прописује у чл. 16.

Садржај информација, које трговац треба да обезбеди потрошачу на јасан и разумљив начин, је одредбама ЗЗП детаљно прописан. У погледу ове обавезе законодавац је имао у виду Предлог директиве о потрошачким правима.[9] Решење које је примењено у одредбама ЗЗП је на сличан начин прихваћено и у чл. 5 Директиве о потрошачким правима.

Поред података из члана 16 ЗЗП трговац је у обавези да приликом закључивања уговора на даљину и уговора који се закључује изван пословних просторија пружи потрошачу додатне информације које су специфичне због начина закључења уговора.[10] Код уговора на даљину трговац је у обавези да потрошачу пружи и информације које су везане за саму технику закључења уговора (средства комуникације) и трошкове који тим поводом настају.

За трговца је од изузетне важности да о праву на једнострани раскид уговора, условима и поступку у коме може да оствари то право, обавести потрошача пре закључења уговора на начин и у роковима у складу са одредбама ЗЗП. У случају да трговац пропусти да обавести потрошача о његовом праву на једнострани раскид уговора рок за раскид уговора почиње да тече од тренутка када потрошач прими обавештење о праву на једнострани раскид уговора у писменој форми, односно на трајном носачу записа (трајном медијуму) ако се потрошач са тим сагласи. У овом случају, потрошач може да раскине уговор у свако доба, укључујући време које претходи пријему закаснелог обавештења о постојању права на једнострани раскид. С обзиром да није предвиђен рок у коме потрошач може да тражи раскид уговора за трговца настаје потпуна правна несигурност у погледу важности уговора који је закључио са потрошачем који није обавештен о праву на једнострани раскид уговора. Овакво решење у ЗЗП је у складу са ставом Европског суда правде да се трајање периода за повлачење из уговора неограничено продужава, односно да доводи до неограниченог рока за повлачење ако трговац није благовремено обавестио потрошача о његовом праву.[11] Право потрошача на

9 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on consumer rights, COM (2008) 614.

10 ЗЗП, чл. 28–33.

11 Случај C–481/99 – *Heininger* у вези примене права на одустанак у случају продаје од врата до врата. У законима земаља чланица је углавном прописан период за

одустанак од уговора, које је у одредбама ЗЗП предвиђено као право потрошача на једнострани раскид уговора,[12] се, према оцени појединих аутора, сматра једном од најзначајнијих тековина потрошачког права.[13]

Трговац је у обавези да потрошачу обезбеди информације, на јасан и разумљив начин. Потребно је дефинисати када ће се сматрати да је информација дата „јасним *и разумљивим начином*". Српски законодавац није прописао на ком језику се морају потрошачу пружити информације што је у складу са најновијим опредељењима у европском праву. С обзиром да је у Републици Србији службени језик српски и да већина грађана разуме тај језик за очекивати је да ће трговци пружати информације на српском језику. Сусрећемо се и са праксом трговаца да информације о појединим производима и услугама формулишу тако да користе и изразе из других језика, најчешће енглеског.[14]

Са наведеним проблемом приликом пружања информација потрошачима су се сусрели и у земљама чланицама Европске уније. Европско законодавство не опредељује шта се подразумева под појмом „*лако разумљив језик*" тако да је решење овог питања препуштено Европском суду правде. По мишљењу Европског суда правде држава чланица не сме да захтева искључиву примену свог службеног језика.[15] Разумљивост језика процењују судови држава чланица у појединачним случајевима. Судови земаља чланица су оценили да се може прихватити да трговци на језику друге земље означавају производе ако су ти језици слични језику земље у којој се врши продаја или су коришћени појмови опште прихваћени и разумљиви.[16] Управни суд у Словенији је закључио да је за просечног потрошача подобан језик словеначки али је оцењено и да су разумљиви поједини појмови на енглеском језику као што су

повлачење до једне године који је оцењен као довољан период за санкцију. Према: H. Schulte-Nolke, *нав. дело*, стр. 711.

12 У Закону о заштити потрошача из 2002. године у чл. 21 је било предвиђено право опозива уговора.

13 Thomas Wilhelmsson, „Questions for a Perspectives of Critical Contracts Law – and a Contradictory Answer: Contract as Social Cooperation", у: Thomas Wilhelmsson (уредник), *Perspectives of Critical Contract Law*, Darthmouth, Aldershot *et al*., 1993, стр. 26. Према Невенко Мисита, *Основе права заштите потрошача Европске заједнице*, Правни центар Фонд отворено друштво Босне и Херцеговине, Сарајево, 1997, стр. 246.

14 Посебан проблем за потрошаче представљају упутства за руковање уређајима која су делимично, неадекватно, нетачно или непотпуно преведена.

15 Релевантне су пресуде C–369/89, *Piageme I,* C–85/94, *Piageme II*, C–385/96, *Goerres,* C–366/98 *Geffroy.* Доступно на адреси: *http://eur-lex.europa.eu*, 20.3.2012.

16 Тако је суд у Белгији пресудио да су немачки и фламански довољно слични и лако разумљиви. У Француској су прихватили као разумљиво означавање производа само на енглеском јер су у питању били „*hamburger, cheeseburger, coffee drink*".

„*door to door*", „*test it*". Врховни суд је био конзервативнији у погледу заштите потрошача. Сматрао је да је за просечног потрошача неразумљив сликовни део упутства за употребу телефонског апарата који је био сачињен на словеначком језику али без превода ознака појединих делова, за које је упућивао корисника на упутство на енглеском језику.[17] Тржишна инспекција у Словенији је истрајала на употреби словеначког језика у циљу заштите потрошача иако је присутно разумевање енглеског језика на одређеном нивоу.[18]

Интерес је трговаца да своје информације и материјале (посебно писане информације, памфлете, огласе и сл.) које деле потрошачима у циљу испуњења обавезе обавештавања пре закључења уговора сачине тако да њихов садржај одговара захтевима из чл. 16 ЗЗП. Позив на понуду, у смислу чл. 35 Закона о облигационим односима (даље: ЗОО),[19] представља слање каталога, ценовника, тарифа и других обавештења, као и огласи учињени путем штампе, летака, радија, телевизије или на други начин дати потрошачу. Уколико је у овим материјалима, као позиву за понуду, назначена цена то му не даје карактер понуде.[20] Сами трговци могу да овим материјалима дају карактеристику понуде уколико у њиховој садржини то јасно означе што је сагласно одредбама ЗОО.[21] Треба имати у виду да позив на понуду и обавештење о особинама и цени производа мора да садржи податке наведене у чл. 22 ст. 2 ЗЗП. По правилу материјали које трговци код нас деле не садрже обавештење потрошачима на који начин трговац поступа по притужбама потрошача што позив на понуду и обавештење о особинама и цени производа треба да садржи сагласно одредбама ЗЗП.[22] Када таквог податка нема у материјалу трговца сматра се да је пропустио своју обавезу обавештавања потрошача у складу са законским одредбама.

Обавеза информисања се односи и на заступника трговца за чије радње трговац одговара и коме је трговац дужан да достави

17 Одлука I Up 560/2003, доступно на адреси: *http://sodisce.si/znanje/sodna_praksa/vrhovno_sodisce_rs/20892/*, 20.3.2012.

18 О расправи у Словенији поводом овог питања: Mojca Stritar, *Zakon o varstvu potrošnikov (lahko razumljivim) jezikom, politiko in pravom,* Simpozij OBDOBJA 30.

19 Закон о облигационим односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља; даље у фуснотама: ЗОО).

20 Пресуда Врховног привредног суда, Сл. 899/56. Борислав Т. Благојевић, Врлета Круљ (редактори), *Коментар Закона о облигационим односима*, Савремена администрација, друго издање, 1983, коментар уз чл. 35, стр. 131.

21 „Огласи и друге понуде јавности сматраће се понудама за закључење уговора ако то јасно произилази из њихове садржине." Б. Т. Благојевић, В. Круљ (редактори), *нав. дело*, коментар уз чл. 35, стр. 131.

22 ЗЗП, чл. 22 ст. 2 тач. 4.

материјал који садржи информације које треба доставити потрошачу пре закључења уговора.[23] Обавеза је заступника да се у пословима које обавља за трговца понаша са пажњом доброг привредника и може да одговара за штету која настане као последица пропуштања у пружању потребних информација потрошачима. Судови у другим државама пружају заштиту потрошачима и и обавезују заступнике и посреднике да надокнаде штету насталу због пропуштања обавезе информисања.[24]

Законодавац није прописао обавезну писану форму обавештења потрошачима тако да информације могу бити дате и усмено и у писаној форми. На трговцима је терет доказивања да су испоштовали обавезу информисања потрошача у складу са овом законском одредбом. Значајно је да подаци о којима је трговац дужан да обавести потрошача пре закључења уговора, сагласно одредби чл. 16 ст. 2 ЗЗП, у случају да дође до закључења уговора, постају његов саставни део. Сагласно наведеном трговац је у обавези да чува материјале обавештења као саставни део закључених уговора са потрошачима и као доказ да је испунио своју обавезу информисања. У том смислу трговци би својим интерним процедурама требали да пропишу форму обавештавања потрошача, поступак информисања потрошача, начин чувања документације односно доказа да је потрошачу пружена тачна информација. Уколико се информација даје усмено путем телефона добра је пракса трговаца да разговоре потрошача са центрима за информисање снимају и на тај начин омогућавају да се у случају спора провери садржај информације која је дата конкретном потрошачу.

Санкција за пропуштање обавезе обавештавања је право потрошача да захтева поништење уговора у року од године дана од дана

23 ЗОО, чл. 802.

24 Тако је у једном случају радник банке, која је била заступник осигуравача, пре закључења уговора дао информацију да по уговору о осигурању живота, који је закључио отац тужиоца са банком, постоји могућност да се изврши откуп полисе. Ова информација је потврђена и тужиоцу када се он додатно распитивао пре него што је његов отац закључио овај уговор. Рачунајући на ту могућност тужилац је платио аконтацију за некретнину у износу од 750.000 белгијских франака. Међутим, показало да уговор животног осигурања који је његов отац закључио није дозвољавао могућност да се полиса откупи. Како се испоставило да информација коју је добио од банке, као заступника осигуравача, није била тачна јер није могао да се изврши откуп полисе осигурања живота, тужилац је морао да откаже продају некретнине а продавац је одбио да му врати аконтацију, на шта је имао право. Банка је приговорила да тужилац није купац полисе и да нема право на откуп исте, али је суд сматрао да се банка не може ослободити одговорности јер је прво дала информацију оцу, а након тога и сину и при том вероватно није прецизирано да ли може и ко може извршити откуп полисе. Оцењујући да је банка као професионални посредник одговорна за штету белгијски суд је обавезао банку да плати тужиоцу износ од 18.591,01 евра са каматама. *Осигурање*, бр. 10/2007, стр. 25.

закључења уговора. При том потрошач има ово право независно од тога да ли је трговац поступао савесно или несавесно, односно без обзира да ли је до пропуста у информисању дошло са намером да тиме наведе потрошача на закључење уговора или је то учињено омашком. Чак и у ситуацији када је пропуштање пружања информација било без значаја на опредељење потрошача да закључи конкретан уговор ЗЗП му дозвољава могућност да, када се утврди да је дошло до пропуста трговца у пружању информација, поништи уговор. У европским земљама суд пружа заштиту потрошачима и дозвољава поништај уговора у ситуацији када је трговац пропустио да испуни своју обавезу обавештавања у складу са законским одредбама.[25]

III Обмањујуће пословање

Непоштено пословање је забрањено одредбама ЗЗП. Да би се понашање трговца окарактерисало као непоштено потребно је да буду кумулативно испуњена два услова. Трговац мора деловати супротно захтевима професионалне пажње и то његово деловање мора утицати на економски положај просечног потрошача односно просечног члана групе када се пословање односи на групу. Од трговца се очекује да своје деловање организује тако да не делује непоштено што подразумева обуку запослених и сарадника.

У смислу одредби ЗЗП дефинисано је да је *професионална пажња* повећана пажња и вештина која се у правном промету основано очекује од трговца у пословању са потрошачима, у складу с добрим обичајима и начелом савесности и поштења.[26] Пажња доброг стручњака која подраз-

25 Брачни пар је закључио уговор о животном осигурању везаном за инвестиционе фондове 2000. године на износ већи од 30.000 евра. Почетком 2002. су схватили да се њихова уштеђевина смањила за 10.000 евра и оценили су да је закључени уговор непримерен њиховим потребама пензионера пољопривредника старијих од 70 година и обратили су се осигуравачу са захтевом да раскину уговор о осигурању. Осигуравач је захтев за раскид уговора одбио и они се обраћају суду са образложењем да им осигуравач није доставио информативну белешку предвиђену чланом Л 132–5–1, Закона о осигурању, односно да им је доставио само опште услове уговора о осигурању тако да они имају право на поништај уговора. Суд је усвојио тужбени захтев јер им осигуравач није доставио информативну белешку, општи услови који су им достављени нису садржали информације предвиђене члановима Л 132–4 А 132–5, посебно о судбини уговора у случају раскида, о вредностима откупа, економским и финансијским ризицима. Како осигуравач није поступио у складу са законским обавезама информисања путем посебне белешке која мора бити одвојена од уговора, то тужиоци, по оцени суда имају право да траже поништај уговора иако је од његовог закључења прошло две године. Апелациони суд у Паризу, одељење, секција А, 22. децембра 2007. бр. РГ–04/15604; обј. у: *L'Argus de L1Assurance/HORS SE'RIE*, август 2007, стр. 35. *Осигурање*, бр. 3/2008, стр. 72.

26 ЗЗП, чл. 5 ст. 1, тач. 14.

умева повећану пажњу, према правилима струке и обичајима, се захтева за обављање обавеза из професионалне делатности према чл. 18 ст. 2 ЗОО. Стандард професионалне пажње се утврђује у сваком конкретном случају зависно од околности сваког конкретног случаја и за одређену професију уз коришћење општих критеријума, уз примену одредби посебних закона којима се регулишу поједине професионалне делатности и кодекса понашања професионалних удружења. Кроз судску праксу ће се определити стандард *ūрофесионалне ūажње* који се основано очекује од трговца у пословању са потрошачима. Начело савесности и поштења као опште начело облигационог права чл. 12 ЗОО се потенцира и у ЗЗП у складу са одредбама Директиве 2005/29/ЕЗ.

Одредба чл. 21 ЗОО обавезује стране у облигационом односу да у правном промету поступају у складу са добрим пословним обичајима што представља оквир у коме треба да се крећу поступци странака. Под добрим пословним обичајима се подразумевају одређене друштвене норме (моралне) које су усвојене у свести друштвене средине и које нису санкционисане.[27] Поступање трговаца према потрошачима које није у складу са добрим пословним обичајима је опредељено одредбама ЗЗП које дефинишу облике непоштеног пословања. Трговци својим кодексима пословне етике за поједина занимања односно делатности, који доносе у складу са одредбама Кодекса пословне етике,[28] могу предвиде специфичне облике повреде добрих пословних обичаја и непоштеног пословања који су везани за конкретну делатност или занимање. У појединоm случају садржај норме одређује суд како редован тако и суд части при привредним коморама јер се ради о фактичком проблему. Суд части привредне коморе (даље Суд части) своје одлуке заснива на повредама Кодекса пословне етике, повреде добрих пословних обичаја и пословног морала.[29] Трговац може да одговара за поступање супротно добрим пословним обичајима и кад одређеним поступцима није нанео штету другим лицима нити је имао намеру да то учини.[30] Сматра се да

27 Слободан Перовић, *Облиīационо ūраво*, Београд, 1980, стр. 98.

28 Кодекс пословне етике (*Службени īласник РС*, бр. 1/06).

29 „Предузеће за туризам и услуге које је организовало путовање у иностранство, чини повреду добрих пословних обичаја и пословног морала ако не обавести или погрешно обавести корисника услуге, који наступа у доброј вери, о формалностима око издавања пасоша и визе, па корисник услуге због тога буде задржан по доласку у другу државу, изложен малтретирању и губљењу времена и додатним трошковима око вађења новог пасоша и визирања истог." Одлука Суда части при Привредној комори Београда С. бр. 78/04 од 24.11.2004, *Право и ūривреда*, бр. 9–12/2005.

30 „Власник каменорезачке радње чини повреду добрих пословних обичаја и пословног морала када, супротно уговору, постави споменик без присуства наручиоца услуге, па код наручиоца изазове сумњу у квалитет и начин изведених радова и тиме га онемогући да се лично увери да је извршио анкерисање стубова на спо-

је довољно да је сам поступак трговца подобан и да је могао да оштети другога. Потрошачи имају могућност да се обрате, у циљу заштите својих интереса, и Суду части који, уколико утврди да је трговац одговоран, изриче неку од одговарајућих мера друштвене дисциплине која се евидентира у регистру мера које је суд изрекао и представља додатну санкцију за несавесног трговца.

Директива 2005/29/ЕЗ у преамбули тачка (18) одређује *просечног потрошача* као потрошача који је добро обавештен, довољно пажљив и брижан имајући у виду друштвене, културне и лингвистичке аспекте, на начин на који то тумачи суд правде. Профил *просечног потрошача* у Србији тек треба да се дефинише од стране суда. При том судови треба да имају у виду пресуде Европског суда правде у којима се суд изјашњавао по овом питању као и ставове судова појединих земаља. У појединим одлукама Европски суд правде дефинише појам *активног потрошача* као лице које активно и критички приступа информацијама и у складу са тим се рационално понаша на тржишту.[31] Према оцени Европског суда правде Италија има добар ниво процене *просечног потрошача*.[32] Посебна су правила везана за рањивог потрошача кога је теже дефинисати. Концепт рањивог потрошача на известан начин умањује строгост профила просечног потрошача.[33] У круг тих лица спадају по старосној доби деца и стари као и лица која имају менталних или физичких слабости или су им слабије могућности расуђивања јер су необразовани[34] или лаковерни.

Повреда права на информисање представља обмањујуће пословање у случају да трговац даје нетачна обавештења,[35] ускрати потроша-

менику, што накнадно није могуће проверити без демонтаже споменика.“ Одлука суда части при Привредној комори Београда С бр. 51/05 од 27 јуна 2005, Милица Ћосовић Китић, *Збирка праксе Суда части при Привредној комори Београда,* Београд, 2011, стр. 59.

31 *Case* C–362/88 (1990) ECR I–667, GB-INNO-BM, према Н. Мисита, *нав. дело*, стр. 64 и 168.

32 Антонио Манцини, *Workshop on Unfair Commercial Practice, Contracts Terms and Injunctions*, Београд, 2011.

33 У том смислу одлука Европског суда Case–315/92, *Clinique*, 1994.

34 У случају *Case* 382/87 (1989) ECR 1235, *Buet,* где је спор настао везано за продају образовног материјала у стану потрошача, Европски суд је подржао француски пропис који генерално забрањује овакву продају и при томе се истиче да се овде ради о потрошачу који је „*посебно осетљив*“ јер је недовољно образован. Према Н. Мисита, *нав. дело*, стр. 247.

35 У Мађарској је у једном случају потрошач звао телефоном банку да се распита о процедури и трошковима преноса средстава са рачуна на рачун. Речено му је да трансакцију може да спроведе и да може да изабере да ли ће да све трошкове плати он као пошиљалац, да их плати прималац или да поделе трошкове. Дао

чу битна обавештења која су му потребна за разумно одлучивање или скрива битне информације или пак пружа информације неблаговремено или на нејасан, неразумљив или двосмислен начин, чиме га наводи или прети да наведе да донесе економску одлуку коју иначе не би донео.[36] Трговац сноси терет доказивања тачности података које је дао у вези са производом пре, за време и након закључења уговора, сагласно одредби чл. 19 ЗЗП. Трговац је у обавези да потрошачу пружи битне информације о роби јер потрошач може да донесе погрешан закључак на основу пропуста трговца који му ускрати битна обавештења. Ако му трговац не пружи потребну битну информацију потрошача може доћи у ситуацију да купи робу која не одговара његовим потребама што се сматра обмањујућим пословањем трговца.[37]

Без обзира на тачност обавештења која су дата потрошачу обмањујућим пословањем се сматра и стварање општег утиска којим се просечни потрошач наводи да донесе економску одлуку коју иначе не би донео.[38] У рекламама се срећемо са информацијама које позивају потрошаче да користе одређене производе као здраве због садржаја појединих намирница, као што су житарице, а да се при том се не наводе подаци о другим компонентама намирнице, као што су маст и шећер, који су присутни у већој количини од житарице у рекламираном производу. На основу овакве рекламе потрошач купује скупљи производ и за свој новац не добија очекивани учинак производа који ће побољшати квалитет његове исхране. У обавештењима мобилних оператера којим позивају клијенте да пређу на плаћање рачуна за мобилни телефон плаћањем мобилним телефоном преко услуге банке потрошачима се указује да

је налог да се средства пренесу и да се трошкови поделе. Када је пренос средстава извршен утврдио је да су сви трошкови скинути са његовог рачуна а у банци су му у поступку рекламације рекли да је могуће само на тај начин да се наплате трошкови, односно да није могуће да се трошкови поделе. Инспекција је провером снимљених разговора са клијентима на траци констатовала да је потрошачу дата обмањујућа информација на основу које се одлучио за трансакцију, као и да писане информације не садрже потребне информације за потрошаче. Инспекција је казнила банку и наложила јој да измени садржај информације за клијенте. *Workshop on Unfair Commercial Practice, Contracts Terms and Injunctions,* Београд, 2011.

36 ЗЗП, чл. 21 и 22.

37 ЗЗП, чл. 22 ст. 1 тач. 1. На пример, потрошач је желео да купи на поклон својој мајци егзотичну биљку за њен врт. У цвећари која је специјализована за егзотично растиње је купио биљку која се налазила на полици на којој је писало да су то вртне биљке. Када је његова мајка посадила биљку она се убрзо осушила и угинула. Потрошачу су у цвећари објаснили да је сам крив јер је купио биљку која је собна и да је то разлог што је угинула у врту. Потрошача нису приликом куповине упозорили да купује собну биљку а он је због погрешног разврставања биљака на полицама мислио да купује вртну биљку.

38 ЗЗП, чл. 21 ст. 2.

постоји погодност попуста од 20% у периоду од шест месеци. Међутим, у обавештењу се не наводи да се та услуга на месечном нивоу наплаћује и да ће попуст који потрошачи добију за првих шест месеци анулирати додатни трошак који ће имати због таквог начина плаћања, посебно што овај трошак немају ако рачун плаћају преко исте банке путем трајног налога.

Обмањујућим пословањем се сматра давање потрошачу информација у огласним порукама о очекиваним резултатима употребе производа или резултатима спроведених тестова или провера који су нетачни или га доводе у заблуду. Такав вид пословања је неистинита тврдња трговца у огласу да шампон лечи перут и обећање да ће након употребе шампона израсти нова коса. Иако потрошач поступа у складу са упутством које је на паковању скупог шампона који је купио испоставља се да нема деловање које је обећано односно коса му не расте. Слична је ситуација и са рекламирањем посебних ефеката појединих козметичких производа.

Вид обмањујућег пословања је када се у рекламним порукама потрошачима нуди могућност „бесплатног" или „без накнаде" производа а испостави се да потрошач ипак мора да сноси неки трошак.[39] На пример ако мобилни оператер оглашава да корисници његове мреже могу сваки дан у одређеном временском периоду да бесплатно телефонирају а испостави се да оператер ту услугу пружа под условом да потрошач потпише документ којим ће се обавезати да за ту услугу плаћа одређену накнаду на месечном нивоу.

Трговци су код нас усталили праксу да деле потрошачима писане материјале у којима их обавештавају о тренутној понуди у својим малопродајним објектима. Поједини трговци на овим материјалима наводе да „понуда важи" у одређеном временском периоду и то је најчешће уочљиво истакнуто. На дну материјала, малим словима, тако да то могу да прочитају само особе са веома добрим видом, одштампан је текст у коме се трговац ограничава да понуда важи до одређеног датума или до продаје залиха. Одређени артикли, најчешће је у питању техничка роба, имају атрактивну цену која је на другим местима знатно виша, и због тога се потрошач одлучује да код тог трговца купи наведени производ. Све чешће се дешава да, у кратком року од почетка важности понуде, у продајном објекту нема производа због кога је потрошач дошао у радњу. Потрошач добија обавештење да је ограничена количина производа била на „акцији", да је већ продата у свим продајним објектима истог трговца јер су веома мале количине биле у понуди. Трговац тада нуди потрошачу да купи други производ који је скупљи и није на акцији. Трговци

39 ЗЗП, чл. 23 ст. 1 тач. 19.

морају да имају у виду да се не могу понашати несавесно и да према одредби чл. 35 ст. 2 ЗОО пошиљалац позива одговара за штету ако без основаног разлога не прихвати понуду понудиоца, у овом случају потрошача. Неосновано одбијање понуде није у сагласности са начелом савесности и поштења. У сваком конкретном случају се процењује да ли је одбијање било неосновано јер зависи од околности појединог случаја. Начелно се може сматрати да је основано одбијање понуде која је дата за куповину оглашене робе чија је залиха распродата,[40] посебно ако се трговац у понуди оградио да је ограничен број примерака робе у питању. Међутим, уколико је у старту трговац огласио да нуди одређен производ са попустом али са напоменом да понуда важи до истека залиха која је тешко читљива и неуочљива за потрошача и утврди се да је била у питању симболична количина робе у односу на могући број купаца, може се основано поставити питање добре намере односно савесности и поштења трговца.

Пракса трговаца у земљама чланицама Европске уније у протеклом периоду је показала да се трговци користе наведеном праксом оглашавања повољних производа које немају у понуди или их нуде у симболичној количини са намером да примаме купце да дођу у њихове продајне објекте како би били у прилици да им понуде друге производе који нису на „акцији“ и за које потрошачи нису заинтересовани.[41] Такво понашање трговаца је препознато као пример непоштеног пословања односно заваравајућег оглашавања и у одредбама ЗЗП је окарактерисано као обмањујуће пословање трговца. У САД је трговац у обавези да на захтев потрошача изда потврду на основу које он може да робу купи по повлашћеној цени када она поново стигне у продавницу, чак и ако цена буде виша, уколико је купац на основу позива који је добио преко средства јавног информисања или на други начин, дошао код трговца а роба је већ била продата. У случају када се трговац јасно у свом позиву огради да цена важи само у кратком временском интервалу или за ограничен број примерака робе ова обавеза трговца не постоји.[42]

Једно од основних права потрошача је и *право на правну заштиту* под којим се подразумева „заштита права потрошача у законом предвиђеном поступку у случају повреде његовог права и накнада материјалне и нематеријалне штете коју му причини трговац“.[43] Понашање трговца које је одредбама ЗЗП окарактерисано као обмањујуће

40 Јаков Радишић, *Облигационо право*, Номос, Београд, 2008, стр. 91.

41 На пример, оглашавање продаје мобилног телефона по знатно нижој цени у односу на друге трговце на тржишту а да нису обезбеђене разумне залихе у односу на могуће интересовање на основу оглашавања.

42 Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд, 2010, стр. 309.

43 ЗЗП, чл. 2 ст. 1 тач. 6.

пословање санкционисано је могућношћу изрицања новчане казне за правно лице и одговорно лице у правном лицу.[44] Надлежни инспектор у вршењу надзора проверава да ли трговац непоштено послује и уколико утврди да има елемената таквог пословања решењем ће наложити трговцу да отклони утврђени недостатак. У случају да трговац не поступи по решењу надлежни инспектор ће донети решење о привременој забрани продаје робе, односно пружања услуга до отклањања недостатка због којих је та мера изречена.[45]

Одредбе ЗЗП[46] омогућавају потрошачу, чије је право или интерес повређен да покрене поступак забране непоштеног пословања, индивидуалним захтевом. Овај захтев може да поднесе и удружење или савез због повреде колективних интереса потрошача.[47] Пре подношења захтева потрошач, односно удружење или савез су у обавези да покушају да спорни однос реше вансудским путем. На основу овог захтева надлежни суд може да утврди да је одређено пословање непоштено, да наложи трговцу да без одлагања обустави непоштено пословање, да утврди обавезу трговца да о свом трошку исправи део огласа који се према одредбама ЗЗП сматра непоштеним пословањем и да наложи трговцу да у средствима јавног информисања о свом трошку објави да му је одлуком надлежног суда изречена мера забране непоштеног пословања. Суд је овлашћен да на предлог подносиоца захтева донесе привремену меру обуставе непоштеног пословања у односима са потрошачима са трајањем до доношења одлуке по захтеву.

За судове ће посебан изазов бити захтеви потрошача за накнаду нематеријалне штете у складу са одредбама ЗЗП с обзиром да се код нас уско тумачи појам нематеријалне штете и да се судска пракса определила да признаје накнаду нематеријалне штете само у оквиру законом признате штете сматрајући да су видови нематеријалне штете у ЗОО таксативно набројани.[48]

---

44 ЗЗП, чл. 151 ст. 1 и 2, у вези чл. 23.

45 ЗЗП, чл. 148 и 149.

46 ЗЗП, чл. 137–146.

47 О могућим проблемима у примени наведених одредби у пракси: Катарина Иванчевић, „Заштита интереса потрошача сагласно одредбама Директиве 97/27/ЕЦ у Европској унији и српском праву", *Право и привреда*, бр. 7–9/2011.

48 Више о овоме: Катарина Иванчевић, „Осврт на поједина решења у Преднацрту грађанског законика Републике Србије у погледу неимовинске штете", *Осигурање, накнада штете и нови грађански судски поступци*, Удружење за одштетно право, Привредна комора Београда, Интермекс, Београд, септембар 2011, стр. 11–31.

***Katarina* IVANČEVIĆ, PhD**
Associate Professor at the Faculty of Law, University Union, Belgrade

LEGAL OBLIGATION OF INFORMING CONSUMERS AND MISLEADING BUSINESS

Summary

Consumer Protection Act of the Republic of Serbia has introduced many innovations in our legislation by transferring solutions from European directives to ensure the protection of consumer interests. The provisions of this law are binding on all market participants. It is essential that retailers fully comply with the requirements this regulation placed before them. The paper points out the provisions of the CPA that traders should pay special attention to, concerning the obligation to inform consumers and deceptive business as a result of inadequate notification of consumers. In practice some confusion for both traders and the supervisory authorities can be expected. There is also a need to define certain terms by the decision of the inspection bodies and courts. Terms such as "average consumer" and "professional care route" in relations with customers and also explanation what we can consider "clear and understandable way" for notifying consumer. The valuable experience of the other countries case law and the European Court of Justice in this process are pointed out in this paper.

Key words: *informing, consumer, trader, misleading business.*

***Велимир* ЖИВКОВИЋ, мастер, MJur (Oxford)**
докторант Правног факултета Универзитета у Београду

МОДЕЛИ ЈАЧАЊА УЛОГЕ УДРУЖЕЊА ПОТРОШАЧА И ПОСЛОВНИХ УДРУЖЕЊА У ПОСТУПЦИМА ЗА НАКНАДУ ШТЕТЕ ЗБОГ ПОВРЕДЕ ПРАВИЛА КОНКУРЕНЦИЈЕ

Резиме

Приватноправно спровођење права конкуренције у виду тужби за накнаду штете од стране оштећених лица представља важан аспект укупног режима права конкуренције. Овој материји је у праву Србије посвећен члан 73 Закона о заштити конкуренције што је корисно али и недовољно за потпуније и сврсисходно регулисање.

У контексту општих напора на европском континенту за јачање овог облика спровођења права конкуренције у овом чланку износе се идеје за побољшање правног оквира у Србији у домену јачања улоге удружења потрошача и пословних удружења. Овим удружењима би требало бити омогућено да иницирају тужбе за надокнаду штете коју су претрпели потошачи и чланови пословних удружења и то посебно у ситуацијама када су наведена лица суочена са великим препрекама да сама покрену поступке. У том смислу се у чланку износи скица модела који би могли бити примењени.

Кључне речи: *право конкуренције, накнада штете, удружења потрошача, пословна удружења.*

I Увод

Закон о заштити конкуренције из 2009. године[1] (у даљем тексту: ЗЗК) унео је у српско право заштите конкуренције између осталих и новину у члану 73 којим се регулишу ситуације приватноправних поступака накнаде штете проузрокованих повредама конкуренције, у ситуацији када постоји одлука о утврђеној повреди од стране Комисије за заштиту конкуренције (у даљем тексту: КЗК). Овај облик заштите конкуренције у упоредном законодавству и доктрини познат је по енглеском изразу *follow on actions*, и заједно са другим типом поступака у којима не постоји претходна одлука јавноправног тела за заштиту конкуренције (енгл. *stand alone actions*) чини основни елемент приватноправног спровођења (енгл. *private enforcement*) права конкуреције. Функција приватноправног спровођења је двострука: компензаторна и превентивна. Компензаторна је јер, за разлику од јавноправног спровођења, омогућује оштећенима да непосредно добију обештећење. Превентивна је јер сазнање потенцијалног/оствареног прекршиоца да ће бити изложен и овом облику одговорности – додатно утиче на то да у будућности не крши право конкуренције. Све ово је завредило пажњу и Европске уније и представља једну од кључних смерница у даљем развоју права конкуренције у ЕУ.[2]

Идеја да се материја пратећих одштетних тужби, а тако ћемо у овом раду називати поступке по члану 73 ЗЗК, потпуније регулише је за похвалу. Претходни закон о заштити конкуренције из 2005. године[3] није садржавао сличну одредбу па је садашњи закон свакако искорак у добром смеру. Може се са сигурношћу претпоставити да то ипак не значи да су једним чланом закона решене све недоумице у овој области. Простора за даљи напредак сигурно има, тако да овај чланак садржи неколико предлога које дајемо са уверењем да би допринели побољшању постојећег правног оквира.

Напомињемо да истраживања у овој конкретној области још увек морају бити заснована превасходно на законском тексту и теорији. Судска пракса за члан 73 ЗЗК према аутору доступним подацима практично и не постоји.[4] Мишљења смо да је поред других фактора такво стање

1 *Службени гласник РС*, бр. 51/2009.

2 Ariel Ezrachi, *EU Competition Law – An Analyical Guide to the Leading Cases*, 2nd Ed., Oxford, 2010, стр. 453–454.

3 *Службени гласник РС*, бр. 79/2005.

4 Према подацима доступним аутору, у домену накнаде штете због повреде права конкуренције постоји само једна тужба, а поступак је у застоју док Управни суд не одлучи о жалби на одлуку КЗК. Аутор жели да се овим путем захвали колегама из

узроковано и одређеним мањкавостима постојећих правних решења, те да би евентуално усвајање предлога који се овде износе могло допринети побољшању ситуације. Иначе, предлози који су овде изнети могу се евентуално применити и на самосталне тужбе за утврђење штете због кршења права конкуренције (*stand alone*), али смо уверења да у правном систему са још увек суштински неизграђеним правом и судском праксом у области конкуренције конкретне шансе за добијање обештећења постоје готово искључиво у контексту члана 73 ЗЗК, те зато предлоге на њега и ограничавамо.

У даљем излагању следи кратка анализа члана 73 ЗЗК, а потом предлози како би се могла побољшати решења у погледу парничних поступака покренутих по њему и то у погледу њиховог покретања и вођења од стране удружења потрошача и пословних удружења. Поменути предлози односе се у великој мери на материју која се не регулише правом конкуренције већ и грађанским процесним правом и правом заштите потрошача. Ово показује и да је приступ по коме се материја заштите конкуренције може регулисати правним решењима само у тој области погрешан. Посебно у области приватноправног спровођења потребан је плански и кохерентан приступ свеобухватном регулисању. Тако нешто је у знатној мери изостало у праву Србије и више речи о томе биће у даљем тексту.

II Кратак осврт на члан 73 ЗЗК

Члан 73 ЗЗК гласи:

„Накнада штете која је проузрокована актима и радњама које представљају повреду конкуренције у смислу овог закона, а која је утврђена решењем Комисије, остварује се у парничном поступку пред надлежним судом. Решење Комисије из става 1 овог члана не претпоставља да је штета наступила, већ се иста мора доказивати у судском поступку."

У погледу овог члана, првог своје врсте у краткој али турбулентној историји српских прописа о заштити права конкуренције, основно питање је шта се њиме постиже и да ли је било нужно да се овај члан унесе у наше законодавство.

Чини се да значај овог члана ЗЗК није у иновирању или реформи права конкуренције већ пре свега у разјашњавању одређених питања. Ово је свакако корисно али вероватно није било нужно. Основни елементи који се могу издвојити из овог члана су следећи: а) посредно се

београдских адвокатских канцеларија Карановић, Николић, Морачевић, Војновић, Здравковић/Schoenherr и CMS на консултацијама и подацима.

констатује да за повреду права конкуренције утврђену решењем КЗК постоји и приватноправни елеменат санкције у виду накнаде штете оштећеном; б) поступак накнаде ове штете је парнични и пред надлежним судом и в) штета се мора доказивати а не претпоставља се самим решењем КЗК.

Мишљења смо да ниједан од ових елемената сам по себи не одступа од општих правила и принципа на којима је засновано српско право и да у том смислу суштинске потребе за изричитим наглашавањем поменутих решења није било. Могућност накнаде штете, са или без решења КЗК, ионако је предвиђена широком општим одредбама о накнади штете у члановима 16, 154 и 155 Закона о облигационим односима (у даљем тексту: ЗОО). Вреди напоменути да је ово ситуација која постоји у правима која прихватају концепт опште одговорности за штету потеклог из чланова 1382 и 1383 француског Грађанског законика. У енглеском праву које је засновано на систему тачно одређених деликата,[5] или пак немачком праву где накнада чисто економске вануговорне штете није начелно могућа,[6] оваква изричита одредба би имала далеко већи значај.

С обзиром на контестативну правну природу накнаде штете и њен приватноправни карактер, остваривање у парничном поступку се такође логично намеће. Појам надлежног суда у самом члану додуше није ближе објашњен али се да закључити да се мисли на суд надлежан према општим правилима о надлежности. Иако се то изричито не помиње, у случају када би тужиоци наступали у својству оштећених крајњих потрошача, ваљало би свакако имати у виду и одредбу члана 45 ЗПП о посебној надлежности за потрошачке спорове, као и могућност покретања спора и пред судом боравишта или пребивалишта тужиоца.

Коначно, одредба о томе да се штета не претпоставља такође се подводи под редован приступ овом питању у области накнаде штете.[7] Супротно решење би, уосталом, значило да би постојала претпоставка да је било који тужилац, без изузетка, претрпео штету а да је на туженом да супротно доказује што би захтевало доказивање негативне чињенице у сваком појединачном случају Тако нешто већ на први поглед делује нелогично.

После свега наведеног, постоји ли оправдани разлог постојања за члан 73 ЗЗК? Мишљења смо да је одговор позитиван. Иако се до решења која се у њему налазе може доћи и применом метода правне дедукције, изричита потврда и груписање на једном месту у релевант-

5 Konrad Zweigert, Hein Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, 3rd Ed., Oxford, 1998, стр. 605.

6 *Ibid*, стр. 599–600.

7 Оливер Антић, *Облиīационо īраво,* Београд, 2007, стр. 431–432.

ном законском тексту не може бити негативно, напротив. У систему права конкуренције какав је српски и који је реално гледано још увек у повоју – сваки облик појашњења је користан. Добродошао је судијама који се по први пут сусрећу са овом материјом и смањује могућност да у закључивању ипак дође до нежељених грешака. Добродошао је и лицима која сматрају да су оштећена јер у извесном смислу поред појашњења њиховог права на накнаду штете представља и подстрек да се тим правом и користе. Са ширег становишта то је позитивно и за читав систем заштите конкуренције у једној земљи, због већ поменутих ефеката на превенцију прекршаја у будућности.

Када члан 73 ЗЗК већ постоји, а уз то обавља и корисну функцију, требало би видети како од поступака предвиђених њиме извући максимум. Предлозима у том правцу посвећен је следећи одељак.

III Покретање и вођење поступака – улога удружења потрошача и пословних удружења

Циљ која стоји иза пратећих одштетних тужби је да поступак буде једноставан и ефикасан или бар значајно једноставнији и ефикаснији него у случају када је прво потребно доказивати повреду конкуренције уз кривицу прекршиоца а потом и остале потребне елементе за накнаду штете – насталу штету и каузалну везу између повреде конкуренције и штете. Јасно је да начелно непостојање потребе за доказивањем повреде у великој мери поједностављује и што је такође врло битно, појефтињује судски поступак накнаде штете. И поред тога не би требало имати превише илузија о томе да уз то појефтињење овај поступак представља примамљив избор за крајњег потрошача. Ситуација је нешто другачија са привредним субјектима али опет не нужно у великој мери. Размотрићемо одвојено ситуације и решења која би се могла применити ради побољшања ситуације у погледу покретања поступака накнаде штете за ове две категорије лица која могу бити оштећена повредом конкуренције.

1. Потрошачи

Добра почетна тачка у разматрању положаја потрошача је хипотетички пример на коме се могу видети различите потешкоће везане за крајње потрошаче и поступке накнаде штете. Замислимо ситуацију у којој је ланац супермаркета, који има несумњиво доминантан положај на тржишту, тај положај злоупотребио наметнувши крајњим потрошачима неправично високу цену одређеног производа који спада у робу

широке потрошње у износу који је 20% виши од цене која би била у условима праве конкуренције. Оваква повреда је трајала годину дана, а потом је откривена и санкционисана одлуком КЗК. Штета за сваког од потрошача који је купио наведени производ је несумњива и поступак према члану 73 ЗЗК се чини као одлична могућност да се претрпљена штета надокнади.

Ако претпоставимо да је потрошач потпуно упознат са својим правима која би имао према овом члану и уз то и разматра покретање поступка, пред њега се постављају најмање две велике препреке. Прва се односи на то да ли према рационалном економском понашању потрошач има мотива да поступак покрене. Одговор је у највећем броју случајева негативан. Иако постоји могућност изузетака, ако је повреда конкуренције дуго трајала а појединипотрошач је био изразито оријентисан на куповину тог одређеног производа, закључак је да је појединачни потрошач у збиру претрпео релативно мали износ штете – који га највероватније неће мотивисати да покрене поступак накнаде. Ако узмемо да је увећана цена производа износила 500 динара, што се може сматрати и релативно високом ценом за производ широке потрошње, као и да је наведени производ потрошач куповао једном месечно, штета коју је претрпео потрошач износи свега 1.200,00 динара за годину дана (20% од 500 x 12). Уз чињеницу да само један поднесак адвоката према важећој адвокатској тарифи кошта пет пута толико,[8] и уз даље трошкове судских такси, накнаде за рочишта и чињенице да спор свакако може потрајати – намеће се закључак да потрошач једноставно нема мотива да се у наведени процес упушта ради наведеног износа штете, све и да постоји сасвим извесна могућност да ће трошкови на крају бити надокнађени.[9]

Не би требало мислити ни да је ово само спецификум ситуације у Србији и ионако незавидне ситуације просечног потрошача. Нереалност појединачних тужби за накнаду штете присутна је исто тако у западним земљама – што истиче значај колективних тужби.[10]

Друга препрека за потрошача који би желео да се упусти у поступак лежи пре свега у могућности да претрпљену штету докаже. Све и да је повреда конкуренције детаљно утврђена као штетна радња и да је и

8 Тарифни број 7 Адвокатске тарифе од 10.03.2012. године, доступно на адреси: *http://www.advokatska-komora.rs/propisi_lat/TARIFA_100312.pdf*, 10.4.2012.

9 Члан 153 ЗПП.

10 Jacob S. Ziegel, Anthony J. Duggan, *Commercial and Consumer Sales Transactions – Cases, Text and Materials*, 4th ed., Toronto, 2002, стр. 736; Marc A. Sittenreich, „The Rocky Path for Private Directors General: Procedure, Politics, and the Uncertain Future of EU Antitrust Damages Actions", *Fordham Law Review*, Vol. 78, No.5, стр. 2706 и даље.

каузална веза очигледна, крајњи потрошач би морао да неки начин да докаже своју штету и то кроз пружање доказа да је наведени прозивод заиста макар једном и купио. Да се закључити да у случају робе широке потрошње заиста није једноставно тако нешто доказати. Практично, најреалније би било очекивати доказ кроз поседовање фискалног рачуна, мада је и ту присутна чињеница да такви рачуни не садрже податке према којима би се могао утврдити идентитет купца – потрошача. Већи је проблем што је нереално очекивати да ће потрошач фискални рачун за робу широке потрошње чувати дуго. То све доводи до ситуације у којој потрошач није у могућности да докаже штету, што је изричит захтев члана 73 ЗЗК, а наравно и општих правила накнаде штете.

Ни ово није нешто што је карактеристично само за Србију. Чувени британски случај *JJB Sports*,[11] у коме је удружење потрошача покренуло поступак против ланца продавница спортске опреме због договорног повећања цене дресова енглеске репрезентације, показао је колико је тешко доказати куповину оваквог производа. Број потрошача који је сачувао рачун био је релативно мали, па се прибегавало и доказивањем путем прилагања фотографија на којима потрошач носи наведени дрес. Док је у случају одевних предмета тако нешто евентуално и могуће, јасно је да у већини случајева таквих и сличних доказа нема.

Све наведено може бити другачије у случају када је у питању производ различитог карактера, попут техничке робе. У том случају могуће је да цена производа евентуално оправдава вођење поступка јер је потрошач и даље у поседу рачуна за производ, најчешће да би остварио право на произвођачку гаранцију. Мада је могућност покретања поступка накнаде штете у оваквим случајевима нешто већа, тешко је прогнозирати у којој мери је то случај. Чини се да упоредна искуства и ставови у доктрини сасвим јасно указују да потрошач није спреман на самостално покретање поступка било који производ да је у питању. На крају, иако је ситуација у погледу појединих (скупљих, комплекснијих итд.) производа у овом погледу боља, то не би смело да значи мирење са ситуацијом у којој је прекршилац права конкуренције сигуран да неће бити тужен за накнаду штете ако је прекршај у домену робе широке потрошње.

Док у домену доказивања потрошача да је штета претрпљена није лако предложити решења, решења за ефикасније и извесније покретање поступка као и остваривање бар превентивне улоге приватноправних поступака заштите конкуренције постоје и упоредноправно су добро позната. То су колективне тужбе у различитим облицима: колективне тужбе у правом смислу речи где се тужи у име читаве класе оштећених,

11 *The Consumers' Association v JJB Sports*, Competition Appeal Tribunal Case 1078/7/9/07, детаљи доступни на адреси: *http://www.catribunal.org.uk/237-640/1078-7-9-07-The-Consumers-Association.html*, 10.4.2012.

колективне тужбе где се више десетина или стотина тужилаца удруже и туже у своје име, као и тужбе покренуте од стране одређених удружења у име лица чије интересе удружење брани.[12]

Колективне тужбе у првом значењу су по концепту *class actions*, који је посебно развијен у области права конкуренције у САД. Српско право у начелу не познаје овај концепт осим неких спорадичних појава које подсећају на то, рецимо у компанијском праву.[13] С обзиром да би увођење оваквих тужби у српско право представљало заиста велику промену сматрамо да није реално очекивати тако нешто у скорије време, а посебно не ради побољшања ситуације у области права конкуренције.

Што се тиче колектвних, масовних тужби, законски предуслови за њих постоје. Охрабрује чињеница да се масовне тужбе учесталије јављају пред српским судовима, пре свега као резултат активне улоге адвоката у контактирању и организовању тужилаца. Улога адвоката у приватноправном спровођењу права конкуренције је иначе врло значајна у праву САД и доведена до нивоа основног покретача, што опет изазива подозрење у ЕУ.[14] Иако је ова тема занимљива, не можемо овде превише улазити у детаље. Мишљења смо да би професионални адвокати у Србији, који су за разлику од просечног потрошача много боље информисани, могли одиграти значајну мотивациону улогу за покретање поступака, као и катализатора развоја приватноправних поступака у области права конкуренције.

Остаје ипак неизвесно у којој мери овакве тужбе могу представљати решење за описани пример и просечног потрошача Србији. Наведени потенцијално мали износ штете по појединачном потрошачу условљава неопходност већег броја потрошача који би се прикључили тужби зарад економске оправданости за тужиоце тако и за адвоката, који би читаву тужбу организовао. Контактирање потенцијално заинтересованих тужилаца је тешко изводив посао. Ако би се адвокат определио за јавни позив или оглас ради прикупљања заинтересованих, оправдана је бојазан да би тиме кршио одредбе Закона о адвокатури у погледу рекламирања адвокатских услуга.[15] Мишљења смо стога да би за спонтано самоорганизовање потрошача морао бити већи, учесталији или

12 За више о овим облицима видети, на пример Gerhard Wagner, „Collective Redress – Categories of Loss and Legislative Options", *Law Quarterly Review*, Vol. 127.

13 Члан 476 ст. 4 и 5 Закона о привредним друштвима.

14 Одлична илустрација овог става је резолуција Европског парламента посвећена овој теми – European Parliament resolution of 26 March 2009 on the White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules (2008/2154(INI)), I, доступно на адреси: *http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P6-TA-2009-0187+0+DOC+PDF+V0//EN*, 10.4.2012.

15 Закон о адвокатури, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011, чл. 24.

континуирани разлог и ситуација. Од најчешће инкогнито ангажовања адвоката не може се у Србији очекивати превише, мада остаје нада да ће се ствари у будућности развијати повољније.

Оно од чега би се са правом могло очекивати да буде у првом плану јесу тужбе покренуте од стране удружења потрошача. Специфичност ових тужби је што иако спадају у домен приватноправног спровођења права конкуренције, елеменат компензације самим потрошачима није нужно присутан. Уколико неки потрошач није у стању да докаже да је штету претрпео, положај му неће бити ништа другачији у односу на ситуацију да је поступак покренуо сам – удружења потрошача не исплаћују добијену одштету некоме само на основу тврдње да је штета претрпљена. Али и поред тога што компензација евентуално изостаје, елемент превенције је итекако присутан. Иако можда одштета неће стићи до самог потрошача, свако ко би размишљао о кршењу права конкуренције које може погодити потрошаче би морао узети у обзир и то да би свеједно морао да плати одштету и то, мишљења смо, у пуном износу као да је сваки од потрошача појединачно тражио накнаду штете, а при том и био у прилици да је докаже.

Овако нешто је засад неоствариво у српском праву. Законодавац је у Србији 2010. године донео дуго најављивани Закон о заштити потрошача (у даљем тексту ЗЗП).[16] Овај закон је донет скоро годину дана после ЗЗК и пружао је прилику да се својим одредбама надовеже на ЗЗК, посебно на члан 73. Изостала је ипак шира визија која би омогућила кохерентно решавање заштите положаја потрошача, како у чисто потрошачким споровима тако и споровима у области права конкуренције када су оштећени потрошачи. ЗЗП предвиђа могућност покретања спорова од стране удружења потрошача ради заштите права и интереса потрошача.[17] У права и интересе потрошача које ЗЗП набраја[18] не спада и право на уживање у слободној конкуренцији или интерес потрошача да не буду оштећени тиме што би један или више трговаца кршило правила конкуренције која су, наглашавамо то, према ЗЗК *нарочито ту ради користи потрошача*![19] Парадоксално је да се трговац који није исправно саставио декларацију или добро превео упутство за употребу може наћи на мети тужбе удружења потрошача, али трговац који се са другим удружио да би непосредно од потрошача дословно отео новац кроз вештачко подизање цене је безбедан од тужбе. Парадокс је унеколико и већи, с обзиром на наше опредељење за ЕУ, ако се зна да је

16 *Службени гласник РС*, бр. 73/2010.

17 Чл. 130 ЗЗП.

18 Чл. 2 ЗЗП.

19 Чл. 1 ЗЗК.

могућност покретања оваквих поступака од стране удружења потрошача добро позната у правима чланица ЕУ већ деценијама. За примере чак не треба ићи много далеко нити пак западно – тако нешто могуће је у суседној Румунији већ двадесет година.[20]

Овакву мањкавост у праву Србије би било пожељно исправити. Ради тога сматрамо корисним да се у општим цртама преложи модел који би могао бити основ за реформу и унапређење закона. Пре свега мислимо на ЗЗП и имплементацију одговарајућих одредби везаних за право конкуренције и интересе потрошача у овој области. Напомињемо да у оквирима овог чланка нема потребе разматрати репрезентативност удружења потрошача и њихову активну легитимацију у том погледу. У излагању које следи претпоставља се да је удружење или савез удружења који покреће тужбу довољно репрезентативан за тако нешто. Даље, свесни смо и чињенице да остваривање заштите потрошача преко удружења потрошача у Србији наилази на велике потешкоће с обзиром на мањак институционалних капацитета удружења потрошача.[21] Имајући у виду потешкоће у пракси, сматрамо да би правни режим требало унапређивати, уз наду да ће паралелно са тим доћи и до побољшања у пракси. Ако проблеми постоје у пракси, то ипак није разлог да се правни оквир запостави и не унапређује даље.

Мишљења смо да је најбољи модел за остваривање резултата у Србији налик *cy pres* концепту какав је присутан у упоредном праву.[22] Удружење потрошача би имало право да покреће поступке накнаде штете у име потрошача на основу донетих одлука комисије и у складу са чланом 73 ЗЗК. Претрпљеном штетом би се овде сматрала штета коју су претрпели сви потрошачи који су наведени производ купили а чије интересе удружење брани. Самим тим и доказивање претрпљене штете би се одвијало другачије. На основу пословних података прекршиоца и других субјеката укључених у процес продаје крајњим потрошачима дошло би се до податка о томе колико је производа продато по вештачки подигнутој цени у време трајања прекршаја. Та количина помножена са износом за који је подигнута цена у односу на ону која би постојала у ситуацији да прекршаја није било – би представљао износ који би прекршилац био дужан да надокнади као штету коју су потрошачи прет-

20 European Consumer Consultative Group Opinion on Private Damages Actions, 2010, доступно на адреси: *http://ec.europa.eu/consumers/empowerment/docs/ECCG_opinion_on_actions_for_damages_18112010.pdf*, 10.4.2012, стр. 78.

21 Конференција Уједињених нација за трговину и развој, Експертска анализа политике заштите конкуренције: Србија, 2011, доступно на адреси: *http://archive.unctad.org/ru/docs//ditcclp2011d2_ru.pdf*, 10.4.2012, стр. 54–56.

22 За више о овоме видети, на пример, Sam Yospe, „Cy Pres Distributions in Class Action Settlements", *Columbia Business Law Review*, Vol. 3/2009.

рпели. Јасно је да је овакав начин доказивања штете, иако ограничен на непосредну штету а не и изгубљену добит, далеко једноставнији и ефикаснији од тога да сваки потрошач доказује своју штету. Уколико је одлука КЗК правоснажна, те тиме постоји *res iudicata* да је прекршилац заиста и одговоран, овакав систем доказивања је и сасвим легитиман. Наравно, у овом процесу постоји могућност тешкоћа у утврђивању количине производа, опструкције и одуговлачења од стране туженика и слично. Лек за то би могла бити разумна употреба члана 232 ЗПП и могућности слободне оцене износа накнаде штете у случају постојања несразмерних тешкоћа у утврђивању тачног износа.

Питање које се даље поставља је шта учинити са добијеном накнадом. Јасно је да као таква не припада удружењу потрошача јер је тужба покренута у циљу заштите интереса потрошача а не удружења. Прва могућност за добијену накнаду штете је да сваки од потрошача који може ипак да докаже да је штету претрпео из добијене одштете такође буде обештећен. У том циљу би било пожељно да удружење потрошача буде обавезано да по добијеној одштети објави јавни позив потрошачима и остави примерен рок (као неки минимум чини се рок од три месеца) да се јаве и уколико су у могућности докажу да су купили производ у наведеном периоду. Поред тога, сваком потрошачу би и даље остало омогућено да сам на суду оствари накнаду штете, независно од поступка који би водило удружење потрошача. Тако нешто би се могло десити у случају да је потрошач незадовољан добијеним износом или има намеру да докаже и изгубљену добит. У случају позитивног исхода по потрошача и исплаћеног износа од стране прекршиоца, прекршиоцу би било дозвољено да уз доказ о томе добије повраћај исплаћеног износа из износа одштете који је плаћен у поступку покренутом од стране удружења потрошача.

По истеку периода за пријављивање, преостали износ одштете би требало да буде на располагању удружењима за заштиту потрошача за покретање нових пратећих одштетних тужби и за активности усмерене ка побољшању заштите потрошача, односно јачању свести о потреби заштите конкуренције и права потрошача у том погледу. У том погледу чини се да је најбоље решење да наведена средства буду на посебном рачуну под надзором за то одређеног државног органа (Министарства трговине а можда и КЗК) и одобравана по захтеву удружења за заштиту потрошача за конкретне активности.

На овај начин пружила би се прилика актерима који су добро информисани и мотивисани да заштите потрошаче да то заиста и ураде, остварио би се циљ превентивног дејства приватноправног спровођења права конкуренције, циљ компензације потрошача не би био у потпуности искључен а остварила би се средства за даљу подршку оваквог

спровођења заштите конкуренције и/или другим активностима усмереним ка заштити потрошача.

Изнети модел је скица могућег решења. У самој имплементацији кроз законска решења постојала би потреба за решавањим различитих осетљивих питања. Два проблема се посебно истичу и вредело би им посветити нешто више пажње.

Први је питање егзактног износа за који је дошло до вештачког повећања цене. Не мислимо овде само на проблеме који могу настати приликом економског израчунавања тога која би била права тржишна цена у различитим периодима трајања прекршаја и слично, иако је то такође огроман проблем у праву конкуренције.[23] Кључно питање за остваривање једноставности пратећих одштетних тужби је да ли ће КЗК у својој одлуци на којој се базира даљи поступак бити довољно прецизна или уопште прецизна у одређивању у којој мери је и како прекршај довео до повећања цене крајњим потрошачима. Без прецизног податка у том смислу, пратећа одштетна тужба може се лако претворити у нешто поједностављену варијанту *stand alone* поступака. Ако би удружење потрошача морало да доказује и објашњава узрочну везу између прекршаја и повећања цене крајњим потрошачима, као и сам износ тог повећања, а то ће изискивати велике напоре у прикупљању доказа и комплексну економску анализу, мишљења смо да је читав концепт пратећих одштетних тужби обесмишљен. КЗК је већ била критикована за претерано упрошћен приступ комплексним питањима.[24] Остаје да се очекује, па у том смислу и апелује на КЗК, да се у доношењу одлука поступа темељно и исцрпно, са што више детаља и објашњења. Поред очигледних предности детаљно образложене одлуке је и та да је мање подложна евентуалном обарању од стране Управног суда. Предност у погледу једноставности даљих поступака према члану 73 ЗЗК би такође требало да буде важан мотив у одлучивању.

Други проблем би могао бити изазван потенцијалним злоупотребама у домену расподеле добијених средстава из одштете коју би прекршилац платио. Један вид тога је опасност појаве наводних оштећених потрошача који би у договору са удружењем потрошача могли противправно добити накнаде из добијеног износа. Ово је наравно нешто што би се морало строго контролисати, пре свега кроз увођење макар два независна нивоа провере захтева оштећеног потрошача према удружењу потрошача односно према добијеном износу одштете. Други вид проблема би могао бити у симулованим тужбама од стране наво-

23 Видети Oxera, „Quantifying antitrust damages", Brussels, 2009, доступно на адреси: *http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf*, 10.4.2012.

24 Борис Беговић, Владимир Павић, „Јасна и непосредна опасност II: Час анатомије", *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2010, стр. 347–350.

дних оштећених потрошача према прекршиоцу у којима би туженик одмах признао све наводе и наводно исплатио потрошача – да би могао да добије повраћај суме из плаћене одштете по поступку удружења потрошача. Мишљења смо да би зато било препоручљиво регулисати да у случајевима тужби појединачних потрошача када се води или је завршен поступак од стране удружења потрошача, туженик – прекршилац нема право слободног располагања у виду признања захтева тужиоца већ да суд требало да у пуној мери примени своја права у смислу чланова 340, 3, 7, 9 и 230 ЗПП.

Мишљења смо да за разлику од потенцијалног увођења колективних тужби по моделу *class actions*, имплементација оваквог модела не би захтевала превише радикалне мере, у праву заштите потрошача и праву конкуренције. Стога остаје позив законодавцу да озбиљно размотри увођење оваквог модела и његово што скорије усвајање, уз даља побољшања до којих би се дошло у јавној расправи.

2. Привредни субјекти

Као оштећена лица у случају повреде правила конкуренције могу се често јавити и привредни субјекти. То је нпр. случај када се произвођачи одређеног производа или репроматеријала договоре о одређивању цене и тиме оштете привредне субјекте који су даље у производном ланцу. Реална је могућност да тада оштећени привредни субјекти то повишење цене пребаце на крајње потрошаче или можда даље низ ланац производње (познати *pass-on* проблем у праву и економији конкуренције).[25] Ово са своје стране опет може имати последице на утврђивање каузалног односа и у којој мери је радња прекршиоца заправо изазвала штету одређеном субјекту. За даље разматрање сматраћемо да то није случај, већ да су већ први субјекти у ланцу „апсорбовали" наведено договорено повећање цене и у потпуности сами претрпели штету. Требало би на овом месту напоменути да у случају када су ови субјекти приморани да подигну сопствене цене, отвара се могућност тражења надокнаде штете због изгубљене добити која би настала због губитка клијентеле проузрокованог тим порастом цена.

Одмах би требало истаћи да су у односу на положај потрошача привредни субјекти у значајно бољем положају и то у оба кључна сегмента – износ штета и могућност доказивања штете. Сасвим је извесно да када су у питању претрпљене штете износи о којима се ради неупоредиво већи него у случају потрошача – што прогресивно повећава економ-

25 Видети, на пример, Theon Van Dijk, Frank Verboven, „Cartel Damages Claims and the Passing-On Defence", CEPR Discussion Paper No.DP6329, доступно на адреси: *http://ssrn.com/abstract=1136655*, 10.4.2012.

ску оправданост вођења спора, а тиме и заинтересованост привредног субјекта који је штету претрпео. Што се тиче могућности доказивања, не би требало посебно истицати колико је већа вероватноћа да ће привредни субјекти имати доказе о обављеним куповинама (фактуре, отпремнице итд.) у односу на просечног потрошача.

Размотримо шта то конкретно значи са становишта пратећих одштетних тужби. Одговор зависи од тога да ли се у положају оштећеног привредног субјекта нађе веће привредно друштво или пак мало или средње предузеће или предузетник. У случају већих привредних друштава, која уз то располажу сопственом правном службом или имају сасвим довољно средстава да финансирају рад спољних адвоката, одговор је да су у релативно повољној позицији да пратеће одштетне тужбе покрену самостално. Не може се рећи да је то нужно случај и са малим и средњим предузећима и предузетницима. Поред реалне могућности да износ претрпљене штете буде значајно нижи у односу на већа привредна друштва, што сматрамо да снижава могућност самосталног делања, под знаком питања је и финансијска могућност ових субјеката да слично већим привредним друштвима финансирају вођење поступака. Није потребно на овом месту елаборирати незавидни положај малих и средњих предузећа и предузетника у Србији у општој хроничној неликвидности српске привреде. Ако се нешто са сигурношћу може тврдити, то је да ниједан од ових субјеката није спреман да се упушта у додатне трошкове самосталног парничења ако није апсолутно сигуран у релативно скори добитак. Успех никада није загарантован, а елеменат брзог решења спора такође може изостати у случају, нажалост понекад врло присутне, неефикасности српског правосуђа.

Не би се смело допустити да у ситуацијама где привредни субјекти нису у изгледној позицији да покрену одштетну тужбу изостане било какав вид приватноправне акције против прекршиоца. Мишљења смо да овде пословна удружења могу имати важну улогу, сличну али и нешто другачију у односу на удружења потрошача.[26] Улога пословних удружења би могла да буде двострука.

Прво, пословна удружења су у добром положају да информишу и организују своје чланове у погледу пратећих одштетних тужби. Сматрамо да се са правом може очекивати од пословног удружења, као заштитника интереса својих чланова, да активно прати дешавања на пољу примене права конкуренције и своје чланове информише о њиховим потенцијалним правима, уколико сами чланови нз неког разлога нису информисани. Пословно удружење може бити добар форум на коме се привреди субјекти могу договорити за покретање колективне тужбе по-

26 Под пословним удружењима подразумевамо пословна удружења у смислу Закона о привредним друштвима, чл. 578–580.

знате српском праву, односно тужбе са већим бројем тужилаца. Ово би требало да омогући ниже трошкове и ефикасније решење спора. Поред ситуације у којој би се за тужбу анимирала већа привредна друштва, оваква улога пословних удружења може бити од користи и када су у питању мањи привредни субјекти. Сматрамо да остваривање овакве улоге пословних удружења не захтева промену постојеће правне регулативе, већ искључиво *свест пословних удружења о питањима права конкуренције* и улоге коју могу имати у заштити интереса својих чланова на овај начин.

Друго, мишљења смо да постоји и потреба за тим да и пословним удружењима буде омогућено да покрећу пратеће одштетне тужбе у име својих чланова. Пре излагања детаља могућих модела, требало би истаћи и који је основни разлог за то. Разлог је тај што и поред информисања и евентуалног покушаја организовања колективне тужбе постоји реална могућност да чланови пословног удружења не искажу интерес за тако нешто. Један узрок тога може бити недостатак спремности да се одређена финансијска средства уложе у поступак и поред предности које колективне тужбе нуде. Други реалан узрок може бити страх од тога да покретање тужбе може изазвати реакцију туженика у виду престанка даље сарадње. На малом тржишту као што је српско, то често може довести у питање и даљи рад привредног субјекта.

У оваквим случајевима пословно удружење може бити бољи избор за покретача поступка. Поред избегавања ситуације да услед непокретања поступка прекршилац остане у потпуности некажњен са приватноправног аспекта, предност је и та што се чини извеснијим да покретање поступка од стране пословног удружења смањује могућност освете туженика. У поређењу са изолованим тужиоцима, прекид сарадње са свим члановима једног пословног удружења делује као потез који би могао једнако ако не и више штетити интересима туженика а самим тим се чини као далеко мање вероватна опција.

Што се тиче предлога самог модела по коме би пословна удружења могла тужити у име својих чланова чини се да је оправдано и овде правити разлику између великих привредних друштава и МСП и предузетника. Мишљења смо да је у погледу овакве заштите у великој мери могуће изједначити положај МСП и предузетника са положајем потрошача. Неке иницијативе на европском плану, попут Предлога Регулативе о заједничком европском праву продаје где је ово изједначење такође у великој мери извршено,[27] показују да је овај тренд изједначавања и упоредноправно виђен као оправдан. Доста питања је остало отворено. Док се у случају предузетника може са сигурношћу рећи да им је положај

27 Видети саопштење Европске комисије на: *http://ec.europa.eu/justice/newsroom/news/20111011_en.htm*, 10.4.2012.

врло близак положају потрошача, могле би се поставити питање да ли је то баш и случај са свим МСП, а посебно са средњим предузећима на горњој граници критеријума ове дефиниције какав постоји у праву Србије.[28] Не би стога било неоправдано размислити о увођењу посебне дефиниције МСП за потребе оваквих поступака која би боље приказивала реалност свакодневног пословања.

С обзиром на предложено изједначавање положаја логично се намеће да би и заштита путем пословних удружења ишла, *mutatis mutandis,* по истом моделу. Оно што се може поуздано претпоставити као предност је да функција компензације и превенције може бити остварена у далеко већој мери код предузетника и МСП у фази јавног позива после исплате одштете од стране прекршиоца. За разлику од удружења потрошача, која увек заступају једну хомогену скупину, то не мора бити случај са пословним удружењима у чијем чланству би евентуално били измешани предузетници, МСП и велика привредна друштва. С обзиром на ово, мишљења смо да је други модел вођења приватноправних тужби од стране пословних удружења који ћемо сада изложити добра допуна првом.

Ако се прихвати да привредне субјекте који пређу одређене прагове величине не би требало штитити на исти начин као потрошаче и мање привредне субјекте односно предузетнике, као резултат настаје ситуација у којој ти субјекти сами остварују своја права према члану 73 ЗЗК. Иако би то, као што смо већ навели, могло да се деси у погледу одређених привредних субјеката, није никако на одмет законски регулисати и могућност да у име и ових субјеката иступа пословно удружење. Наравно, модел би изгледао другачије:

– пословном удружењу би се омогућило да буде пуномоћник својих чланова али уз њихов пристанак;
– поступак доказивања би ишао редовним током, тј. пословно удружење би доказивало претрпљену штету привредних субјеката у чије име и за чији рачун наступа;
– не би било никаквог посебног начина расподеле добијене одштете – она би се прослеђивала привредним субјектима којима и припада на основу претрпљене штете.

Овакав модел не би захтевао неке радикалније промене прописа. Можда није тако иновативан као претходно описани али свакако би имао и својих предности. Пословно удружење би било у прилици да буде погодан форум за договор око колективних акција али и да

28 Закон о рачуноводству и ревизији, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006 и 111/2009, чл. 7.

само покрене тужбу, уз пристанак својих чланова, што се може показати као делотворнији начин поступања. Иступање под окриљем пословног удружења може деловати подстицајније на привредне субјекте и смањити страх и/или од могуће освете туженика. Примена оваквог модела би омогућила да пословно удружење може једном тужбом, у једном поступку заштити интересе својих чланова – иако су различитог статуса у погледу величине. Заштита различитих субјеката би ишла по различитим моделима, али би пословно удружење било у могућности да свеједно покрене и води поступак чиме се постиже већа ефикасност и мањи трошкови.

Оправдано је стога закључити да пословна удружења могу имати великог удела у томе да члан 73 ЗЗК заживи у пракси. Поред позива законодавцу да размотри евентуалне измене у предложеном смислу, требало би упутити и позив пословним удружењима да у оквиру већ постојећих прописа и сопствених активности обрате пажњу да и у области права конкуренције помогну остваривање права својих чланова.

IV Закључак

Приватноправно спровођење права конкуренције у виду пратећих одштетних тужби важан је елемент заокруженог система права конкуренције у једној земљи. И поред снажне подршке која је на европском плану дата развоју овог аспекта права конкуренције, чини се да је и са становишта законских прописа и са становишта праксе у Србији учињено мало.

Искорак учињен уношењем члана 73 ЗЗК у српско законодавство се са једне стране може оценити као користан, а са друге као недовољан сам по себи. Покретање пратећих одштетних тужби које су предвиђене овим чланом би било дозвољено и могуће и према општим правилима српског облигационог права о вануговорној накнади штете. И поред тога, изричита потврда могућности покретања ових тужби у члану закона уз одређена појашњења садржана у њему је значајна и корисна у систему права конкуренције. У Србији овај процес је у раној фази развоја и карактерише га неискуство свих актера – од оштећених па све до судија. Мишљења смо и да постојање оваквог члана има превентивну и одређену пропагандно-информативну функцију у смислу обавештавања и подстицања лица оштећених повредом правила конкуренције да остваре своје право на накнаду штете.

У пракси ипак није дошло до значајнијих помака. Остаје отворено питање да ли КЗК предузимала довољно у откривању и кажњавању повреда конкуренције које би биле погодне за примену члана 73 ЗЗК, што

посебно истраживање. Мишљења смо да и недовољно разрађене одредбе у погледу покретања поступака када су оштећени потрошачи и привредни субјекти сада и надаље могу утицати на интензитет покретања поступака преама члану 73 ЗЗК. У циљу исправљања ових мањкавости могу се предложити одређене реформе у српском законодавству.

Увођење могућности да у име потрошача, који су врло често немотивисани да покрену поступак или у немогућности да претрпљену штету докажу, поступак воде удружења потрошача представља логичан одговор на проблеме и праћење упоредноправних решења. У том правцу су корисни и поједностављивање одредби о доказивању штете у оваквим ситуацијама, као и посебан и транспарентан начин расподеле и коришћења добијене одштете. Ради оптималног коришћења могућности које би биле пружене удружењима потрошача у овој области – потребно је побољшање деловања удружења у пракси и њихових капацитета и могућности да активно и самостално делају у циљу заштите интереса потрошача.

У циљу свеобухватног регулисања, у складу са реалностима свакодневног пословања, оправдано је створити и могућност да пословна удружења на сличан начин заштите интересе својих чланова. Овде је нужно правити разлику између модела заштите која би се пружала МСП и предузетницима (модел као код потрошача) и модела у случају већих привредних субјеката. У сваком случају, увођење пословних удружења у материју приватноправног спровођења права конкуренције је циљ коме би требало тежити и независно од ових предложених модела.

Законодавац у Србији засигурно јесте спреман да настави са развојем права конкуренције у Србији. То се у пракси не би смело свести на некритичко и пуко преписивање правних тековина Европске уније, да би се испунила форма – а посебно не ради стварања утиска да се нешто заиста ради на реформама. Потребна је промишљеност и схватање да је за постизање најбољег резултата нужно видети да ли и како је могуће реформисати и области које граниче са правом конкуренције. Скица решења и модела предложена у овом раду требало би да могу да допринесу томе у области примене члана 73 ЗЗК. Усвајање ових или сличних модела било би значајно за ширење свести о праву конкуренције у привреди и код потрошача. Све то доприноси даљем развоју културе конкуренције, што би свакако требало да буде дугорочни циљ Србије у правном и економском смислу.

***Velimir* ŽIVKOVIĆ, LL.M, MJur (Oxford)**
PhD Candidate, Faculty of Law University of Belgrade

MODELS FOR STRENGTHENING THE ROLE OF CONSUMER ASOCIATIONS AND BUSINESS ASSOCIATIONS IN DAMAGES ACTIONS FOR THE BREACH OF COMPETITION RULES

Summary

Private enforcement of competition law through damages actions by the persons who suffered them represents an important aspect of the whole regime of competition law. In Serbian law, Article 73 of the Law on the protection of competition is dedicated to this matter which is both useful and insufficient for complete and thorough regulation.

In the context of general efforts in Europe to strengthen this form of competition law enforcement, this article puts forward ideas for the improvement of legal framework in Serbia regarding the strengthening of the role of consumer and business associations. These associations should be allowed to initiate damages actions for the damages suffered by the consumers and business association members, especially in situations where these are faced with large obstacles for initiating the actions themselves. To achieve this, the article presents a sketch of models which could be applied.

Key words: *competition law, damages compensation, consumer associations, business associations.*

***Борко* МИХАЈЛОВИЋ**
сарадник у настави на Правном факултету у Крагујевцу

ЗАШТИТА ПОТРОШАЧА ОД НЕПОШТЕНОГ ПОСЛОВАЊА

Резиме

Законом о заштити потрошача из 2010. године детаљно је регулисано непоштено пословање трговаца према потрошачима. На нивоу Европске уније, непоштено пословање регулисано је Упутством ЕУ о непоштеним пословним праксама, које је усвојено 2005. године, а чије одредбе су у великој мери имплементиране у наше законодавство. И Законом о заштити потрошача и Упутством ЕУ о непоштеним пословним праксама, приликом регулисања непоштеног пословања, усвојен је исти, тзв. тростепени приступ. То значи да је, најпре, одређено који општи услови морају бити испуњени да би се пословање трговаца сматрало непоштеним. Потом су регулисани, у пракси, најчешћи облици непоштеног пословања – обмањујуће и насртљиво пословање. На крају, наведена је тзв. црна листа обмањујућег и насртљивог пословања, којом су прописани облици пословања који се у свим околностима сматрају непоштеним. Законом о заштити потрошача наведени су и различити облици остваривања заштите потрошача од непоштеног пословања: вансудска, судска и управноправна заштита (заштита од стране инспекцијских органа).

Кључне речи: *непоштено пословање, обмањујуће пословање, насртљиво пословање, потрошач, облици заштите потрошача од непоштеног пословања.*

I Увод

Тржишно пословање представља свако чињење или нечињење трговца (радњу или пропуштање), начин његовог пословања или представљања и пословну комуникацију, укључујући оглашавање, које је непосредно повезано са промоцијом, продајом или испоруком производа потрошачима. У оквиру овог општег појма тржишног пословања разликује се тржишно пословање које је у складу са законом и добрим пословним обичајима, тј. оно пословање које не штети легитимним интересима потрошача, али и других трговаца, од оног тржишног пословања које је непоштено. У земљама у којима систем заштите потрошача још увек није на задовољавајућем нивоу, као што је наша, непоштено пословање је све присутнија појава. Један од основних разлога ове појаве су тешки услови пословања трговаца, који их наводе да се у циљу привлачења потрошача и остварења већих прихода користе и различитим облицима „недозвољених средстава", као што су лажи, обмане, преваре, агресивно пословање итд. Но, без обзира на неспорно постојање наведеног разлога, он није и не може бити оправдање за наведена негативна понашања трговаца.

У протеклих неколико година у земљама Европске уније (у даљем тексту: ЕУ), уочено је да је развој поштене пословне праксе од суштинског значаја за убрзање развоја прекограничног пословања на унутрашњем тржишту ЕУ. Зато је на нивоу ЕУ 2005. године донето Упутство ЕУ о непоштеним пословним праксама[1] (у даљем тексту: Упутство). У циљу усклађивања са правном регулативом ЕУ, као и ради ефикасније заштите права потрошача у нашој земљи, Законом о заштити потрошача из 2010. године[2] (у даљем тексту: ЗЗП) детаљно су регулисани појам и облици непоштеног пословања, које је законом изричито забрањено. На тај начин, доприноси се заштити економских интереса потрошача, али и других трговаца/конкурената, чији интереси су непоштеним пословањем посредно угрожени. Уосталом, и Уставом Републике Србије[3] забрањене су све *нечасне радње* на тржишту усмерене према потрошачима.[4] У те радње могу се убројати и различити облици непоштеног пословања трговаца према потрошачима.

Приликом правног регулисања непоштеног пословања у нашем праву је, по узору на право ЕУ, прихваћен тзв. *тростепени приступ*. То значи да је, најпре, одређено који општи услови морају бити испуњени да би се пословање трговаца сматрало непоштеним. Потом су

1 Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council on Unfair Commercial Practices.

2 *Службени гласник РС*, бр. 73/2010.

3 *Службени гласник РС*, бр. 98/2006.

4 Устав Републике Србије, чл. 90 ст. 2.

детаљно регулисани, у пракси, најчешћи облици непоштеног пословања – обмањујуће и насртљиво пословање. На крају, наведена је тзв. црна листа обмањујућег и насртљивог пословања, којом су прописани облици пословања који се сматрају непоштеним без обзира на околности конкретног случаја. Значај овакве тзв. црне листе је у томе што она омогућава судовима, управним органима, трговцима и потрошачима да једноставније одреде које је пословање непоштено. На тај начин, тзв. црна листа доприноси повећању правне сигурности.

II Појам непоштеног пословања

Пословање је непоштено, ако су кумулативно испуњена два услова. Први услов је да је пословање трговца противно захтевима професионалне пажње. Приликом утврђивања стандарда професионалне пажње постоје тешкоће. Сви трговци би требало да ускладе своје тржишно пословање са овим правним стандардом у циљу заштите потрошача. Али, да би било тако, потребно је да стандард професионалне пажње буде адекватно одређен, како би могли да му се прилагоде сви трговци, који представљају веома хетерогену групу (неки трговци имају мањи, а неки већи обим пословања, неки од њих имају већу, док други имају мању имовину итд.).[5] Професионална пажња је у нашем праву дефинисана као повећана пажња и вештина која се у правном промету основано очекује од трговца у пословању са потрошачима, у складу са добрим обичајима и начелом савесности и поштења.[6]

Други услов је да пословање трговца битно нарушава или прети да битно наруши економско понашање, у вези са производом, просечног потрошача на кога се то пословање односи или коме је изложен, односно понашање просечног члана групе, када се пословање односи на групу. Да би се сматрало да трговац непоштено послује, није неопходно да економско понашање потрошача заиста буде нарушено. Напротив, довољно је да постоји само *могућност* да до тог нарушавања дође. Такође, не захтева се да је непоштеним пословањем трговца наступила било каква штета, што значи да би и у том случају могло да се постави питање одговорности трговца.

Трговац битно нарушава економско понашање потрошача ако својим пословањем битно умањује способност потрошача да разборито одлучује, услед чега потрошач доноси економску одлуку коју иначе не би донео.[7] Да би се утврдило у којим случајевима трговац битно нару-

5 Fernando Gómez Pomar, „The Unfair Commercial Practices Directive: A Law and Economics Perspective", Barcelona, 2006, доступно на адреси: *http://www.indret.com/pdf/330_en.pdf*, 5.4.2012.

6 ЗЗП, чл. 5 тач. 14.

7 ЗЗП, чл. 20 ст. 2.

шава економско понашање потрошача, неопходно је одредити које се одлуке потрошача сматрају економским одлукама. У нашем праву је, у складу са Упутством, усвојено широко схватање концепта економске одлуке потрошача. Економска одлука потрошача је одлука о томе да ли, на који начин и под којим условима да купи производ, да цену плати у целости или делимично, да ли да задржи или да врати производ, или да искористи неко друго право у вези са производом које има по основу уговора, да ли да нешто учини или да се уздржи од каквог поступка.[8] Оваквом дефиницијом обухваћен је широк опсег одлука које доносе потрошачи, и то у дугом временском периоду, почев од тренутка када је потрошач први пут изложен рекламирању производа или услуге, па до њихове завршне употребе. У пракси се економском одлуком потрошача сматра и одлука потрошача да посети пословне просторије трговца, како би сазнао ближе информације о роби или услузи за коју је заинтересован, с обзиром да и сам одлазак представља губитак времена и новца за потрошача.[9]

Институт просечног потрошача настао је у пракси Европског суда правде (у даљем тексту: ЕСП). ЕСП је сматрао да је „у циљу одређивања да ли је трговачка марка или исказ обмањујући неопходно узети у обзир претпостављена очекивања просечног потрошача који је *добро обавештен, разуман* и *обазрив*“.[10] Такође, неопходно је имати у виду и друштвене, културне и језичке чиниоце, зато што исти појам или понашање може имати различито значење за потрошаче из различитих држава.

Појам просечног потрошача није експлицитно одређен, па се зато може зависно од средине друкчије тумачити. Судови ће одредити који ће се потрошач сматрати просечним, а приликом пресуђивања водиће рачуна и о пракси ЕСП, у циљу утврђивања типичног понашања потрошача у конкретном случају. Приликом одређивања овог појма судови би требало да воде рачуна о двема супротстављеним интересима: интересима потрошача и интересима слободног промета робе и услуга. Другим речима, треба водити рачуна и о принципу пропорционалности. Зато се неће сматрати просечним потрошачем лице које сматра да роба која носи ознаку „дерматолошки тестирано“ има лековито дејство које, иначе, не поседује.[11] Преширок схватање појма просечног потрошача знатно би успорило правни промет.

---

8 ЗЗП, чл. 20 ст. 3.

9 European Commission, Guidance on the implementation/application of Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices, Brussels, 2009, доступно на адреси: *http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/Guidance_UCP_Directive_en.pdf*, 30.3.2012.

10 Case C–210/96 *Gut Springenheide and Tusky* [1998] ECR I–4657, para 31.

11 Case C–99/01 *Criminal proceedings against Gottfried Linhart and Hans Biffl* [2002] ECR I–09375, para 35.

Законодавац је водио рачуна и о заштити економских интереса потрошача који се не могу подвести под појам просечног потрошача, односно који су подложнији непоштеном пословању од просечног потрошача. Пословање које прети да битно наруши економско понашање јасно одређене групе потрошача, који су због своје психичке или физичке слабости, узраста или лакомислености нарочито осетљиви на ту врсту пословања или на дати производ, под условом да се од трговца могло основано очекивати да то предвиди, процењује се према просечном припаднику те групе потрошача.[12] Ово се не односи на случајеве уобичајеног и допуштеног оглашавања које подразумева и давање претераних изјава или изјава које не треба узимати дословно (нпр. да је неки производ „јединствен", „најбољи на свету" и сл.).[13]

ЗЗП су као фактори који чине подложним непоштеном пословању специфичне групе потрошача наведени психичка и физичка слабост, узраст и лакомисленост. Потрошачи са психичком или физичком слабошћу су они потрошачи који имају чулна оштећења, ограничену способност кретања или друге сличне недостатке. Тако, на пример, потрошачи који морају да користе инвалидска колица могу бити посебно „рањива" група у вези са оглашавањем у којем се тврди да је једноставан приступ (прилаз) некој туристичкој дестинацији особама са инвалидитетом.[14] У погледу узраста најчешће се истиче потреба за посебном заштитом деце од непоштеног пословања, посебно у вези са производима којима су деца нарочито подложна (нпр. видео игре). Међутим, ништа мање „рањива" група нису ни старије особе, па је пожељно непоштено пословање усмерено према старијима процењивати из угла просечног члана те групе. Лакомисленост је широк појам који обухвата све оне потрошаче који ће, из било ког разлога, лако поверовати нереалним тврдњама трговца.

Међутим, да би се утицај пословања трговца на економско понашање наведених посебних група потрошача процењивао из угла просечног припадника тих група потрошача, неопходно је да је трговац могао да *предвиди* да такво пословање прети да битно наруши економско понашање потрошача који припадају специфичним „рањивим" групама. Овај критеријум уводи принцип пропорционалности приликом процењивања утицаја пословне праксе на „рањиве" потрошаче. Он има за циљ успостављање одговорности трговца само ако је негативан утицај на групу „рањивих" потрошача *предвидив*. Ово значи да се од трговаца не захтева да чине више него што је разумно приликом разматрања да

12 ЗЗП, чл. 20 ст. 4.

13 ЗЗП, чл. 20 ст. 5.

14 European Commission, Guidance on the implementation/application of Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices.

ли ће пословање имати непоштен утицај на јасно одређену групу потрошача и у предузимању корака за ублажавање тог утицаја.[15] Неки потрошачи због своје претеране наивности или незнања могу бити обманути или поступати неразумно, чак и када је пословање трговца поштено.

Облици пословања који се нарочито сматрају непоштеним пословањем су обмањујуће и насртљиво пословање. Поред ова два облика непоштеног пословања, која су наведена и Упутством, ЗЗП је изричито поменут још један облик пословања који се нарочито сматра непоштеним, а то је *повреда дужности обавештавања у складу са ЗЗП*.[16] Тако је наш законодавац, на неки начин, проширио заштиту потрошача од непоштеног пословања у односу на „европског законодавца", изричитим навођењем још једног облика непоштеног пословања. Да би потрошач могао да донесе разумну и слободну економску одлуку, да би могао на прави начин да користи право избора, он мора бити обавештен о чињеницама важним за доношење економске одлуке (нпр. подаци о цени, квалитету робе и услуга итд.). Зато је и разумљиво зашто се повреда дужности обавештавања сматра непоштеним пословањем, јер таква повреда представља директан атак трговца на слободну одлуку потрошача. Уосталом, једно од основних, законом одређених, права потрошача је и право на обавештавање, па не треба да чуди што законодавац операционализује ово право потрошача низом одредаба (нпр. код уговора о продаји, уговора о туристичком путовању итд.; такође, поједини облици обмањујућег пословања представљају и разраду права на обавештавање потрошача).

III Обмањујуће пословање

Обмањујућим пословањем се сматра пословање трговца којим наводи просечног потрошача да донесе економску одлуку коју иначе не би донео. То је, уједно, и заједничка карактеристика свих облика обмањујућег пословања, који се међусобно разликују по начину на који се потрошач обмањује. Обмањујућим пословањем трговац путем преваре спречава потрошача да учини избор заснован на познавању свих елемената неопходних за доношење економске одлуке. Облици обмањујућег пословања су: обмањујуће радње и обмањујућа пропуштања.

15 European Commission, guidance on the implementation/application of Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices.

16 У непоштено пословање се убраја и повреда дужности предуговорног обавештавања потрошача, као и повреда дужности обавештавања потрошача о његовим правима, у складу са ЗЗП, у вези са: уговорима на даљину; уговорима о туристичком путовању и временски подељеном коришћењу непокретности; означењем цена; уговорима закљученим употребом електронских средстава (ЗЗП, чл. 20 ст. 7).

Обмањујућа радња постоји у четири случаја: (1) када трговац даје нетачна обавештења или на други начин доводи или прети да доведе просечног потрошача у заблуду у погледу законом одређених чињеница[17] (листа чињеница у погледу којих потрошач може да буде обманут веома је детаљна, а чини се да би та листа требало да буде крађа и „отворена", тј. да би требало набројати само неке од ових чињеница, и то примера ради); (2) када трговац ствара општи утисак којим се просечни потрошач наводи да донесе економску одлуку коју иначе не би донео, *без обзира на тачност обавештења која су дата потрошачу* (према томе, у овој ситуацији стварање општег утиска може бити засновано и на тачним обавештењима; ово из разлога што на економску одлуку потрошача не утиче само садржај, односно тачност обавештења које је трговац саопштио потрошачу, већ и начин на који је то обавештење дато; с обзиром да се ради о још једном правном стандарду, надлежним судовима и инспекцијским органима остављено је да у конкретном случају одреде које се тржишно пословање може подвести под ову одредбу ЗЗП); (3) када трговац, узимајући у обзир све околности конкретног случаја, наводи или прети да наведе просечног потрошача да донесе економску одлуку коју иначе не би донео, тако што: оглашава производ, укључујући упоређујуће оглашавање и тиме отежава разликовање производа од других производа, жигова, назива других производа или ознаке конкурента (специфичност ове обмањујуће радње је у томе што се њоме не наноси штета само потрошачима, већ и другим трговцима/конкурентима) или (4) тако што крши одредбе кодекса понашања којем је приступио (према Упутству, није довољно само да је трговац прекршио одредбе кодекса, као што је случај у нашем праву, већ морају бити испуњена и два додатна услова: да су те одредбе за њега обавезне и да трговац у свом пословању покаже да је обавезан кодексом[18]).

У пракси су посебно чести случајеви обмањујуће амбалаже производа.[19] То су случајеви када трговац свесно дизајнира амбалажу свог

17 То су следеће чињенице: постојање или природа производа; основна обележја производа која се односе на доступност, предности, ризике, начин израде, употребу, додатке који прате производ, помоћ која се потрошачима пружа после продаје и поступање по њиховим притужбама, начин и датум производње или пружања услуге, испоруку, подобност за употребу, начин употребе, количину, спецификацију, државу производње и државу порекла жига, очекиване резултате употребе или резултате спроведених тестова или провера; обавезе трговца и обим обавеза, разлози за одређено тржишно поступање и његову природу, означавање или указивање на лице које посредно или непосредно подржава или препоручује трговца или производ; цена или начин на који је обрачуната или постојање одређених погодности у погледу цене итд. (ЗЗП, чл. 21 ст. 1).

18 Упутство, чл. 6 ст. 2.

19 European Commission, Guidance on the implementation/application of Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices.

производа тако да она буде веома слична амбалажи неког познатијег бренда, чиме се потрошач наводи да донесе економску одлуку коју иначе не би донео. Заблуда (обмана) потрошача може да буде потпуна или делимична. Заблуда је потпуна када потрошач купује производ са сличном амбалажом, верујући да купује производ познатог произвођача (бренд). С друге стране, делимична заблуда постоји када потрошач зна да се не ради о брендираном производу, али верује да је, због сличне амбалаже, произведен од стране истог произвођача или просто верује да је производ сличног квалитета као онај познатији. Несавесни трговци често се користе још једним „триком". Они свесно снижавају цену свог производа у односу на онај чију амбалажу су имитирали и наводе потрошаче да купе њихов производ због ниже цене, истовремено стварајући код њих убеђење да је разлика између њиховог и познатијег (често и квалитетнијег) производа само у цени.

Обележје карактеристично за све облике обмањујућих пропуштања трговца је да се њима наводи или прети да наведе просечни потрошач да донесе економску одлуку коју иначе не би донео. При том, приликом оцењивања да ли се пропуштање трговца сматра обмањујућим треба узети у обзир све околности случаја, просторна и временска ограничења употребљеног средства комуникације и допунске мере које је трговац предузео у циљу обавештавања потрошача.[20] ЗЗП су предвиђена три облика обмањујућег пропуштања: (1) када трговац ускрати потрошачима *битна* обавештења која су просечном потрошачу потребна за разумно одлучивање (законом, у оквиру одредаба о обмањујућим пропуштањима, није одређено која се понашања сматрају битним, али је то учињено код одредаба које се односе на поједине врсте потрошачких уговора; нпр. код уговора о туристичком путовању детаљно је регулисано која обавештења трговац треба да пружи потрошачу); (2) када скрива битне информације или информације пружа неблаговремено или на нејасан, неразумљив или двосмислен начин; (3) када пропусти да истакне пословну сврху свог обраћања потрошачима (Упутством је предвиђен и изузетак од овог случаја, према коме трговац није дужан да истакне пословну сврху свог обраћања потрошачима, ако је она очигледна из контекста, односно околности конкретног случаја[21]).

У оквиру одредаба о обмањујућим пропуштањима регулисано је и које елементе мора да садржи позив на понуду који трговац упути потрошачу. Када трговац потрошачу пошаље позив на понуду, могућност обмане потрошача је већа него у редовним околностима. Позив на понуду је критичан тренутак у доношењу одлуке потрошача. По својој природи, то је директан и снажан облик промоције производа, којим се изазива

20 Види ЗЗП, чл. 22 ст. 1.

21 Упутство, чл. 7 ст. 2.

импулсивна реакција потрошача, чиме се он излаже повећаном ризику.[22] На овај начин, обезбеђује се да кад год трговац пошаље потрошачу позив на понуду, он учини доступним потрошачу, на јасан, разумљив и недвосмислен начин, довољно информација које ће омогућити потрошачу да донесе разумну одлуку о куповини производа или прибављању услуге и да не обмане потрошача пропуштањем давања битних обавештења. Позив на понуду и обавештење о особинама и цени производа које трговац доставља потрошачу мора, *осим ако нешто друго не произлази из околности случаја*, да садржи: основна обележја производа у обиму који одговара датом производу и употребљеном средству комуникације; назив и адресу трговца и по потреби назив и адресу трговца у чије име послује; цену која обухвата пореске и друге дажбине и додатне трошкове, трошкове транспорта, поштарину и трошкове испоруке (ако се због својстава производа цена или додатни трошкови не могу унапред обрачунати, трговац је дужан да потрошачу достави податке на основу којих се цена, односно додатни трошкови обрачунавају) итд.[23] С друге стране, не треба запоставити ни оправдане интересе трговаца, који се не смеју обавезом обавештавања оптеретити у тој мери да несавесни потрошачи буду у могућности да злоупотребљавају ову одредбу и без разлога приговарају трговцу да нису били упознати са свим битним информацијама о производу. Тако трговци нису дужни да обавештавају потрошаче о оним информацијама које су видљиве, очигледне (нпр. подаци о адреси трговца, ако је потрошач већ долазио у пословне просторије трговца) или општепознате.

И нашим ЗЗП је предвиђена тзв. црна листа обмањујућих радњи и пропуштања, по узору на листу непоштених пословних поступака предвиђену Анексом I Упутства, који се без обзира на околности појединачног случаја сматрају обмањујућим тржишним поступањем.[24] ЗЗП су предвиђена 24 таква облика непоштеног пословања, односно један више у односу на Упутство.[25]

22 European Commission, Guidance on the implementation/application of Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices.

23 Види ЗЗП, чл. 22 ст. 2.

24 Неистинита тврдња трговца да поступа у складу са одређеним кодексом понашања; неовлашћено истицање ознаке квалитета, знака од поверења или сличног знака од стране трговца; неистинита тврдња трговца да је одређени кодекс понашања одобрен од државног органа или одређене организације; неистинита тврдња трговца да његово тржишно поступање или продају производа, одобрава, подржава или помаже одређени државни орган или одређена организација или истинита тврдња исте садржине у случају да се трговац не придржава услова под којима му је дато одобрење, подршка или помоћ итд. (ЗЗП, чл. 23).

25 Злоупотреба појма „гаранција“ и израза са сличним значењем при закључењу уговора о продаји робе и оглашавању поводом продаје робе, ако по основу уговора о

IV Насртљиво пословање

Насртљивим (агресивним) пословањем се непосредно угрожава једно од основних права потрошача – право избора. За разлику од обмањујућег пословања, облици у којима се јавља насртљиво пословање су очигледни, видљиви (пре свега се мисли на узнемиравање и физичку принуду) и у пракси их није тешко утврдити. Још једна специфичност насртљивог пословања је та што поједини његови облици нису забрањени само у односима између трговаца и потрошача, већ генерално представљају нежељене облике понашања у свим друштвеним односима.

Насртљиво пословање постоји ако узимајући у обзир све околности конкретног случаја, трговац узнемиравањем, принудом, укључујући физичку принуду или недозвољеним утицајем, нарушава или прети да наруши слободу избора или понашање просечног потрошача у вези са одређеним производом и на тај начин наводи или прети да наведе потрошача да донесе економску одлуку коју иначе не би донео.[26] ЗЗП је дефинисан и појам недозвољеног утицаја, такође, у складу са Упутством. Недозвољени утицај је злоупотреба позиције моћи у циљу вршења притиска на потрошача на начин који битно ограничава способност потрошача да разумно одлучује, без обзира да ли се употребљава или ставља у изглед употреба физичке силе.[27] На судовима је да утврде да ли у конкретном случају постоји узнемиравање, принуда или недозвољени утицај, као кључне претпоставке да би једна радња била окарактерисана као насртљиво пословање. Од помоћи могу бити критеријуми прописани ЗЗП на основу којих се утврђује постојање насртљивог пословања: време, место, природа или трајање насртљивог пословања; употреба претећег или увредљивог језика или понашања; чињеница да трговац свесно, у намери да утиче на одлуку потрошача у вези са производом, користи несрећни случај који се догодио потрошачу или тешке околности у којима се потрошач налази, а које утичу на његову способност за расуђивање; тешка или несразмерна вануговорна препрека коју трговац поставља потрошачу који жели да оствари своје уговорно право, укључујући право да раскине или поништи уговор или изабере други производ или другог трговца; претња трговца да ће према потрошачу предузети одређену радњу која није у складу са законом.

Као и код обмањујућег пословања, Анексом I Упутства наведена је тзв. црна листа агресивних пословних поступака. Та листа преузета је и

продаји робе потрошач не стиче више права него што има у складу са ЗЗП (ЗЗП, чл. 23 тач. 23).

26 ЗЗП, чл. 24 ст. 1.

27 ЗЗП, чл. 24 ст. 2.

ЗЗП, прописивањем осам облика пословања који се без обзира на околности појединачног случаја сматрају насртљивим пословањем.[28]

V Остваривање заштите потрошача од непоштеног пословања

Упутством је предвиђено да су државе-чланице ЕУ дужне да утврде одговарајућа и ефикасна средства за борбу против непоштеног пословања у циљу остваривања интереса потрошача.[29] Разликују се два основна вида заштите: судска и управноправна заштита. Државама чланицама ЕУ остављена је слобода да се определе за један од ова два концепта. То је у складу са схватањем да није пресудан модел заштите, већ његова ефикасност. Тенденција у упоредном праву је да се потрошачки спорови решавају вансудским путем. Могуће је да се заштита права потрошача остварује и пред самосталним организацијама трговаца (привредним коморама), те да, примера ради, удружење потрошача покрене одговарајући поступак пред том организацијом, а против члана те организације који непоштено послује. Такође, на неки начин, контрола непоштеног пословања може се вршити и од стране трговаца или групе трговаца који су приступили одређеном кодексу понашања. Министарство надлежно за послове заштите потрошача дужно је да подстиче трговца или групу трговаца који су приступили одређеном кодексу понашања да контролишу појаву непоштеног тржишног поступања трговаца или групе трговаца који су приступили том кодексу.[30]

У циљу бржег и јефтинијег решавања потрошачких спорова и растерећења редовних судова, ЗЗП је првенство дато вансудском решавању потрошачких спорова у вези са непоштеним пословањем трговаца. Подносилац захтева за покретање поступка забране непоштеног пословања дужан је да пре подношења захтева суду позове другу страну да спор реше вансудским путем. Захтев може да поднесе, пре свега, потрошач чије је право или интерес повређен. Такође, захтев може да поднесе и удружење потрошача и њихов савез, који испуњава услове предвиђене ЗЗП и о коме министарство надлежно за послове заштите потрошача води евиденцију,[31] због повреде колективних интереса

28 Стварање утиска код потрошача да не може да напусти просторије док не закључи уговор; посета потрошачу, у његовом стамбеном простору, без његове претходне сагласности, осим ради остваривања потраживања из уговора; вишеструко обраћање потрошачу, противно његовој вољи телефоном, факсом, електронском поштом или другим средством комуникације на даљину, осим ради остваривања потраживања из уговора итд. Види ЗЗП, чл. 25.

29 Упутство, чл. 11 ст. 1.

30 ЗЗП, чл. 27 ст. 3.

31 Види ЗЗП, чл. 129.

потрошача.[32] Значајна разлика између Упутства и ЗЗП је у томе што ЗЗП није предвиђено да поступак забране непоштеног пословања могу да покрену и конкуренти, тј. други трговци, чији интереси су непоштеним пословањем посредно угрожени.[33]

Нажалост, у пракси вансудско решавање потрошачких спорова није заживело у довољној мери. Један од основних предуслова је образовање независног извансудског тела. Пожељно је да у већима тог независног извансудског тела буду заступљени и представници трговаца и потрошача, поред независних правних стручњака.[34]

Уколико спор не буде решен вансудским путем, лице овлашћено законом може да поднесе суду захтев за покретање поступка забране непоштеног пословања. У судском поступку по поднетом захтеву, надлежни суд може да: утврди да је одређено пословање непоштено, у складу са ЗЗП; наложи трговцу да без одлагања обустави непоштено пословање са потрошачима; утврди обавезу трговца да о свом трошку исправи део огласа који се према одредбама ЗЗП сматра непоштеним пословањем; наложи трговцу да у средствима јавног информисања о свом трошку објави да му је одлуком надлежног суда изречена мера забране непоштеног пословања.[35] Нашим ЗЗП није предвиђена могућност да се доносе пресуда о забрани непоштеног пословања, у случају када радња непоштеног пословања још није извршена, али њено наступање непосредно предстоји, што је још једна разлика у односу на Упутство.[36] Ако трговац против кога је донета правоснажна судска одлука по поднетом захтеву не поступи по тој одлуци у остављеном року, свако лице које има за то оправдани интерес, може да поднесе суду захтев за доношење мере одузимања противправно стечене користи. Наплата новчаног износа наведене мере врши се у корист буџета Републике Србије.[37]

Поред судске заштите, заштита потрошача од непоштеног пословања врши се и преко управних – инспекцијских органа у поступку редовног вршења инспекцијског надзора. Инспекцијски надзор врше министарства[38] преко инспектора надлежних за вршење инспекцијског

32 О појму колективних интереса потрошача види М. Јовановић Zattila, „Мере колективне заштите потрошача – *pro et contra*“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2011, стр. 223–224.

33 Види Упутство, чл. 11 ст. 1.

34 Драган Златовић, „Имплементација Смјернице 2005/29 ЕС о непоштеним пословним праксама у хрватско право заштите потрошача“, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, бр. 1/2008, стр. 705.

35 ЗЗП, чл. 143.

36 Види Упутство, чл. 11 ст. 2.

37 ЗЗП, чл. 146.

38 Министарство надлежно за послове заштите потрошача, за послове туризма, за послове здравља, пољопривреде, шумарства и водопривреде, министарство надлежно за послове енергетике, финансија итд. (ЗЗП, чл. 147 ст. 1).

надзора у одговарајућој области. Надлежни инспектор проверава у вршењу надзора да ли трговац непоштено послује, тј. да ли послује на неки од начина који се без обзира на околности појединачног случаја сматрају непоштеним пословањем. Инспектор би требало да проверава не само да ли постоји неки од случајева са тзв. црне листе, као што је предвиђено ЗЗП, већ да контролише и друге облике непоштеног пословања, који се могу подвести под општи појам непоштеног пословања. Несумњиво је да облици непоштеног пословања са тзв. црне листе нису једини облици непоштеног пословања који се у пракси могу појавити. Ако надлежни инспектор утврди да трговац непоштено послује, донеће решење којим ће одредити рок у коме је продавац или давалац услуга дужан да отклони утврђени недостатак. Уколико трговац не поступи по том решењу, инспектор ће донети решење о привременој забрани продаје робе, односно пружања услуга до отклањања недостатака због којих је та мера изречена.[39]

Радње непоштеног пословања са тзв. црне листе, према нашем ЗЗП, санкционисане су као прекршаји.[40] Казне би требало да буду ефикасне, сразмерне и одвраћајуће.[41]

***Borko* MIHAJLOVIĆ**
Teaching Assistant at the Faculty of Law, University of Kragujevac

PROTECTION OF CONSUMERS AGAINST UNFAIR COMMERCIAL PRACTICE

Summary

Unfair commercial practice of traders to consumers is elaborately regulated with Consumer Protection Act of 2010. At the EU level, unfair commercial practice is regulated by the EU Directive on unfair commercial practices, which was adopted in 2005, and whose provisions are largely implemented in our legislation. The access of three forms was adopted with Consumer Protection Act and EU Directive on unfair commercial practice, by the regulation of unfair commercial practice. This means, first, it is determined which general conditions must be fulfilled in order that commercial practice is considered unfair.

39 ЗЗП, чл. 149.

40 Види ЗЗП, чл. 151.

41 Казна за прекршај непоштеног пословања за правно лице је од 300.000 до 2.000.000 динара; за физичко лице или одговорно лице у правном лицу од 50.000 до 150.000 динара; за предузетника од 50.000 до 500.000 динара.

Then the most common forms of unfair commercial practice are regulated in practice – misleading and aggressive commercial practice. Finally, the so-called blacklist of misleading and aggressive commercial practice is stated, which lays down forms of commercial practice that are considered unfair in all circumstances. The various forms of protection of consumers against unfair commercial practice are stated by Consumer Protection Act: extrajudicial, judicial and administrative-judicial protection (protection of the inspection authority).

Key words: *unfair commercial practice, misleading commercial practice, aggressive commercial practice, consumer, forms of protection of consumers against unfair commercial practice.*

ПРИВРЕДНИ КРИМИНАЛ

др *Јован* ЋИРИЋ
Институт за упоредно право, Београд

СТРАНЕ ИНВЕСТИЦИЈЕ – „НОВАЦ НЕ СМРДИ“

Резиме

У овом раду аутор се позива на једну изреку која је настала у старом Риму, а која каже да „новац не смрди“. Та изрека је актуелна и данас, чак би се могло рећи да је данас актуелнија него икада, нарочито имајући у виду тренутну светску економску кризу и недостатак пара, због чега је свака страна инвестиција врло добродошла, па без обзира о каквом и колико „прљавом“ новцу се ради. Аутор овог чланка се позива и на радове, истраживања неких америчких научника, социолога, који тврде да се у основи раста америчке економије налази „прљав“ новац добијен делатношћу организованог криминала у страним земљама, а који је онда редовно и регуларно инвестиран у америчке банке и америчку привреду. Јован Ћирић наводи да данас то више није карактеристично само за САД, већ и за многе друге земље, као што су Бугарска, Румунија, Хрватска, Индија, Кина. Осим тога, институт тзв. приватног банкарства данас веома погодује свему томе. То не значи, сматра аутор, да се треба залагати за то да се путем страних инвестиција обавља прање пара, али треба бити реалан, па и све то имати у виду, када говоримо и о борби против прања новца и борби против организованог криминала.

Кључне речи: *стране инвестиције, приватно банкарство, прање новца, економска криза, прагматизам, САД.*

Пре него што на било који начин покушамо да кажемо нешто више о страним инвестицијама и о „прљавом новцу“, неопходно је претходно

се за тренутак вратити у стари Рим у време цара Веспазијана из првог века нове ере. Он је наиме био увео специфичан систем канализације и одношења урина, који се користио у неколико различитих хемијских процеса, а пре свега за штављење кожа. У том контексту, Веспазијан је увео и посебан порез за уринирање. Веспазијанов син Титус је негодовао поводом овог пореза, сматрајући то нечим непримереним. Онда је његов отац Веспазијан, узео један златник, рекао свом сину да тај златник потиче из тог пореза и питао га да помирише и да му каже да ли нешто осећа. Син је рекао да не осећа ништа, а Веспазијан је тада изговорио речи које су до данас остале запамћене: „*Pecunia non olet*“ (Новац не смрди).[1]

Ове речи постале су гесло којег се и данас многи придржавају. Па тако и савремене банке, можда нарочито у најновијим временима глобалне економске кризе. Новац од дроге у банкама је глобални феномен. У извештају УН о глобалној трговини дрогом у 2009. стоји да „у вријеме великих криза банкарима новац не смрди“.[2] Сматра се да шверц дроге, оружја и људи, прање новца, коцкање, компјутерска пиратерија и друге незаконите активности, сваке године организованом криминалу донесу приход између 800 и 1.000 милијарди долара, док неки аналитичари процењују да укупна сума прелази чак 2.000 милијарди долара годишње.[3]

Наравно, поставља се питање како је заправо могуће да банкарима „новац не смрди“, односно како је могуће да и поред свих међународних конвенција и на њима заснованих, унутрашњих, домаћих правних аката, тј. напора и „домаће“ и „међународне заједнице“, прљав новац се и даље налази у оптицају и то изгледа у врло великом обиму. Банкарска тајна данас више није светиња у оном смислу у којем је то било некада. Уосталом још су и Бечка конвенција УН о борби против трговине наркотицима из 1988. и „Палермо“ конвенција УН о транснационалном организованом криминалу из 2000., проширила подручје примене забране позивања на банкарску тајну, а то је случај и са одговарајућим директивама ЕУ, а када је реч о Србији, ту треба имати у виду и одговарајуће одредбе Закона о банкама из 2005., односно 2010. године.[4]

1 Доступно на адреси: *http://wikipedia.org/wiki/Pecunia_non_olet*.

2 Доступно на адреси: *www.monitor.co.me/index.php?option=com_content&view=article&id=1481:bankama-novac-ne-smrdi&actid=1004:broj=1010&temid=2003*.

3 Ово је наведено према изјави једног румунског стручњака за организовани криминал, др Ливиу Мурешануа, у интервју који је он дао „Политици“ у тексту под насловом „Криминал све више исваја свет“, *Политика*, 1. август 2005, стр. 2. У међувремену је наступила, као што знамо, светска економска криза те је потражња за новцем знатно порасла, а самим тим је и значај тих 800, или 1.000 или 2.000 милијарде долара постао још много већи.

4 Невенка Важић, „Банкарска тајна у сенци тешких облика криминала“, *Зборник радова „Криминал и државна реакција: феноменологија, могућности, перспективе“*,

Банкарска тајна дакле више није светиња, али се и поред тога данас у банкама „опере“ много новца добијеног активностима организованог криминала. Можда се један од одговора на питање зашто је то тако, налази и у тзв. приватном банкарству. Приватно банкарство је у ствари редовно банкарство, тј. сектор који пружа услуге изузетно богатим клијентима (који имају депозит у износу од најмање једног милиона америчких долара). Велике банке наплаћују својим муштеријама хонорар за управљање њиховом активом, као и за пружање специјализованих услуга.[5] Услуге тзв. приватних банака превазилазе уобичајене банкарске услуге и подразумевају саветовање у погледу инвестирања, имовинског планирања, обрачуна и плаћања пореза, отварања такозваних „*offshore*“ рачуна, као и укључивања у компликоване процедуре осмишљене са циљем да се обезбеди поверљивост финансијских трансакција. Привлачност приватних банака за прање новца је у томе што „приватне“ банке у ствари „продају“ тајност клијентима који желе да перу новац. Тако, на пример, *Citybank*, један од највећих актера у прању новца, са 180 хиљада запослених, уједно је и највећа банка у САД, која функционише широм света у око 100 земаља, има 700 милијарди долара познате активе и преко 100 милијарди долара активе на тајним рачунима клијената у приватним банкама. *Citybank* пружа приватне банкарске услуге у 30 земаља, што је глобално посматрано, највећи проценат у односу на друге приватне банке у Америци.[6]

Треба у том смислу рећи да и наша држава, односно банке које послују у Србији, познају тзв. приватно банкарство. Приватно банкарство је персонализована финансијска услуга која за циљ има испуњење финансијских потреба клијената – физичких лица, који остварују значајније личне приходе захваљујући којој је таквим клијентима омогућена координација и консолидација свих активности везаних за пословање са банком.[7] Тако је недавно отворена прва филијала за приватно банкарство у Србији, чији клијенти могу бити само грађани са најмање 200.000 евра депозита, или најнижом платом од 5.000 евра. У филијали „Unicredit банке“ која нема шалтере већ собе за пријеме

Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2011, стр. 171–192.

5 Можда би се са извесним цинизмом могло рећи да је тај хонорар у ствари провизија за „непостављање питања: одакле тај новац“. Ствар је практично у томе да банка, за разлику од редовне ситуације, процедуре, пословања, једноставно зажмури и не постави питање да ли је новац прљав, или чист, већ прихвата сваки новац, сваки улог, сваки капитал, без обзира да ли и колико он био чист, тј. прљав.

6 James Petras, „Прљав новац у темељу раста Сједињених Америчких Држава“, доступно на адреси: *www.mondialisation.ca/index.php?context=va&aid=12569*.

7 Доступно на адреси: *www.hypo-alpe-adria.rs/home.nsf/pages/stanovni%C5%A1tvo-privatno-bankarstvo-95*.

клијената, уз пиће се може уговорити повољна камата на депозит, уложити на берзи или направити пензијски план. Клијент добија мобилни телефон свог банкара и може га позвати у сваком тренутку.[8] Приватно банкарство пружа и услуге „*off-shore banking*-а", дакле саветовање клијената о томе где да инвестирају у иностранству. Наплаћивање трансакционих услуга, првенствено зависи од обима тих трансакција и у договору са клијентом банка ће одредити износ провизије.[9]

Све у свему, у једној изолованој соби нађу се, састану се у „четири ока", човек који у својој „торби" носи „милионске износе" и банкарски службеник, који би требало да буде баш толико савестан и моралан, па да „приупита" дотичног клијента за порекло новца, да тиме своју банку лиши зараде, а себе изложи, у најмању руку грдњи, па можда и казни, коју би му изрекли његови шефови, поготову данас када су сви „гладни" нових, свежих инвестиција. О могућем подмићивању дотичног банкарског службеника, те о изразитој нетранспарентности читавог процеса који се одвија у изолованој канцеларији, далеко од очију јавности, није ни потребно говорити, већ се може говорити само о веома израженом лицемерју, и самих банака и читаве западне, међународне политике, а што је иначе нешто што је карактеристично и за много тога другога. Са једне стране постоје и FATF (*Financial Action Task Force*) и *Moneyval*[10] и друге међународне организације које имају за задатак да промовишу и развијају националну и међународну стратегију и политику и сарадњу у борби против прања новца и финансирања тероризма,[11] а са друге стране разне велике и мале светске банке развијају системе тзв. приватног банкарства, чиме у ствари директно потпомажу и омогућавају прање новца, те на неки начин увек изнова актуелизују тематику прљавог новца и прања новца.[12]

Треба овде поменути и један, више него занимљив чланак *James Petras*-а америчког универзитетског професора емеритуса, професора социологије, левичарских, социјалистичких опредељења.[13] У питању је

8 Доступно на адреси: *www.biznisnovine.com/cms/item/sr.html?view=story&id=3233&sectionId=3*.

9 Доступно на адреси: *www.emg.rs/vesti/srbija/37846.html*.

10 Јован Ћирић, „Савет Европе и борба против корупције", *Зборник радова Криминалистичко-полицијске Академије и Ханс Зајдел Фондације – „Сузбијање криминала и европске интеграције"*, Београд, 2010, стр. 41–51.

11 Саша Мијалковић, Горан Бошковић, Жељко Никач, „Међународно правни напори у спречавању финансирања тероризма 'прљавим новцем'", *Страни правни живот*, бр. 1/2011.

12 Драгана Петровић, „О проучавању савременихх форми привредног криминалитета – прање новца", *Страни правни живот*, бр. 3/2010.

13 Доступно на адреси: *http://en.wikipedia.org/wiki/James_Petras*.

текст индикативног наслова: „Прљав новац у темељу раста Сједињених Америчких Држава.“[14] Петрас у том тексту каже и следеће: „Познати амерички научник *Raymond Baker*, експерт за међународне финансије је у сарадњи са престижним *Brookings* институтом, изнео процену по којој се прљав новац, као последица корупције, сливао из благајни земаља ‘Трећег света’ и земаља у транзицији (посткомунистичких земаља), у благајне западних земаља у износу од 20 до 40 милијарди долара годишње. По његовом мишљењу, ово није довољно прецизна процена.“[15] Петрас такође каже и следеће: „Процена количине прљавог новца (опраног новца стеченог криминалом и корупцијом), који се сливао у америчке благајне током деведесетих година прошлог века, износи оквирно између 3.000 и 5.500 милијарди долара. То није потпуна слика, али она нам даје основ за оцену значаја „фактора прљавог новца“ приликом глобалне процене америчке економије. Ова процена указује на покривање дела дефицита америчког буџета комбинованим токовима опраног и прљавог новца, одржавајући га на тај начин у равнотежи, уз робну трговину, са износом од око неколико стотина милијарди долара годишње. Како ствари стоје, амерички комерцијални дефицит је око 300 милијарди долара. Без прљавог новца у америчкој економији, иностранo пословање и животни стандард америчких грађана би опали, вредност долара би ослабила, расположиве инвестиције и позајмљени капитал би пресушили и Вашингтон више не би могао да одржи своју глобалну империју.“[16]

Ове процене и констатације су можда и претеране, али, чини се да су врло близу истине и да веома илустративно говоре о суштини читаве данашње политике и веома израженог лицемерја нарочито када је реч о борби против (организованог) криминалитета. Готово да би се могло рећи да и сама борба против организованог криминала има своје врло изражене гео-политичке аспекте, где постоје „наши“ и „њихови“ мафијаши, где ћемо „наше“ увек толерисати, а „њихове“ само до оног тренутка док „перу новац“ у нашим банкама и инвестирају у нашу економију. У том су смислу и Норијега и Ескобар постали водећи амерички непријатељи онога тренутка када су већи део свог прљавог новца реинвестирали у Панаму, односно Колумбију, због чегу су тамо стекли огромну популарност и за америчке интересе неприхватљиву моћ.[17]

14 Доступно на адреси: *www.mondialisation.ca/index.php?context=va&aid=12569*.

15 *Ibidem*.

16 *Ibidem*.

17 Приходи остварени на производњи и дистрибуцији кокаина толико су били велики, да је свакој колумбијанској власти било неприхватљиво да у потпуности пресече ланац производње и шверца и тако се одрекне велике зараде од неколико милијарди долара чистог прихода који се реинвестирао у сасвим легалне привредне токове у којима су се захваљујући том новцу подизале нове школе, болнице,

Могло би се рећи да док су својим прљавим новцем, „помагали" америчку економију, они су били толерисани. Чак и више од тога, често су званична америчка држава и поједине структуре организованог криминалитета, били, или још увек јесу савезници на истим гео-политичким, геостратешким задацима, како је то управо било у случај у дејствовање албанске нарко-мафије са Косова.[18]

У том смислу је занимљива и прича о Раулу Салинасу, брату бившег Председника Мексика. Према налазима самих америчких власти[19] – *Citybank* из Њујорка је прихватила Салинаса као клијента приватног банкарства и онда му је управо дотична *Citybank*-а формирала инвестициони фонд „*Trocca*" на Кајманским острвима, преко којег су креирани други инвестициони фондови у *Citybank* у Лондону и *Citybank* у Швајцарској.[20] У истом извештају се каже да је Раул Салинас преко инвестиционих фондова *Citibank*-е и тзв. приватног банкарства, у периоду 1992–1994. опрао око 100 милиона долара.[21] Каква је иначе личност дотични Раул Салинас, брат мексичког председника Карлоса Салинаса, најбоље говори и чињеница да је он провео у америчком затвору десет година због осуде за то што је наложио убиство свог зета. Из затвора је пуштен, тј. помилован 2005. године. Током суђења су откривене и малверзације и скандали у вези са Салинасовим прањем новца и приватним банкарством у оквиру *Citybank*-е.[22]

Све у свему дакле, како то обично бива, једно су законске и вербалне прокламације, заклињања и позивања на владавину права, а друго је животна реалност у којој новац, као што рекосмо, још од времена старог Рима, никада „није смрдео". Ни за банкаре, ни за економисте, ни за политичаре. У том смислу, „прљави новац", данас се налази не само у темељима раста америчке империје, већ и у страним инвестицијама многих других земаља. На пример, Бугарске. Власти

путеви, станови, итд. Амерички покушаји да сиромашно сељаштво Колумбије и других латино-америчких земаља, преоријентишу са узгајања коке на узгајање кромпира једноставно су морали бити осуђени на неуспех. Уосталом, шта друго земље Латинске Америке и могу да извозе САД и да пристојно зараде на томе. Економија се показује као врло јак елемент у свеукупној стратегији борбе против криминалитета. Видети: Љубомир Палигорић, *Историја Латинске Америке*, Београд, 2003, стр. 296–308.

18 Јован Ћирић, „Косово и Метохија – идеално место за организовани криминал", *Тематски зборник радова „Космет – Гордијев чвор"*, приредио Ј. Ћирић, Институт за упоредно право, Београд, 2008, стр. 193–215.

19 У питању је ГАО – *Government Accountability Office* – независна непартијска агенција, која помаже америчком Конгресу у контроли новчаних токова у САД.

20 Доступно на адреси: *www.gao.gov/archive/1999/os99001.pdf*.

21 Доступно на адреси: *www.gao.gov/products/OSI-99-1*.

22 Доступно на адреси: *http://en.wikipedia.org/wiki/Ra%C%BAl_Salinas-de-Gortari*.

у овој држави се веома труде да привуку што је више могуће страних инвестиција, али многи аналитичари истичу да знатан део новца који у Бугарску улази путем страних инвестиција, јесте у ствари прљав новац који се на тај начин пере. Тако на пример шеф националне службе за ислеђивање, Бојко Најденов, каже да се добар део новца бугарских мафијаша враћа у Бугарску преко страних банака, у виду тзв. свежих инвестиција.[23] Он исто тако каже да је велики проблем у Бугасркој и то што је широко распрострањена пракса коришћења кеша, плаћања чак и најскупоценијих ствари кешом, готовином, а Емил Најденов, из директората за борбу против организованог криминала каже да највећи део прљавог новца који доспе у Бугарску, долази преко компанија које су регистроване у *offshore* зонама. Доказивање порекла и чистоће тог новца знатно превазилазе објективне могућности бугарских власти, истичу званичници ове суседне земље.[24]

Битно је ипак да је пре тренутне економске кризе, Бугарска годишње привлачила преко шест милијарди евра страних инвестиција.[25] Као и у Бугарској, ситуација је слична и у Румунији, где се такође испоставља да, знатан део, иначе не тако малих страних инвестиција потиче од „прљавог капитала".[26]

Да би илустровали каква је ситуација у Хрватској, наводимо оно што се дешавало крајем 2010. и почетком 2011. године, а везано је за догађаје у Египту. Наиме, масовне демонстрације против Хоснија Мубарака успеле су да спрече сливање покраденог египатског новца у Хрватску, пише Вечерњи лист. Лист наводи да су двојица високих египатских функционера, који су смењени током демонстрација у Египту и чија је имовина заплењена због криминала, планирали да улажу у Хрватску и у њој да перу свој прљави новац, те да су децембра 2010. за време посете хрватске премијерке Јадранке Косор Каиру, показали интерес за улагања у хотеле на Јадрану, односно у трговину и индустрију гвожђем. „Добро је да није било улагања и да се прљави новац није опрао кроз инвестиције у Хрватској", изјавио је за Вечењи лист портпарол хрватске Владе Младен Павић.[27] Утисак је међутим да ова изјава у доброј мери личи на вајкање типа „кисело грожђе".

---

23 Доступно на адреси: *www.bestbgroperties.com/property_news/foreign_investments_in_bulgaria_dirty_money_laundering_html.*

24 *Ibidem*.

25 *Ibidem*.

26 Доступно на адреси: *www.romania-insider.com/romania-ranks-eight-among-ten-world-ecomies-report-finds/2554/*.

27 О томе на адреси: *www.politika.rs/rubrike/Svet/Demonstracije-u-Egiptu-sprecile-pranje-pranje-para-u-Hrvatskoj:lt.html.* Исто тако, о томе се може прочитати и на адреси: *www.b92.net/info/vesti/index.php?yyy=2011&mm=02&dd=07&nav_id=491096.*

Индија је такође веома типична по прљавом новцу и страним инвестицијама. Тамошња влада стално ради на привлачењу страног капитала, страних инвестиција. И у Индији се често ради о пословању путем компанија из *offshore* зона.[28] Не треба наравно посебно истицати то да је Индија данас једна од земаља са врло просперитетном економијом врло динамичног раста, као што је то случај и са осталим земљама чланицама групе „БРИК" – Бразил – Русија – Индија – Кина. Ако се дакле некада прљав новац налазио у темељима раста америчке економије, чини се да су ту лекцију о прагматизму у којем „новац не смрди", научиле и друге земље и сада управо то некада врло јако америчко „оружје" користе у борби против саме Америке, односно за привлачење капитала који доноси пре свега нове технологије и инфраструктуру у дотичним земљама и нова радна места. Једноставно речено, понекад се, зарад неких „виших циљева", мора склопити и „уговор са ђаволом".[29] Као да се типични амерички прагматизам овде сударио са можда још изразитијим кинеским прагматизмом, конфучијанско-денгсјаопинговског типа, по којем није важно да ли је мачка црна или бела, већ је важно да једе мишеве.

Можда је прича о Кини, о корупцији у Кини ту више него занимљива и противуречна у исти мах. Већина теоретичара се слаже, они истичу да је корупција изразито негативна појава, да она води свеопштем осиромашењу једног друштва. У неким од таквих истраживања се на пример тврди да повећање корупције од само 1 одсто, првенствено кроз политичку нестабилност, утиче на смањење економског раста за 0,72 одсто.[30] Ако у вези са тим узмемо у обзир податак да се по степену корупције, Кина налази на 79. месту,[31] што значи да се она сматра врло корумпираном земљом, човек би могао очекивати да кинеско друштво у економском погледу назадује. Међутим, као што сви врло добро знамо то не да није тачно, него је управо сасвим супротно.[32] Као да се на

28 Доступно на адреси: *http://www.shvoong.com/social-sciences/economics/1745192-dirty-money-indian-stock-markets/#ixzz1jwsx8kXZ*.

29 „*Freedom, the Agency reasoned, does not come without a price*" – Слобода (у борби против комунизма), сматрала је ЦИА, се не може постићи без одговарајуће цене, а та цена је значила и повремену сарадњу са људима из света организованог криминала, који су одрађивали прљаве послове за ЦИА-у. Цитирано према књизи Mick Farren, *The CIA Files, Secrets of the Company*, consultant Michael Simmons – Quadrillion Publishing Limited Godalming Business Centre Woolsack Way, Godalming, 1999, стр. 20.

30 Pak Hung Mo, „Corruption and Economic Growth", *Journal of Comparative Economics*, Vol. 29 Issue 1, March 2001, стр. 66–79.

31 Доступно на адреси: *www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/2009*.

32 У методолошком и појмовном смислу нама би се овде заиста могло замерити што поистовећујемо прање новца, тј. прљави страни капитал и корупцију. То наравно нису исте ствари, иако у практичном животном смислу, оне најчешће могу бити врло тесно повезане, јер корупцијом се најпре остваре нелегални профити, а онда се они оперу, легализују кроз процесе прања новца и стране инвестиције. Управо у

основу овог кинеског примера може закључити да није битно да ли је и колико је корупције, прања новца, неморала, привредног криминала у једном друштву, већ да је битан један крајње прагматични одговор на све то: битно је где се, како и у којој мери пере новац стечен корупцијом, односно где се он реинвестира, у земљи или у иностранству. Закључак би у нашим условима могао бити чак и следећи: „није толико битно што се у Србији 'краде', већ је битније да то што се 'украде' не заврши на неком рачуну у иностранству".

Суштина је у томе да треба бити прагматичан, данас можда још и више него раније, данас када је јасно да ефекти садашње светске финансијске, економске кризе, а пре свега пад привредне активности и пораст незапослености, нужно морају водити ка коришћењу прљавог новца и сумњивих страних инвестиција.[33]

Тешко је наравно рећи колико је прљавог новца у Србији, те у коликој мери се у Србији путем страних инвестиција „пере новац" и домаћих и страних „мафијаша", али, чини се да би у вези са тим требало замислити једну могућу, у ствари сасвим реалну ситуацију, која по много чему може бити врло парадигматична. Инвеститор из иностранства дође у неки српски град, у којем је број незапослених изузетно висок. Инвеститор уложи пар милиона евра и запосли отприлике 200 срећника, до јуче незапослених људи. Као ударна вест, то буде пласирано у свим српским медијима, а на отварању те инвестиције буду присутне и највише политичке званице из региона и Београда. После свега, поставља се питање који ће инспектор, а поготову благајник – рачуновођа, инсајдер, открити тајне о финансијским шпекулацијама у вези са том инвестицијом и практично и себе и свих 200 запослених, односно неколико стотина издржаваних лица, оставити „на улици"? Исто тако, поставља се и питање који ће тужилац успети да са једне стране „пробије зид ћутања", са друге стране остави без посла стотине „гладних уста", који, привређујући, „пуне" буџет из којег се исплаћује и плата дотичног тужиоца?[34] Једноставно речено, у Србији, као и у многим другим сличним земљама као посебан проблем, готово криминогени феномен, истиче се и нешто што бисмо могли назвати „жеђ за страним инвестицијама".[35]

том смислу ми овде стављамо у исти кош, корупцију и прање новца, иако је и нама и свима јасно да су то иначе врло различите ствари.

33 Љиљана Фијат, Александар Живковић, „Светска економска криза и прање новца", *Међународна политика*, Vol. 61, бр. 1139, 2010, стр. 35–46.

34 Јован Ћирић, „Тужиоци и завера ћутања у новом руху", *Зборник радова „Законик о кривичном поступку и јавно тужилаштво"*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2009, стр. 225–238.

35 Мирослав Живковић, „Недостаци правне државе и сузбијање криминалитета", *Зборник радова „Спречавање и сузбијање савремених облика криминалитета II"*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, 2007.

Жедном човеку неке ствари се не могу замерити, па ни то да пије воду са извора поред кога је неко окачио натпис да вода није за пиће. Жедан човек неће поверовати у тај натпис, поготову ако и када види да су пре њега неки (многи) други пили воду са тог извора и да не да им није било ништа, него су чак „живнули" и опоравили се.[36] Или када види и да су тренутно, али и кроз читаву историју, токови капитала били обрнути, да је капитал увек, па и данас текао у правцу западних колонијалних метропола.[37] Другачије речено, како очекивати од некога у Србији да буде баш толики пуританац, па да одбије оне стране инцестиције које му се учине сумњиве да је по среди „прање новца", када се јасно види на неким конкретним примерима из ближег или даљег окружења, из ближе или даље прошлости, да „новац ипак не смрди". Много тога говори да су и Америка некада и можда Кина и Индија данас, у темеље свог економског успеха и просперитета уградили и тај „прљави новац". И не само ове највеће земље, већ и неке мање земље из нашег непосредног окружења. Неко би наравно овде могао да закључи како се ми залажемо за то да Србија постане „Елдорадо" за прљави страни капитал. Не, то није тачно, ми у ствари само сматрамо да је на неки начин потребно ревидирати неке уврежене стереотипе о много чему, те да о много чему треба размишљати на један нешематизован, нестандардизован начин, па и када је реч о прању новца путем страних инвестиција. Заправо, ми смо овде покушали да покажемо, да оно што је неморално, не мора увек бити и негативно, нарочито не у економском смислу те речи, поготову не ако храни, односно пои гладна и жедна уста. Светски капитализам и некада и данас је увек резоновао на такав прагматични начин, покушавајући да другима, да „малима прода" неку идеолошку причу, док је сам полазио од тога да „ништа не успева тако добро као успех", односно у скорашњој кинеској варијанти, као што рекосмо: „није важно да ли је мачка црна или бела, важно је да једе мишеве."

36 У конкретном случају стручњаци говоре да није добро користити страни, „прљави" новац и да се не треба њим служити за стране инвестиције. Ко ће им веровати?

37 То каже и Hanes Hofbauer у књизи *Проширење ЕУ на Исток – од Drang nach Osten до интеграције периферије у ЕУ* (превод са немачког), Београд, 2005. Један одељак ове књиге управо носи такав наслов: „Капитал тече на Запад", стр. 236–238. Може ли се у том смислу, било коме замерити ако он пожели да понеком, појединачном страном инвестицијом – „прањем новца", макар за тренутак поврати уобичајене токове, који су увек ишли, па и данас иду у једном уобичајеном правцу, према западним метрополама, Лондону, Паризу, Њујорку, Бриселу, Берлину, итд.

***Jovan* ĆIRIĆ, PhD**
Institute of Comparative Law, Belgrade

FOREIGN INVESTMENTS – "MONEY DOES NOT STINK" (*PECUNIA NON OLET*)

Summary

In this work the author appeals to a proverb which arose in the old Rome, and which says that "pecunia non olet" – "money does not stink". That proverb is also today actual; it could even be said that today it is more actual than ever, especially having in mind the actual world economic crisis and the lack of money, because of which any foreign investment is very welcome, no matter about which how "dirty" money the word is. the author of this article appeals also to works, researches of some American scientists, sociologists, who claim that the growth of the American economy is based upon "dirty" money obtained by the activity of the organized crime in foreign countries which was later regularly invested into American banks and the American economy. Jovan Ćirić indicates that nowadays that is not any more characteristic only for the USA, but also for many other countries, like Bulgaria, Romania, Croatia, India, and China. Besides that, the institute of the so-called private banking serves nowadays very much to all this. The author considers that that does not mean that it has to be strived that the money-laundring is carried out through foreign investments, but it is good to be real and have all that in mind when we talk about the fight against money-laundring and organized crime.

Key words: *foreign investments, private banking, money-laundring, economic crisis, pragmatism, USA.*

др *Наташа* ДЕЛИЋ
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

ОСВРТ НА КОРУПТИВНА КРИВИЧНА ДЕЛА У КЗ РС

Резиме

У раду аутор разматра коруптивна кривична дела која су у Кривичном законику Републике Србије предвиђена у групи кривичних дела против службене дужности, а то су: злоупотреба службеног положаја (члан 359), трговина утицајем (члан 366), примање мита (члан 367) и давање мита (члан 368). Правна природа и значај ових кривичних дела одредили су садржину и структуру рада у коме су приказана и анализирана поједина обележја њихових бића. Поводом појединих питања која се у датом контексту разматрају, аутор наводи релевантна теоријска полазишта и указује на ставове судске праксе, а такође износи и одговарајуће закључке.

Кључне речи: *корупција, коруптивна кривична дела, кривична дела против службене дужности, Кривични законик Србије.*

Кривична дела која за непосредни циљ имају сузбијање корупције (*hard core corruption*) су у нашем праву предвиђена у групи кривичних дела против службене дужности и ту спадају: злоупотреба службеног положаја (члан 359 КЗ), трговина утицајем (члан 366 КЗ), примање мита (члн 367 КЗ) и давање мита (члан 368 КЗ).

Када је реч о међународним актима који су од значаја у сфери борбе против корупције ту пре свега треба издвојити Кривичноправну конвенцију Савета Европе о корупцији (1999) и Додатни протокол (2003) као и Конвенцију Уједињених Нација против корупције (2003). Може се

рећи да је наше национално законодавство у великој мери усклађено са обавезама које је Србија преузела потписивањем ових међународних докумената чему у прилог говори и Трећи евалуациони извештај GRECO за Републику Србију у коме је указано само на један мали број специфичних недостатака[1] док је свеукупни корпус антикорупцијских прописа позитивно оцењен.[2]

I Злоупотреба службеног положаја (члан 359 КЗ)

Кривично дело има три облика: основни, тежи и најтежи.

Основни облик кривичног дела (став 1) чини службено или одговорно лице које искоришћавањем свог службеног положаја или овлашћења, прекорачењем границе свог службеног овлашћења или невршењем своје службене дужности прибави себи или другом физичком или правном лицу, какву корист, другом нанесе какву штету или теже повреди права другог.

Радња извршења је алтернативно предвиђена и може се остварити на један од следећих начина:

а) Искоришћавањем службеног положаја или овлашћења (у субјективном смислу) – службено лице предузима радње које су дозвољене тј. делује у оквиру свог службеног положаја или овлашћења, међутим то чини ради (са циљем)[3] остваривања неког сопственог интереса или интереса трећег лица, нпр., у случајевима када „лекар прибави имовинску корист на тај начин што је за пријем у болницу примио новац од

1 И ови недостаци требало би да буду отклоњени усвајањем Предлога Закона о изменама и допунама Кривичног законика (Предлог ЗИД КЗ) из фебруара 2012. године.

2 Вид. З. Стојановић, Д. Коларић, *Кривичноправно реаговање на теше облике криминалитета*, Београд, 2010, стр. 146–148.

3 Иако З. Стојановић наводи да је код овог облика злоупотребе пресудна „одређена намера", док је код друга два облика кривичног дела „мотив ирелевантан" (З. Стојановић, *Кривично право*, Подгорица, 2008, стр. 597) мишљења смо да појмове намере и мотива не треба користити као синониме. Разлог томе видимо у чињеници да се ова два појма само у једном ширем садржинском смислу поклапају – по правилу се везују за постизање одређеног циља. Међутим, у ужем психолошком и кривичноправном смислу мотив би суштински био обухватнији од намере с обзиром на то да се намера односи на оно „на шта се циља, шта је изабрано да се постигне", док је мотив „оно што одређује тај циљ или избор", тј. „мотив је потреба удружена са намером да се постигне одређени циљ". (Вид. Н. Делић, „Побуде учиниоца као квалификаторне околности код кривичног дела тешког убиства", *Правни живот*, бр. 9/2008, стр. 142–144). Сходно томе, сматрамо да је овде реч о одређеној намери – циљу да се оствари неки сопствени интерес или интерес трећег лица.

пацијента“ (ОСБ Кж – 1327/06 од 21. јуна 2006. године),[4] „директор предузећа купи рекламни материјал по цени знатно вишој од тржишне“ (ОСБ Кж – 2842/06 од 4. новембра 2006. године),[5] „шалтерска службеница клиничког центра изда лажне рачуне за трошкове лечења“ (ОСБ Кж – 252/04 од 29. јануара 2004. године)[6] или „полицајац уђе у службене просторије, иако није учествовао у вршењу службених радњи предкривичног поступка, и на молбу осумњиченог изнесе торбицу са новцем коју потом преда супрузи осумњиченог“ (ОСБ Кж – 3553/06 од 29. јануара 2007. године).[7] Како истиче Окружни суд у Ваљеву кривично дело такође постоји и „када предузета радња нема карактер службене радње, али је предузета злоупотребом службеног положаја“ (Кж I – 309/09 од 2. јуна 2009. године.[8]

б) Прекорачењем границе службеног положаја или овлашћења (у објективном смислу) – једна могућност је да службено лице предузима службене радње које су по својој природи дозвољене, али које спадају у надлежност неког другог службеног лица, као нпр., у случају када је „оптужени доносио решења без одобрења и знања председника суда чија је то била искључива надлежност“ (Кж – 724/01 од 25. маја 2001. године),[9] а друга могућност је да службено лице предузима службене радње за које јесте надлежан, али под датим условима није овлашћен за њихово предузимање јер су његова овлашћења у конкретном случају ограничена одређеним актима или интересима (по правилу ради се о актима код којих нема дискреционог овлашћења).[10] У том смислу, Окружни суд у Београду стоји на становишту да постоји прекорачење службеног овлашћења када је „окривљени као начелник одељења лично попуњавао налоге за уплату и при томе у наведене налоге уписивао број свог текућег рачуна, а не број жиро рачуна општине“ (Кж – 3331/06 од 7. фебруара 2007. године),[11] као и када је „полицајац приликом претреса извршиоца кривичног дела затеченог на месту извршења дела, од њега

4 И. Симић, А. Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, осма књига*, Београд, 2008, стр. 217.

5 *Ibid*., стр. 218,

6 И. Симић, А. Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, шеста књига,* Београд, 2005, стр. 187.

7 И. Симић, А. Трешњев (2008), стр. 219.

8 *Избор судске праксе*, Београд, бр. 2011/3, стр. 43.

9 И. Симић, *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, четврта књига,* Београд, 2002, стр. 187.

10 Вид. Д. Атанацковић, *Кривично право, посебни део*, Београд, 1981, стр. 569–570. Упор. З. Перовић, „Кривично дело злоупотребе службеног положаја“, у: *Привредни криминал и корупција,* Београд, 2001, стр. 211.

11 И. Симић, А. Трешњев (2008), стр. 217.

одузео новац и тражио да му донесе још 2000 динара како не би поднео кривичну пријаву“ (Кж – 3098/04 од 17. децембра 2004. године).[12]

в) Невршењем службене дужности (у објективном смислу) – службено лице или пропушта вршење одређене службене радње (или више њих) из оквира свог службеног овлашћења или службену радњу врши на неадекватан начин тако да она не производи одговарајуће ефекте,[13] нпр., „када полицајац приликом вршења послова контроле саобраћаја учеснику у саобраћају који учини саобраћајни прекршај не наплати мандатну казну“ (ОСБ Кж – 903/05 од 22. априла 2005. године)[14] или „инструктор вожње са кандидатом не одржи десет часова вожње који су били унапред плаћени, а гориво које му је за те часове припадало, присвоји за себе“ (ОСБ Кж – 589/99 од 9. априла 1999. године).[15]

С обзиром на дати начин прописивања радње извршења учињено је једно кривично дело и у случају када су остварене две или више делатности које имају карактер радње извршења. У том смислу постоји кривично дело када „припадник саобраћајне полиције наплати мандатну казну не издавши признаницу, а примљени износ присвоји јер је на тај начин прибавио себи имовинску корист искористивши свој службени положај и прекорачивши границу свог службеног овлашћења“ (ОСБ Кж – 1684/06 од 27. јуна 2006. године)[16] или када „лекар и медицински техничар у клиничком центру невршењем своје службене дужности и прекорачењем свог службеног овлашћења нанесу штету овој установи тако што су указали лекарску помоћ лицу које је задобило прострелну рану руке, пропустивши да то евидентирају у службеном протоколу и да извршена услуга буде наплаћена“ (ОСБ Кж – 1543/05 од 21. јуна 2005. године)[17] (у истом смислу је и пресуда овог суда Кж – 1511/95 од 27. новембра 1995. године).[18]

Треба рећи такође, да се у судској пракси могу наћи и одлуке у којима се уопште не одређује који је облик радње извршења остварен у конкретном случају, већ се, као у пресуди Окружног суда у Београду Кж – 164/07 од 14. фебруара 2007. године, само наводи да је „окривљени злоупотребио свој положај када је као полицијац вршећи позорничку

12 И. Симић, А. Трешњев (2005), стр. 184.

13 Упор. Д. Атанацковић, *нав. дело*, стр. 570.

14 И. Симић, А. Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, седма књига,* Београд, 2006, стр. 190.

15 И. Симић (2002), стр. 189.

16 И. Симић, А. Трешњев (2008), стр. 217.

17 И. Симић, А. Трешњев (2006), стр. 188.

18 И. Симић, *Збирка судских одлука из крвичноправне материје, друга књига*, 1998, Београд, стр. 167.

делатност задржао за себе мобилни телефон које му је предало лице које је тај телефон претходно пронашло“[19] (у истом смислу је и пресуда овог суда Кж – 718/04 од 31. марта 2004. године).[20]

Кривично дело злоупотребе службеног положаја представља опште кривично дело против службене дужности и отуда оно постоји само уколико нису остварена обележја неког другог кривичног дела из ове групе. Међутим, пошто је радња извршења доста широко постављена, судови по правилу без упуштања у дубљу анализу чињеничног стања узимају да је у питању ово кривично дело независно од тога да ли су у конкретном случају остварена обележја и неког другог кривичног дела.[21]

У питању је последично кривично дело које се сматра довршеним наступањем једне од предвиђених последица:

а) прибављање себи или другом физичком или правном лицу какве користи – појам користи у контексту овог кривичног дела треба узети у најширем значењу – у обзир долази „било каква корист, како имовинска, тако и неимовинске природе, којом се ствара повољнији положај за одређено лице у било којој сфери друштвеног живота“ (ОСБ Кж – 2013/91),[22] односно „корист представља било какву погодност коју окривљени створи за себе или другог“ (ВСС Кж – 872/2000 од 15. септембра 2000. године)[23] и стога се примера ради, „прибављање користи може састојати у томе што је оптужени пропустио да прегледа датум издавања лекарског уверења кандидата за полагање возачког испита и на тај начин омогућио полагање са преиначеним лекарским уверењем (ОСБ Кж – 957/01 од 28. јуна 2001. године),[24]

б) наношење другом какве штете – релевантна је материјална штета као и сви облици нематеријалне штете и у том смислу судска пракса стоји на становишту да је „окривљени злоупотребио службени положај шефа одсека неге гинеколошко – акушерске клинике да би другоокривљеној прибавио корист, тиме што би јој је без сагласности биолошке мајке, којој би на тај начин нанео штету, омогућио усвајање туђег новорођеног детета и уверио њену породицу да је дете она родила“ (ОСБ Кж – 2442/02 од 21. јануара 2003. године)[25] и

19 И. Симић, А. Трешњев (2008), стр. 219.

20 И. Симић, А. Трешњев (2005), стр. 187.

21 З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика Црне Горе,* Подгорица, 2010, стр. 803.

22 З. Стојановић, О. Перић, *Кривично право, посебни део*, Београд, 2011, стр. 313.

23 *Судска пракса*, Београд, бр. 5/2002, стр. 22.

24 И. Симић (2002), стр. 188.

25 И. Симић, А. Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, петa књигa*, 2004, стр. 165.

в) тежа повреда права другог – подразумева онемогућавање неког лица да реализује стечена права или да стекне права која му припадају. Да би постојало кривично дело мора бити реч о тежој повреди права што представља фактичко питање које се процењује у сваком конкретном случају. Примера ради, у судској пракси се сматра да је „оптужени нанео штету и теже повредио права другог у случају када је као начелник секретаријата за комунално-стамбене и грађевинске послове општине наредио исељење оштећеног из закупљених просторија на основу решења секретаријата на чијем челу се налазио, иако је знао да је шест дана пре тога дато решење било поништено одлуком вишег органа“ (ОСБ Кж – 313/01 од 17. априла 2001. године).[26]

Сходно наведеном, ако је службени положај злоупотребљен у намери да се постигне корист, нанесе другом каква штета или теже повреде права другог, а до тога није дошло – последица није наступила, постојаће (кажњив) покушај овог кривичног дела. Но, упркос томе, Врховни суд Србије у пресуди Кж – 1285/07 наводи „да је окривљени учинио кривично дело јер је поступајући на описани начин манифестовао намеру да за себе прибави имовинску корист“.[27]

Извршилац кривичног дела може бити службено (ВСС Кж – 2340/07 од 26. јуна 2008. године)[28] или одговорно лице. Пошто се у пракси под одговорним лицем не сматрају само „пословођа сточарства“ (ОС у Суботици Кж – 373/08 од 16. септембра 2008. године),[29] „келнер у хотелу“ (ОСБ Кж – 509/96 од 2. априла 1996. године,[30] „пословођа продавнице“ (ОСБ Кж – 1122/94 од 19. октобра 1994. године)[31] или „радник обезбеђења биоскопа“ (ОСБ Кж – 1957/96 од 21. новембра 1996. године)[32] већ су то у највећем броју случајева лица на руководећим положајима као нпр., „директор банке“ (АС у Крагујевцу Кж – 166/10 од 5. фебруара 2010. године)[33] има мишљења да се тиме што се као могући извршилац овог кривичног дела наводи и одговорно лице неоправдано шире границе ове инкриминације што може довести до штетних последица за привредно пословање.[34]

26 *Ibid.*, стр. 187.

27 *Избор судске ūраксе*, Београд, бр. 1/2008, стр. 41.

28 *Избор судске ūраксе*, Београд, бр. 7–8/2009, стр. 45.

29 *Избор судске ūраксе*, Београд, бр. 2/2009, стр. 44.

30 И. Симић (1998), стр. 169.

31 *Ibidem.*

32 *Ibid.*, стр. 170.

33 *Избор судске ūраксе*, Београд, бр. 9/2010, стр. 49.

34 Одредбом члана 416 Кривичног законика Црне Горе је предвиђено да извршилац овог кривичног дела може бити само службено лице. Вид. З. Стојановић (2010), стр. 804.

Као облик кривице у обзир долази једино умишљај (ВСС Кж – 1285/07 од 3. јула 2007).[35]

Тежи облици кривичног дела постоје ако је извршењем дела прибављена имовинска корист у износу преко четристопедесет хиљада динара (став 2) или корист која прелази износ од милион петсто хиљада динара (став 3). Приликом утврђивања висине имовинске користи по правилу је меродавна тржишна вредност, а само изузетно то може бити „стварно постигнута имовинска корист" (ВСС Кж I – 246/77).[36]

Најзад, у вези овог кривичног дела судска пракса стоји на становишту да нема места примени института дело малог значаја (члан 18 КЗ) због неиспуњености првог (да је степен кривице учиниоца низак) и трећег услова (да општа сврха кривичних санкција не захтева изрицање кривичне кривичне санкције) „у случају када окривљени као саобраћајни полицајац на лицу места утврди постојање прекршаја, а не сачини записник о извршеној контроли и не поднесе кривичну пријаву против учиниоца прекршаја" (ВКС Кзз – 177/10 од 10. новембра 2010. године).[37]

II Трговина утицајем (члан 366 КЗ)

Кривично дело има пет облика.

Први облик кривичног дела (став 1) – тзв. пасивна трговина утицајем – чини онај ко захтева или прими награду или какву другу корист[38] за себе или другог, непосредно или преко трећег лица, да коришћењем свог службеног или друштвеног положаја или стварног или претпостављеног утицаја, посредује да се изврши или не изврши нека службена радња.

Радња извршења је захтевање или примање награде или какве друге користи. Награда или каква друга корист се захтева или прима за себе или другог, непосредно или преко трећег лица, а са циљем да

35 *Избор судске ūраксе*, Београд, бр. 1/2008, стр. 43.

36 З. Стојановић, О. Перић, *нав. дело*, стр. 314.

37 *Избор судске ūраксе*, Београд, бр. 6/2011, стр. 40–41.

38 У Кривичноправној конвенцији Савета Европе се код кривичног дела „*Trading in influence*" користи појам „*any undue advantage*" који би се могао превести као било која/свака незаслужена/неприкладна/неприпадајућа корист (*Criminal Law Convention on Corruption,* ETS 173, 1999, *Explanatory Report*). Поставља се питање да ли је с обзиром на природу овог кривичног дела појам „награда" адекватан ако се има у виду да тај појам у језичком смислу има позитивну конотацију. Наиме, „награда означава новац или нешто друго што се неком даје као признање за истакнут, значајан, успешан рад, за успешан резултат – признање уопште". *Речник срūскоī језика*, Нови Сад, 2007, стр. 757.

се коришћењем свог службеног или друштвеног положаја или стварног или претпостављеног утицаја, посредује да се изврши или не изврши нека у ужем смислу дозвољена (у ширем смислу недозвољена) службена радња. Једном речју, посредовање, односно одговарајућа интервенција је циљ радње извршења.

Кривично дело је довршено захтевањем или примањем награде или какве друге користи – није неопходно да до посредовања и дође. Иначе, под посредовањем у смислу овог кривичног дела треба разумети различите облике утицаја на одређено лице, који претпоставља коришћење службеног или друштвеног положаја учиниоца или његовог одговарајућег утицаја, односно ауторитета који учинилац по том основу има у служби, друштву и сл. Сходно томе, „кривично дело чини окривљени када прими новац као награду да посредује да се у другој служби МУП-а, у којој он иначе није радио, брже донесе решење о држављанству за лице које даје награду“ (ОСБ Кж – 921/94 од 3. октобра 1994. године)[39] односно „када професор гимназије прими награду да би посредовао да се у његову школу упише кћи даваоца награде“ (ОСБ Кж – 1494/96 од 6. новембра 1996. године).[40]

Други облик кривичног дела (став 2) – тзв. активна трговина утицајем – чини онај ко другом непосредно или преко трећег лица, обећа, понуди или да награду или какву другу корист да коришћењем свог службеног или друштвеног положаја или стварног или претпостављеног утицаја посредује да се изврши или не изврши нека службена радња.

Радња извршења је обећање, нуђење или давање награде или какве друге користи. Награда или каква друга корист се обећава, нуди или даје непосредно другом лицу или преко трећег лица, а са циљем да то (друго) лице коришћењем свог службеног или друштвеног положаја или стварног или претпостављеног утицаја посредује да се изврши или не изврши нека дозвољена службена радња.

Кривично дело је довршено када је са одговарајућим циљем предузета било које од алтернативно предвиђених радњи извршења – обећање, нуђење или давање награде или какаве друге користи.

Трећи облик (став 3) чини онај ко користећи свој службени или друштвени положај или стварни или претпостављени утицај посредује да се изврши службена радња која се не би смела извршити или да се не изврши службена радња која би се морала извршити.

Радња извршења је противзаконито посредовање – посредовање коришћењем службеног или друштвеног положаја или одговарајућег утицаја у циљу остваривања недозвољеног, незаконитог чињења или

39 И. Симић (1998), стр. 176.

40 *Ibidem.*

нечињења, а да се при томе заузврат ништа не захтева нити прима. Кривично дело је довршено окончањем радње извршења.

Четврти, тежи облик овог кривичног дела (став 5) чини онај ко за вид посредовања предвиђен у ставу 3. захтева или прими награду или какву другу корист.

Пети облик кривичног дела (став 4) чини онај ко другом непосредно или посредно преко трећег лица обећа, понуди или да награду или какву другу корист да користећи свој службени или друштвени положај или стварни или претпостављени утицај посредује да се изврши службена радња која се не би смела извршити или да се не изврши службена радња која би се морала извршити.

Радња извршења је обећање, нуђење или давање награде или какве друге користи. Награда или каква друга корист се обећава, нуди или даје непосредно другом лицу или преко трећег лица, а са циљем да то (друго) лице коришћењем свог службеног или друштвеног положаја или стварног или претпостављеног утицаја посредује да се изврши или не изврши нека недозвољена службена радња.

Кривично дело је довршено предузимањем било које радње извршења са одговарајућим циљем.

Извршилац кривичног дела из ст. 1, 3 и 5 може бити лице које има одговарајући службени или друштвени положај или одговарајући стварни или претпостављени утицај. Узевши у обзир релевантне кривичноправне одредбе у конкретном случају није тешко утврдити постојање одређеног службеног положаја неког лица и при томе за кривично дело нема значаја да ли предузимање радње извршења претпоставља однос хијерархијске подређености или надређености. Међутим, остаје нејасно на основу којих критеријума се утврђује друштвени положај, односно утицај неког лица. Има мишљења да друштвени положај треба схватити у смислу могућности утицаја коришћењем угледа који неко лице има у друштву,[41] као нпр., када је „окривљени користио свој друштвени положај и утицај бившег руководиоца Ауто-мото друштва“ (ВСС Кж – 443/90 од 23. октобра 1990. године[42]). Но, сматрамо ипак, да је реч о генералној клаузули коју услед одсуства поузданих критеријума могуће различито тумачити. Извршилац кривичног дела из ст. 2 и 4 може бити било које лице, а страно службено лице може бити извршилац дела из ст. 1 до 4. Код сваког облика кривичног дела релеватни облик кривице је умишљај.

41 Група аутора, Љ. Лазаревић (редактор), *Коментар Кривичног закона СРЈ*, Београд, 1995, стр. 900.

42 *Билтен Окружног суда у Београду*, Београд, бр. 35–36/1991.

У складу са одредбом става 7 долази до обавезног одузимања награде и имовинске користи. Преовлађује мишљење да је реч о обавезном изрицању мере безбедности одузимање предмета.[43]

III Примање мита (члан 367 КЗ)

Први облик кривичног дела (став 1) – тзв. право пасивно подмићивање – чини службено лице које непосредно или посредно захтева или прими поклон или другу корист или које прими обећање поклона или друге користи за себе или другог да у оквиру свог службеног овлашћења изврши службену радњу коју не би смело извршити или да не изврши службену радњу коју би морало извршити.

Сходно датој одредби радња кривичног дела је захтевање или примање поклона или друге користи или примање обећања поклона или друге користи.

Поклон или друга корист могу се захтевати или примати непосредно или посредно, за себе или другог – оправдано би било појам „другог" овде екстензивно тумачити тако да он поред другог физичког лица (нпр. за рођака) обухвата и правно лице (нпр. за политичку странку).[44]

а) Под захтевањем треба разумети изјаву која може бити учињена усмено, писмено или на неки други начин, из које недвосмислено проистиче захтев да се учини поклон или каква друга корист – извршење одређене службене радње или њено неизвршење је условљено поклоном или другом користи.

б) Примање поклона или друге користи може бити учињено непосредним успостављањем државине над поклоном, саглашавањем да се поклон стави на одређено место или преда одређеном лицу, усменим изражавањем сагласности да се прими поклон или вербалним одбијањем, а фактичким прихватањем поклона (ВСС Кж I – 673/86).[45] Како се наводи, „захтевање и примање поклона може бити учињено и прећутно" (ОСБ К – 401/98 од 20. октобра 1998. године).[46]

43 Љ. Лазаревић, *Коментар Кривичног законика Републике Србије*, Београд, 2006, стр. 912.

44 У том смислу се у члану 6 Предлога ЗИД КЗ из фебруара 2012. године наводи да код кривичних дела против привреде и кривичних дела против службене дужности када је у питању прибављање користи за другог, израз „другом" означава физичко и правно лице.

45 М. Томановић, „Кривична дела примања и давања мита као облик корупције", у: *Привредни криминал и корупција*, Београд, 2001, стр. 244.

46 И. Симић, *Збирка одлука из кривичноправне материје, трећа књига*, Београд, 2000, стр. 190.

в) Примање обећања поклона или друге користи претпоставља да је најпре на директан или индиректан начин учињена понуда за давање поклона или друге користи, а да је потом учинилац на било који подобан начин изразио своју сагласност да му поклон или друга корист касније буду уручени, нпр., „када одговорно лице у преговорима са страном фирмом око закључења уговора, за себе прихвати одређену провизију“ (ВСС Кж I – 1485/83).[47] Такође, „примање обећања поклона може се састојати и у обећању отписа дуга који учинилац има према даваоцу поклона“ (ВСС Кж – 47/96 од 23. марта 1996. године).[48]

Да би постојало кривично дело потребно је да службено лице неку од наведених делатности предузме да би извршило службену радњу коју не би смело извршити или да не би извршило службену радњу коју би у оквиру свог службеног овлашћења морало извршити. Постојање кривичног дела претпоставља да је реч о радњи која улази у оквир службеног овлашћења датог службеног лица.[49] Чињење, односно нечињење службеног лица мора се појавити као објективно недозвољено, незаконито. У том смислу Врховни суд Србије стоји на становишту да кривично дело постоји када су „двојица припадника интервентне бригаде МУП-а затекавши аутобус туристичке агенције из кога су путници који су допутовали из Мађарске истоварали робу, захтевали поклон да не изврше службену радњу коју би морали извршити, тј. да од одређених путника привремено одузму робу и позову надлежне инспекцијске органе, односно захтевали од вође пута и једног путника да им донесу три видео рикордера и допуне за мобилни телефон, па су тако примили један видео рикордер и допуне за мобилни телефон“ (Кж – 1804/03 од 14. октобра 2004. године)[50] као и када су „саобраћајни полицајци зауставили возило оштећеног због саобраћајног прекршаја, па прегледом возила установили постојање робе сумњивог порекла и захтевали поклон од оштећеног да га не би приводили на информативни разговор, а оштећени им оставио свој мобилни телефон као залогу до одласка до своје куће одакле је донео и предао оптуженима 100 евра и преузео свој мобилни телефон, да би потом пуштен“ (Кж – 352/06 од 5. новембра 2006. године).[51] Такође, Окружни суд у Београду сматра да ово кривично дело чине „радник у суду који на овери докумената при-

47 М. Томановић, *нав. чланак*, стр. 245.

48 И. Симић (1998), стр. 176.

49 Сходно одредби члана 22 Предлога ЗИД КЗ из фебруара 2012. године инкриминације оба облика кривичног дела пасивног подмићивања су проширене тако да покривају сва чињења и нечињења службеног лица без обзира на то да ли су у оквиру „или изван“ његовог службеног овлашћења.

50 И. Симић, А. Трешњев (2008), стр. 193.

51 *Избор судске праксе*, Београд, бр. 3/2007, стр. 37.

ми новац да овери пуномоћје лица које то пуномоћје није издало нити га потписало, већ је пуномоћје потписало друго лице“ (К – 662/97 од 3. јуна 1998. године)[52] као и „стражар затвора када унесе мобилни телефон у просторије затвора и преда га притворенику који обави телефонске разговоре без контроле, а за шта је примио поклон“ (К – 599/96 од 21. априла 1997. године).[53]

За постојање кривичног дела довољно је да је предузета бар једна од три алтернативно предвиђене радње извршења – захтевање, примање или обећања поклона или друге користи, и стога „примање поклона од стране наставника у вези са оцењивањем ученика има обележја кривичног дела примања мита иако није постојало претходно захтевања поклона“ (ВСС Кж I – 816/08 од 13. маја 2008. године).[54] Такође, ако је сукцесивно предузето више радњи извршења, постојаће само једно кривично дело, као на пример, у случају када „окриљени у својству председника испитне комисије у главну књигу школе упише да је одређено лице завршило разред, па за њега сачини сведочанство о завршеној школи иако то лице није похађало школу, због тога што му је обећан поклон који је захтевао и који је касније, по предаји сведочанства и примио“ (ВСС Кж – 166/95 од 22. јуна 1995. године).[55] За постојање кривичног дела није неопходно да је службено лице извршило службену радњу коју не би смело извршити или да није извршило службену радњу коју би морало извршити – евентуално извршење може имати карактер факултативне отежавајуће околности.

Кривично дело је довршено окончањем радње извршења тј. захтевањем поклона – када је лице коме је захтев упућен сазнало за тај захтев, при чему није потребан и пристанак тог лица да захтев испуни; примањем поклона – успостављањем фактичке власти над поклоном или примањем обећања поклона – изражавањем сагласности да се прихвати обећање поклона. С обзиром на природу радње извршења покушај овог кривичног дела није могућ (ВСС Кж – 1174/83).[56]

Објекат радње јесте поклон или друга корист и за постојање кривичног дела није релевантна његова вредност.

Поклон је свака покретна или непокретна ствар која има одређену имовинску корист и која се даје без накнаде.[57] Друга корист је сва-

52 И. Симић (2000), стр. 190.

53 *Ibid*., стр. 191.

54 *Избор судске ūраксе*, Београд, бр. 4/2010, стр. 43.

55 И. Симић (1998), стр. 177.

56 З. Стојановић, О. Перић, *нав. дело*, стр. 324.

57 Како се наводи, оно што суштински дефинише поклон то је његова бесплатност. С. Перовић, *Облиīациомо ūраво*, Београд, 1985, стр. 602.

ка корист имовинског карактера у ширем смислу – добијање кредита под повољнијим условима или неосновано добијање стипендије и сл. Неће постојати ово кривично дело када је у питању неимовинска корист у ужем смислу речи, односно корист која се не може вредносно – финансијски изразити као на пример, обљуба са неким или да се о службеном лицу афирмативно пише у новинама.[58]

Други (лакши) облик кривичног дела (став 2) – тзв. неправо пасивно подмићивање – обухвата исте радње извршења као и претходни облик кривичног дела, а разлика је у томе што се радња извршења предузима да би се у оквиру свог службеног овлашћења извршила службена радња која би се морала извршити односно да се не изврши службена радња која се не би смела извршити.

Захтевање, примање или примање обећања поклона или друге користи врши се да би службено лице деловало у оквиру својих овлашћења – да би извршило одређену (дозвољену) службену радњу (одређене службене радње) чињења или нечињења, која спада у стварну и месну надлежност тог службеног лица. У складу са постојећим решењем,[59] нема овог кривичног дела, ако се ради о службеној радњи која не улази у круг службеног овлашћења службеног лица (нпр. када учитељ прими поклон за приватно спремање ђака),[60] али се узима да је за постојање кривичног дела довољно да је службено лице надлежно за извршење дате службене радње и да није потребно да је оно стварно и одређено за њено извршење.[61]

Кривично дело постоји „када је саобраћајни полицајац зауставио оштећеног и саопштио му да је учинио саобраћајни прекршај на основу ког се одузима саобраћајна дозвола али да ће му написати „блажи прекршај“ и у току писања прекршајне пријаве примио од оштећеног 50 евра, од којих је задржао 10 евра, а 40 евра вратио и при томе написао прекршајну пријаву која се односи на стварно учињени прекршај“ (ВСС Кж – 2413/05 од 6. јула 2006. године),[62] односно „када полицајац од лица, коме је требало да се врати привремено одузето возило до окончања поступка, захтева као противуслугу и прими 300 дем приликом враћања возила“ (ОСБ К – 401/98 од 20. октобра 1998. године),[63] као и у случају када је „оптужена у својству судског вештака, наплатила учињену услугу директно од странке, иако је знала да према важећим прописима своју

58 F. Bačić, *Krivično pravo, posebni dio*, Zagreb, 1997, стр. 327.

59 Вид. *fn.* 6.

60 F. Bačić, *нав. дело*, стр. 475

61 J. Таховић, *Кривично право, посебни део*, Београд, 1953, стр. 472.

62 *Избор судске праксе*, Београд, бр. 3/2007, стр. 37.

63 И. Симић (2000), стр. 190.

услугу и трошкове може да наплати само преко суда који је одредио вештачење" (ВСС Кж – 1715/05 од 23. јуна 2006. године).[64]

Као и у претходном случају објект радње је поклон или друга корист. Уколико је упитању поклон мале вредности, односно безначајна корист требало би сматрати да нема кривичног дела јер је реч о социјално адекватном понашању.[65] Има мишљења да би као тежи облик кривичног дела требало предвидети захтевање поклона или друге користи веће вредности.[66]

Тежи облик кривичног дела из става 3. претпоставља да се примање мита врши у вези са откривањем кривичног дела, покретањем или вођењем кривичног поступка, изрицањем или извршењем кривичне санкције.

Најлакши облик кривичног дела (став 4) – тзв. накнадно подмићивање – чини службено лице које захтева или прими поклон или неку другу корист после извршења, односно неизвршења (законите или незаконите) службене радње. До захтевања или примања поклона или друге користи долази након предузимања, односно непредузимања службене радње и стога се ова инкриминације само условно може подвести под подмићивање. Уколико је између дате службене радње и захтевања односно примања поклона или друге користи прошао веома дуг временски размак доводи се у питање криминално-политички смисао ове инкриминације.[67] Ако је у међувремену службеном лицу престало то својство, сматра се да кривичног дела нема, али да дело постоји ако је службено лице само променило службу.[68]

Извршилац наведених облика кривичног дела може бити само службено лице (ВСС Кж – 2015/03 од 13. маја 2004. године).[69] Судска пракса по том питању заузима и један дискутабилан став да „када је учинилац примио мито као радник државног органа – припадник полиције који у сваком случају мора имати углед код грађана, па је његово поступање сигурно утицалао на поверење, односно смањење поверења

64 И. Симић, А. Трешњев (2008), стр. 224.

65 З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Београд, 2006, стр. 768.

66 T. Kralj, M. Dragićević-Prtenjača, „Korupcijska kaznena dela protiv službene dužnosti", *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, стр. 735.

67 З. Стојановић (2006), стр. 768. Вид. М. Томановић, *нав. чланак*, стр. 249.

68 Ј. Таховић, *нав. дело*, стр. 477.

69 И. Симић, А. Трешњев (2006), стр. 194. Појам службеног лица одређен је у члану 112. став 3. КЗ. Предлог ЗИД КЗ из фебруара 2012. године (члан 6) мења одредбу тачке 3. овог члана и прописује да се под службеним лицем сматра и „јавни бележник, извршитељ и арбитар, као и лице у установи, предузећу или другом субјекту, којем је поверено вршење јавних овлашћења, које одлучује о правима, обавезама или интересима физичких и правних лица или о јавном интересу".

у овај државни орган, то се мора ценити у смислу отежавајућих околности приликом одмеравања казне" (ВСС Кж – 564/98 од 30. септембра 199. године).[70] Мишљења смо да пошто је питању својство извршиоца као обележје бића кривичног дела оно не би требало имати значај и приликом одмеравања казне.[71]

У складу са одредбом става 5 извршилац кривичног дела из ст. 1 до 4 овог члана може бити и страно службено лице,[72] а у складу са одредбом члана 6, одговорно лице у предузећу установи или другом субјекту може бити извршилац кривичног дела из ст. 1, 2 и 4 овог члана.

Релевантни облик кривице код свих облика кривичног дела је умишљај.

Став 7 предвиђа обавезно одузимање примљеног поклона и имовинске користи. Спорно може бити да ли је овде реч о обавезном изрицању мере безбедности одузимање предмета или се одредба односи и на одузимање имовинске користи прибављене кривичним делом.[73]

У вези овог кривичног дела судска пракса стоји на становишту да је „могућа конструкција продуженог кривичног дела када стечајни управник захтева и прима новац од три лица да би спровео и окончао стечајни поступак" (ВСС Кж – 779/99 од 29. марта 2001. године)[74] (у истом смислу је и пресуда овог суда Кж – 1614/99 од 21. јуна 2001. године)[75] и да се при томе „конструкција кривичног дела примања мита у продуженом трајању опредељује према најтежем облику кривичног дела, при чему треба раздвојити које је радње оптужени извршио тако што је захтевао поклоне да изврши службену радњу коју је иначе мора извршити, затим које радње да не изврши, а које не би смео да изврши и за које радње је захтевао поклон након извршења службене радње" (ВСС Кж – 977/04 од 23. новембра 2004. године).[76]

---

70 И. Симић (2000), стр. 30.

71 Вид. З. Стојановић, *Кривично право, општи део*, Београд, 2010, стр. 271.

72 Појам страног службеног лица одређен је у члану 112 став 4 КЗ. Предлог ЗИД КЗ из фебруара 2012. године (члан 6) мења овај став и он сада гласи: „страним службеним лицем сматра се лице које је члан, функционер или службеник законодавног или извршног органа стране државе, лице које је судија, поротник, члан, функционер или службеник суда стране државе или међународног суда, лице које је члан, функционер или службеник међународне организације и њених органа, као и лице које је арбитар у страној или међународној арбитражи."

73 З. Стојановић (2006), стр. 769.

74 И. Симић (2002), стр. 47.

75 *Ibid*, стр. 193.

76 И. Симић, А. Трешњев (2005), стр. 191.

IV Давање мита

Први облик кривичног дела (став 1) – тзв. право активно подмићивање – чини онај ко службеном или другом лицу учини, понуди или обећа поклон или другу корист да би службено лице у оквиру свог службеног овлашћења извршило службену радњу коју не би смело извршити или да не би извршило службену радњу коју би морало извршити или онај ко посредује при оваквом подмићивању службеног лица.

Кривично дело се може извршити на четири начина и то: чињењем, нуђењем, обећањем поклона или какве друге користи службеном или другом лицу или посредовањем при подмићивању службеног лица.

а) Чињење поклона или друге користи претпоставља његово уручивање, односно стављање на располагање службеном или другом лицу, може бити непосредно или посредно. У том смислу кривично дело постоји када „окривљени инспектору СУП-а преда новчаницу од 50 дем говорећи: „Узми да нешто попијеш, ја те частим да ми не одузмеш пасош“„ (ОСБ Кж – 164/95 од 18. маја 1995. године).[77]

б) Нуђење поклона или друге користи се реализује изражавањем жеље да службено или друго лице нешто узме – стављањем на знање да нешто може узети односно предлагањем да нешто прихвати, да приступи томе.[78]

в) Обећање поклона или друге користи се може извршити на било који начин којим се недвосмислено манифестује спремност или сагласност да се учини поклон или друга корист службеном или другом лицу. Може бити усмено, писмено, конклудентним радњама, непосредно и посредно. Није од значаја да ли је до обећања дошло самоиницијативно или на захтев другог лица.

г) Посредовање подразумева предузимање одговарајућих радњи којима се успоставља веза између лица које даје поклон или другу корист и службеног лице које то прима. У питању је радња саучесништва која је подигнута у ранг радње извршења.

За постојање кривичног дела неопходно је да се нека од наведених радњи врши да би службено лице у оквиру свог службеног овлашћења[79] извршило службену радњу коју не би смело извршити или да не би из-

77 *Билтен Окружног суда у Београду*, Београд, бр. 44/1996, стр. 67.

78 *Речник српског језика*, стр. 840.

79 Као и код пасивног подмићивања, и овде је сходно одредби члана 23 Предлога ЗИД КЗ из фебруара 2012. године код оба облика кривичног дела предвиђено да инкриминација обухвата и случајеве када су у питању чињења или нечињења службеног лица у оквиру „или изван“ његовог службеног овлашћења.

вршило службену радњу коју би морало извршити – недозвољену, незакониту радњу.

Кривично дело је довршено предузимањем било које предвиђене радње и „за постојање кривичног дела нема утицаја да ли је службено лице прихватило обећање поклона и пристало на обављање те службене радње, тако да није могућ покушај кривичног дела, јер је сваком делатношћу која објективно значи обећање поклона кривично дело довршено“ (ОСБ Кж – 879/03 од 8. маја 2003. године).[80]

Други, лакши облик кривичног дела (став 2) – тзв. неправо активно подмићивање – чини онај ко службеном или другом лицу учини, понуди или обећа поклон или другу корист да службено лице у оквиру свог службеног овлашћења изврши службену радњу коју би морало извршити или да не изврши службену радњу коју не би смело извршити или ко посредује при оваквом подмићивању службеног лица.

Радња извршења је иста као и код правог активног подмићивања, а разлика је у томе што се радња предузима да би службено лице у оквиру свог службеног овлашћења[81] извршило радњу коју би иначе морало извршити, односно да не би извршило радњу коју не би смело извршити – у ужем смислу дозвољену радњу. Кривично дело постоји и када службено лице одмах одбије понуду као на пример, у случају када је „кинески држављанин у просторијама ГСУП-а Београд инспектору за странце учинио поклон да у оквиру свог службеног овлашћења изврши службену радњу коју би морао извршити – давање мишљења у вези захтева за добијање визе његовој супрузи, тако што је дошао да се интересује да ли је из амбасаде стигао захтев у вези са издавање визе за његову супругу, па када му је инспектор затражио путну исправу ради утврђивања података, он му је предао пасош у коме се налазила новчаница од 50 евра, а када је инспектор вратио новчаницу, окривљени је прошао иза стола и покушао да стави новчаницу у џеп инспектору, када му то није успело, новчаницу је ставио на сто испод папира који су се ту налазили. Прилазећи инспектору окривљени је рекао да је „то за сок“ и при томе није захтевао да он да позитивно мишљење“ (ОСБ Кж – 2216/04 од 15. септембра 2004. године).[82]

Објект радње јесте поклон или друга корист. Уколико се ради о поклону мање вредности долази у обзир примена института дело малог значаја (члан 18 КЗ РС).[83] Међутим, спорно би могло бити на који начин би било утврђено испуњење првог услова за примену овог инсти-

80 И. Симић, А. Трешњев (2005), стр. 193.

81 Вид. *fn.* 26.

82 И. Симић, А. Трешњев (2005), стр. 192.

83 З. Стојановић (2006), стр. 771.

тута (да је степен кривице учиниоца низак) нпр. ако су обележја бића кривичног дела обухваћена умишљајем учиниоца, али он није имао материјалних могућности за поклон веће вредности. Такође, приликом примене института дело малог значаја код овог кривичног дела требало би имати у виду да би овај институт као основ који искључује противправност (постојање кривичног дела) требало примењивати само у оним случајевима када се на основу објективних и субјективних околности може недвосмислено закључити да било какав вид друштвеног прекора не би био оправдан. У осталим случајевима адекватније би било реаговати неким другим правним инструментима који укључују и одговарајући вид друштвеног прекора – условном осудом или судском опоменом.[84]

Извршилац оба облика кривичног дела може бити било које лице, а кривично дело је могуће извршити само са умишљајем.

У складу са одредбом става 3 кривично дело давања мита постоји и када су поклон или друга корист дати, понуђени или обећани страном службеном лицу, а у складу са одредбом става 5 и онда када је то учињено према одговорном лицу у предузећу, установи или другом субјекту.

Према напред наведеним одредбама кривично дело се може извршити према следећим лицима: службеном лицу; другом лицу; страном службеном лицу и одговорном лицу у предузећу, установи или другом субјекту. Остаје отворено питање која је интенција законодавца била када је круг лица којима би се могао дати мито проширио увођењем „другог лица“.[85]

У ставу 4 предвиђен је факултативни основ за ослобођење од казне који постоји уколико је учинилац дела из ст. 1 до 3 пријавио дело пре него што је сазнао да је оно откривено. У том случају, у складу са одредбом става 6 поклон, односно друга корист који буду одузети од лица које је примило мито могу се вратити лицу које је дало мито. Сходно датој одредби као и природи алтернативно предвиђених радњи извршења овог кривичног дела могло би се закључити да је примена датог факултативног основа за ослобођења од казне могућа једино у случају када је дело извршено давањем поклона или друге користи.[86]

Теоријски посматрано овде је реч о институту стварног кајања. Постојање овог института превенствено се оправдава криминално – по-

84 Вид. Н. Делић, *Нова решења општих института у КЗС*, Београд, 2009, стр. 38–39.

85 Ђ. Игњатовић, М. Шкулић, *Орīанизовани криминалитеī*, Београд, 2010, стр. 245.

86 Ђ. Игњатовић, М. Шкулић, *нав. дело*, стр. 247. Упор. Љ. Лазаревић, *нав. дело*, стр. 920. и Група аутора, Љ. Лазаревић (ред.), *нав. дело*, стр. 911.

литичким разлозима јер се на овај начин настоји да се учинилац кривичног дела подстакне да отклони зло које је нанео његовим извршењем – у интересу веће заштите одређених правних добара учинилац се стимулише да сам отклони из кривичног дела поризашлу повреду датог добра, чак и уз цену његовог ослобођења од казне. У складу са општим правилима (члан 58 став 3 КЗ РС) примена овог института, осим учињеног кривичног дела за које је предвиђена казна затвора до пет година, претпоставља испуњење још два услова, да је учинилац отклонио последице дела (или накнадио штету проузроковану кривичним делом) и да је то учинио пре него што је откривен. Иако се у законском тексту то не наводи треба рећи да је за примену овог института потребно да буде испуњен још један услов, а то је да стварно кајање буде добровољно – да је учинилац сам одлучио да отклони последицу – одлука о томе је резултат слободног самоопредељења учионица и при томе за доношење одлуке не смеју бити одлучујући спољни чиниоци. За добровољност није битно да ли су побуде учиниоца биле моралне природе – стварно кајање не мора бити кајање у морално – етичком смислу.[87] С обзиром на то да законодавац у општем делу закона код овог института не уноси квалификатив добровољности, нити то чини код кривичног дела давања мита могло би се поставити питање да ли могућност ослобођења од казне код овог кривичног дела постоји и у случају када учинилац пријављује кривично дело јер мисли да ће то исто пре њега учинити пасивни субјект или када то чини зато што пасивни субјект није учинио оно што је од њега очекивано. Ако пођемо од тога да интенција законодавца није била да се изостављањем квалификатива добровољности елиминише субјективна страна стварног кајања, већ да је то учињено у намери да се избегне да се у пракси испуњеност овог услова утврђује на исти начин као и код добровољног одустанка – преуско, долазимо до закључка да је и поред могућности за шире тумачење појма добровољности, простор за примену института стварног кајања код кривичног дела давања мита веома сужен, ако не и искључен. Ово из разлога што у датом случају могућност ослобођења од казне претпоставља да суд приликом одлучивања о казни треба да узме у обзир не само зло које је настало извршењем кривичног дела већ и накнадно ангажовање учиниоца које је у објективно – субјективном смислу позитивно дефинисано. У објективном смислу ангажовање учиниоца би морало резултирати отклањањем последице дела, а у субјективном смислу оно би морало бити добровољно на напред наведени начин.

На самом крају, могла би се довести у питање и основаност одредбе става 6. у којој је предвиђено да се у случају примене овог института

87 Н. Делић, *нав. дело*, стр. 44–45.

поклон односно друга корист који буду одузети од лица које их је примило могу вратити лицу које их је дало јер ако пођемо од тога да је у питању изрицање мере безбедности одузимање предмета (члан 87 КЗ) то би значило да примена института стварног кајања овде практично даје могућност укидања мере безбедности.

***Nataša* DELIĆ, PhD**
Associate Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

BRIEFLY ABOUT CRIMINAL OFFENCES OF CORRUPTION

Summary

In this paper the author discusses the crimianl offences of corruption which are set in the group of criminal offences against official duties, such as a) abuse of office position (aticle 359), b) trading in influence (article 366), c) acceptance of bribes (article 376) and d) giving bribes (article 368). Legal nature and importance of these crimes had impact to the structure and content of the work in which some important characteristics of the beings of crimes where analyzed and shown. Regarding ceratin issues in a given context of discussion, the author pointed out relevant theoretical grounds and views of judical pracitice, and also presented appropriate conclusions.

Key words: *corruption, criminal offences of corruption, criminal offences against official duties, Criminal Code of Serbia.*

МЕЂУНАРОДНО ПРИВРЕДНО ПРАВО

др *Светислав* ТАБОРОШИ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

ЛОГИЧКИ ОСНОВИ ЗАКОНА О ЈАВНО–ПРИВАТНОМ ПАРТНЕРСТВУ

Резиме

Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама је пропис који је у свом формалном аспекту потпуно усклађен са захтевима процеса хармонизације са правом ЕУ и представља правни основ за развој нових видова партнерства. Истовремено, у односу на претходна законска решења, он ову материју регулише целовитије и логичније. Доношење Закона је пратило прилично безразложно одушевљење предлагача, који су у образложењима истицали само његове предности у смислу очекиваног смањивања притиска на јавне фондове. У тексту се указује на комплексност промена до којих долази на основу оваквих подухвата, посебно с обзиром на сложеност привредне и друштвене структуре друштва у транзицији. Указује се, пре свега, на то да се најважнији ефекат партнерства уопште не налази у прерасподели трошкова, него у унапређивању делатности коришћењем предности које су развила два сектора, односно елиминисањем слабости које су за њих карактеристичне.

Кључне речи: *јавни сектор, јавно-приватно партнерство, постсоцијалистичка транзиција, буџет.*

У наслеђеној структури из социјалистичког друштва улога јавног сектора у укупном друштвеном и привредном животу је била прецењена.

Не улазећи у разлоге због којих је то био случај, као ни у разлике између појединих модела социјалистичког система, неспорно је да је јавни сектор не само био доминантан у процесу формирања друштвеног производа, него и ексклузивни понуђач роба и услуга у тзв. друштвеним делатностима. Традиционална дефиниција је претежно својинска, мада се касније (у Југославији) јављају елементи функционалне.

1. Поремећени односи између дела јавног сектора у друштвеним делатностима и остатка привреде (у то време такође део јавног сектора) били су могући због потпуне замагљености односа унутар државносвојинског (односно друштвеносвојинског) оквира. Када је након приватизације и успостављања тржишне привреде било могуће валоризовати ефекат привређивања у привредном делу, тек тада је постало потпуно јасно колико је висок ниво дезекономије у преосталом фонду посттранзиционог јавног сектора.

Овај се нашао суочен са две врсте ограничења: квалитативним и квантитативним. Квалитативна се могу дефинисати као очекивања која друштво односно корисници имају по инерцији, и очекују их и даље од одговарајућих давалаца. Очекују од државе, по логици стечених права, да она сноси пуну одговорност за све процесе у којима тржишна понуда од стране приватног капитала или није довољна, или је таква да би значајније повећавала ниво социјалне диференцијације. Са друге стране, квантитативна проистичу из покушаја да се уравнотежи буџет у условима пада друштвеног производа, који се јавља у свим земљама транзиције. Поред тога, дошло је и до промене у расподели националног дохотка, које су последица промене настале увођењем цена фактора.

Овим ограничењима ваља додати и ново: отварањем друштава и усвајањем стандарда понашања из развијенијих земаља, постало је очигледно да у делатностима које покрива јавни сектор постоје огромна заостајања и неусклађености. Оно се раније није примећивало због аутархичних карактеристика националних привреда, али то постаје не само очигледно, него и препрека даљем развоју и њиховој интеграцији у светску привреду. Саобраћајна инфраструктура, енергетска (не)ефикасност, заштита животне средине и комуналне делатности само су најкарактеристичнији примери.

Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама Републике Србије представља значајну новину у вези са даљом судбином јавног сектора, мада се, пажљивим читањем, показује да се он бави искључиво поступком закључивања одговарајућих јавноправних уговора, те да готово у потпуности изостаје оно што се у савременој законодавној техници назива анализом ефеката. А да би се ефекти утврдили, неопходно је најпре изучити природу дате појаве. Наш законодавац је и у овом

случају, као и у многим ранијим, *ratio legis* извео на основу аргумента о формалном усклађивању са прописима ЕУ.

2. Наслеђени недостаци и нови задаци јавног сектора у посттранзиционом периоду се често додајно усложњавају услед деловања политичке елите која, са једне стране, користи делове постојећег јавног сектора као економско залеђе политичких странака и покрета, а са друге стране, због непостојања економске контроле над новим развојним пројектима, они постају идеална прилика за бујање корупције. Сем тих слабости, уочава се још и то да владајућа политичка група нереалним програмима обећава такве нивое функционисања делатности у јавном сектору који далеко превазилазе буџетске могућности. Ова социјално-популистичка димензија деловања политичке елите у вези са јавним сектором често доводи до успостављања потпуно погрешног реда приоритета, таквог какав нема никакве везе са стварним потребама привредног развоја (тј. таквим који не отклања недостатке тржишта) већ служи само њеној промоцији.[1] Тиме се још више појачавају недостаци оних компонената јавног сектора које су потиснуте због дневнополитичких потреба.

Економска логика постојања јавног сектора је у томе што он има задатак да попуни извесне празнине у структури привреде које, својим постојањем, угрожавају привредни раст и стабилност. Његова социјална функција је, у односу на ову закономерну и суштинску, изведена. Свако изостајање правог пројекта или његово неблаговремено реализовање се мултипликује као губитак потенцијалног друштвеног производа. Стога, из реченог произлази да од судбине јавног сектора у постсоцијалистичком друштву умногоме зависи не само брзина привредног опоравка, него и чак и он сам. Другим речима, јавни сектор својом неадекватном улогом може да буде чак и самостални узрок рецесије.

3. Могућност да се ове делатности могу развијати брже него што то дозвољавају расположива средства у буџету је већ сама по себи довољно примамљива да се потраже додајни извори прихода. Уколико би се одговарајуће делатности развијале уз мањи фискални терет, то би, очигледно, било фактор подстицања развоја. У дневнополитичкој аргументацији увођења јавно-приватног партнерства, то се обично истиче као главна предност. Но, са становишта економске анализе подлога потребе да се демонополизује јавни сектор у готово свим његовим традиционалним функцијама огледа у чињеници што постојећи има ниску ефикасност. У поређењу са приватносвојинским актерима на

1 У литератури се покушаји политичке елите да створи извесне услове који превазилазе реалне могућности, са искључивим интересом да се одређена политичка група социјално легитимише као изузетно напредна, назива Ферари синдромом.

истим релевантним тржиштима, или у поређењу са ефектима у другој (нетранзиционој) земљи, постаје јасно да су слабости јавног сектора и у његовом менаџменту, технолошкој динамици, стабилности извора средстава, односно у околностима које су препознатљиве и у земљама са развијеном тржишном привредом, у којима се економска неефикасност истиче као главни аргумент.

Тако се у постсоцијалистичкој привреди стичу два вектора са истим деловањем: и неминовност да се смањи буџетски расход, како би се привреда учинила конкурентнијом и нужност да се делатности јавног сектора обављају ефикасније, односно јефтиније. И све то у ситуацији у којој су објективне потребе за одговарајућим добрима или услугама чак и више него у референтним, богатијим земљама.

Омогућавање приватном капиталу да буде ангажован у делатностима које сада покрива јавни сектор би, када би он имао профитни интерес за то, захтевало само минималне институционалне промене. Практично, институционалне баријере за улазак у ове делатности не постоје. Напротив, општа је тенденција да се тежи увођењу конкуренције, што подразумева ангажовање и приватног капитала. Но, у овом моменту он, сем у неким делатностима у којима му је то омогућио технолошки развој, не може да потпуно преузме одговорност за њихово обављање, односно уредно снабдевање, јер је понекад реч о природним монополима или односима који имају врло значајне екстерне (социјалне) ефекте. Стога би радикална приватизација, којом би се држава потпуно повукла из одговарајућих делатности најпре проузроковала негативне друштвене ефекте јер би један део становништва потпуно остао без одговарајућих добара односно услуга, а затим би, због неминовно нижег нивоа понуде, нарасле структурне неусклађености које би, у крајњој линији, угрозиле развој самог тржишног механизма, па и конкурентног дела привреде. У овом моменту не постоје докази да је потпуна приватизација непривредних делатности социјално прихватљива, упркос супротним препорукама које нам даје економска анализа. Она, једноставно, неадекватно вреднује неекономске индикаторе.

4. Средње решење би подразумевало заједнички пословни подухват јавноправног ентитета са приватним. Но, с обзиром да су економски циљеви два партнера потпуно различити, јер јавноправни субјект има као основни циљ редовно обављање дате делатности под условима који нису тржишни, док приватни тежи профиту, да су њихови временски хоризонти у којима пројектују своје пословање различити, то пред овим партнерским односом стоји много већи број искушења него пред партнерством истоврсних субјеката.

Сматрамо да се у интерпретацији циља законодавце не може апсолутизовати тежња да се, уз смањење буџетског расхода, обезбеди остваривање одређених функција које иначе има јавни сектор. Суштина партнерства није у пребацивању друштвеног трошка на приватне инвеститоре, него у појефтињењу пројеката. Стога нагласак у анализи треба да буде на утврђивању елемената којима се постиже боља економичност, а не на привидној дилеми да је боље имати приватни капацитет него никакав.

Партнерство заиста може да доведе до знатно успешније реализације пројекта, и то због неколико могућих предности:

- стабилност извора финансијских средстава за инвестирање,
- „увезивање“ пројекта,[2]
- еластичност у примени иновација и
- пројекција трошкова кроз читав период трајања објекта, односно активности.[3]

Наравно, ти потенцијали се јављају само у случају повезивања два сектора, и представљају предности чије ефекте учесници међусобно дистрибуирају у складу са нивоом ризика којег заједнички подухват носи. У случају да се датом делатношћу бави самостално приватноправни субјект, указане предности се одражавају само на његов очекивани профит, те изостају позитивни социјални ефекти на којима јавни сектор обично највише инсистира.

Средњи пут између приватизације и задржавања одређене делатности у јавном сектору је политички прихватљивији од „чистих“ модела и представља својеврсно компромисно решење.[4] „Јавно-приватно партнерство постоји на граници између јавног и приватног сектора, те не

2 Као типичан пример позитивног ефекта којег доноси увезивање (енгл. *bundling*) наводи се DBFO уговор. То је, уствари, концесија која се даје приватном партнеру да пројектује, обезбеди финансијска средства, изгради и управља односно користи објект у уговореном року. Свака од четири фазе би могла да буде и предмет самосталног посла. Овај посао се разликује од праве концесије по томе што приватни партнер услуге наплаћује од државе, а не крајњих корисника, као код концесије.

3 „Интегрисање пројектовања, управљања и одржавања кроз читав животни век, у оквирима јединственог плана финансирања, подиже перформансе подухвата и снижава укупне трошкове док он траје.“ J. Pierce, I. Little „Taxpayers need value from partnerships“, *Australian Financial Review*, april 2002.

4 Ваљда због тога и не постоји нека општеусвојена дефиниција. Готово је невероватно да ни у *acquius*-у, где су прецизно одређени и далеко безначајнији појмови, немамо дефиницију јавно-приватног партнерства. Европска комисија, Guidelines for successful public-private partnership, march 2003, стр. 19 изричито се наводи како постоје прецизне дефиниције сваког конкретног вида партнерског уговора, али не и свеобухватна.

представља ни национализацију ни приватизацију средстава или услуга. Оно, политички, представља трећи пут којим владе могу да обезбеђују јавне услуге. Штавише, практично, партнерство је облик уговорне сарадње у којој јавни и приватни сектор, делујући заједно, постижу оно што самостално не могу."[5] А непосредни политички ефекат се састоји у чињеници да се партнерством убрзава привредни и друштвени развој, будући да се већим обимом капитала од средстава расположивих у текућем буџету финансирају друштвене функције чије би изостајање могло да буде ограничење складног развоја. Но, са друге стране, треба поставити и рационалну границу често мегаломанским и нереалним амбицијама политичке елите. Ту перцепцију реалних могућности даје приватни сектор. Дакле, већ у првој фази животног циклуса пројекта у јавном сектору – његовом *планирању*, улога приватног сектора је да пројект економски тестира и истакне резерве на основу којих би он постао реалистичнији.

Полазна премиса законодавца се заснива на томе да мора да се промени однос између два потпуно по логици пословања одвојена и конкурентна сектора, односно њихових пословних субјеката.

Делимично повлачење јавноправно контролисаног субјекта и увођење тржишта подразумева да на његово место уђе приватноправни, али под условима који омогућују остваривање функција јавног сектора, да два сектора заједнички контролишу даваоца услуга или, у најмању руку, да се створи однос у којем приватноправни може да уђе на исто релевантно тржиште, а да се јавноправном ограничи буџетска подршка и он тако натера да подигне ефикасност пословања.

Његово присуство на истом релевантном тржишту и однос конкуренције са приватним субјектима обезбеђује квалитативну компоненту, али се то обично претвара у најнижи стандард квалитета који је друштвени прихватљив; корисник за њега обично плаћа само партиципацију. Приватни конкуренти тада обезбеђују исте услуге у неком другом, за кориснике пожељнијим условима, али и по тржишној цени. Доминантна позиција јавноправног учесника на релевантном тржишту је довољан услов за обезбеђивање редовног функционисања делатности. То значи да се и у фази *оперативног пословања* приватни сектор јавља као специфични контролор јавног сектора: непосредно дијагностикује његову нерационалност, и то виде сами корисници

5. Но, конкуренција није увек могућа. Јавни сектор се не бави само производњом роба или давањем услуга које би иначе могле да понуде и приватне компаније или установе, већ и стварањем услова, материјалних

5 M. Gerrard: „Public-Private Partnerships", *Finance and Development*, Melburn, бр. 38(3)/2001, стр. 48–51.

и техничких, за делатности од општег економског значаја, попут грађења путева и друге саобраћајне инфраструктуре, развоја енергетских мрежа, изградње великих здравствених или образовних, односно научноистраживачких јединица, развоја недовољно развијених подручја или реструктурирања подручја у којима је дошло до дезиндустријализације због промена привредне структуре, као и многим других послова који захтевају велика средства, имају дуг период активизације, мали годишњи повратак, подразумевају високе ризике или их прате друге, за инвеститора неповољне околности. Стога би пословни ризик за приватног инвеститора у тим делатностима био несразмерно виши него у другим. Подела ризика је зато централно економско питање за успостављање партнерског односа, преко ње се испољава *causa* уговора, и без обзира што се Закон бави више процедуралним и организационим аспектима уговора о партнерству, формални услови и критеријуми за избор су у суштини израз потребе да се обезбеди друштвено прихватљива расподела ризика.

Код сваког уговора партнери желе да ризик превале на другу страну. Тако је и овде, упркос томе што је реч о јавноправном уговору. Већина недостатака који се данас манифестују у вези са јавним предузећима се, у случају успостављања оваквог партнерства, манифестују кроз повећани ризик којег би требало да прихвати јавни сектор, а приватни партнер постепено превазиђе. У суштини, то је и најважнија социјално негативна димензија партнерства. Јавноправни партнер прихвата већи ризик од оптималног, јер се руководи тренутним, а не будућим трошковима. Приватни инвеститор, улазећи у партнерски однос, већ има у виду један референтни стандард ризика, онај који постоји на конкурентном тржишту. Сада улази у ситуацију у којој је ризик повећан, делимично због тога што мора да послује под условима који подразумевају низ унапред задатих ограничења, делимично због рочне димензије аранжмана, који су обично дугорочни, а делимично и због тога што су могуће једностране институционалне промене од стране његовог јавноправног партнера. Стога он, природно, захтева да се ризик у што већој мери превали на јавноправног партнера, а пошто не постоје никакве објективне могућности за утврђивање оптималне расподеле, реално се опасност од успостављања уговорног односа на штету јавног интереса јавља кроз прихватање несразмерног ризика.[6] Уочавајући могућности настанка

6 Код изградње аутопутева, пруга или мостова са наплатом преласка приватни партнер захтева од државе да му гарантује одређени обим пословних трансакција – број аутомобила, превезеног терета или путника – односно да покрије разлику између будућег мањег промета и изграђених капацитета. То, наравно, има смисла само уколико јавни сектор инсистира на предимензионираним објектима, а приватни пројект ту процену не подржава. Но, када се реч о аранжману у којем при-

таквих злоупотреба, које као подлогу могу да имају корупцију, Закон изричито захтева да се избор приватних партнера врши по начелима Закона о јавним набавкама, како би се обезбедила конкуренција између потенцијалних партнера.

Уговором се утврђује расподела ризика само између уговорних страна. Но у њему се изоставља могућност наступања негативних екстерних ефеката по трећа лица – кориснике, јер се лако може десити да очекиване уштеде и унапређивања не могу да, при истом нивоу цена које непосредно плаћају потрошачи, обезбеде одговарајући профит приватном партнеру. Тиме се угрожава главни привредни мотив уговора, да он обезбеди већу вредност *value for money* индикатора.[7] Уколико би се уговором нерегулисани ризик морао прелити на кориснике, они би плаћали вишу цену од оне раније, која је имала природу партиципације. У крајњој линији, неадекватна процена могућности приватног партнера да унапреди пословање може да доведе до само привидног смањења трошкова тако што би се смањили буџетски расходи, али би се, при томе, повећали укупни друштвени трошкови, јер би они сада пали на кориснике. А пошто је реч о делатностима код којих постоји другачији редослед приоритета него код оних које се задовољавају на тржишту, крајњи ефекат би био не само у изостајању економског циља, него и у снижавању квалитета социјалне компоненте циљева јавног сектора.

6. Мада се са становишта привредне логике сваки уговорни однос између јавноправног и приватноправног партнера који има за циљ производњу роба или давање услуга може сматрати партнерством,[8] за-

ватни партнер има својину или дугорочни закуп, тржишне пројекције се не могу вршити само на основу почетних година експлоатације, када су трошкови високи. У неким случајевима – изградња аутопутева, на пример, аутопута Беч – Будимпешта, расподела ризика може да буде разлог лоше закључених послова. Има основа да се разлози неуспеха концесија за изградњу аутопутева у Србији током 2009. и 2010. г. траже у истој равни.

7 Евалуација задовољености VfM критеријума је сложенија него код оцене рентабилности приватног улагања, јер претпоставља монетарно упоређивање (трошак најповољнијег приватног понуђача у поређењу са јавним, изражен преко дисконтованог укупног прихода током животног века), и немонетарно, које се огледа у расположењу *stakeholder*-а и друштва у целини према одређеном пројекту. Уп. Европска комисија, „Guidelines for Successful PPP", март 2003. г., стр. 57.

8 У ствари, односи јавног и приватног сектора немају само два, него три карактеристична облика: јавно-приватно партнерство, партиципација приватног сектора у јавним услугама и приватизација. У партнерсту се међусобно дели ризик, код партиципације држава преноси своје обавезе на приватни сектор путем уговора (историјски је та форма претходила модерном уговору о партнерству) и приватизација – продаја делова државне имовине приватним компанијама са или без посебних регулаторних ограничења: ограничења се утврђују за делатности јавних услуга, а класичне индустрије приватизују на начин којим нови власници

конодавац повлачи јасну разлику између два типа уговорних односа: између концесије и уговора о партнерству (у ужем смислу). Чињеница што се оба института налазе у оквиру истог прописа показује да ови имају готово идентичну економску природу, али се због различитог начина закључивања уговора и њихове садржине они посебно регулишу. Уговори о концесији су у суштини стандардни и једнообразни, готово типски, док је предмет уговора о партнерству изузетно широко дефинисан.[9] Сем по предмету, уговори о партнерству могу да имају и статусне последице, јер покривају широки распон почев од најједноставнијег БОТ посла све до стварања заједничких компанија[10] на принципу *joint venture*. Овакво сувласништво јавноправног партнера и „друштва за посебне намене" (уговорне или статусне форме преко које се окупљају приватни партнери) је изузетно ефикасно уколико ново друштво послује на тржишту на којем постоји ограничена конкуренција.[11]

Законодавац очигледно није имао намеру да пропише типове уговора и да их експлицитно наведе, јер они и треба да покрију изузетно широку сферу различитих пословних подухвата. Стога се ограничио на обезбеђивање правних претпоставки којима се обезбеђује поштовање јавног интереса, како са становишта непосредног економског ефекта – смањивања притиска на текући буџет – тако и оне његове друге, социјалне димензије, уредног снабдевања, односно давања услуга.

7. Упоредна искуства из других земаља показују да ова врста партнерства није никакав чаробни штапић који може да реши проблем. Уочавају се три различите ситуације, у зависности од општег нивоа привредне развијености земље и њене институционалне стабилности. Извесно је да се најбољи ефекти могу очекивати тамо где је циљ пар-

имају иста права као и њихови, од раније приватни, конкуренти (Asian Development Bank, *Public-Private Partnership Handbook*, Tokio, 2008, стр. 1–2).

9 Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама, под партнерством подразумева дугорочну сарадњу ради обезбеђивања финансирања, изградње, реконструкције, управљања или одржавања инфраструктурних и других објеката од јавног значаја или пружања услуга од јавног значаја, док се концесија дефинише као уговором уређено комерцијално коришћење природног богатства, односно добра у општој употреби...

10 Закон статусне форме партнерства назива „институционалним ЈПП" (чл. 9), а даља дикција истог члана каже да су „јавни и приватни партнер чланови заједничког привредног друштва". У истом члану Закона се даље таква могућност ипак не искључује, јер се дозвољава формирање било каквог друштва у складу са Законом о привредним друштвима.

11 На пример, широко присуство Џенерал Електрика у развоју енергетског сектора у Кини је реализивано кроз класични *joint venture* аранжман, а не експлицитним уговором о јавно-приватном партнерству (Asian development bank, *PPPHandbook*, стр. 41).

тнерства да се унапреди пословање већ постојећих и развијених служби, дакле у амбијентима у којима ће менаџмент какав је уобичајен у приватном сектору бољом организацијом, применом иновација и еластичнијим пословањем, али у оквирима битно непромењених услова за обављање делатности, преузети од јавноправног партнера управљање системом и ослободити фискус обавезе да се стално суочава са потребом покривања губитака. Британска и аустралијска искуства[12] су у том погледу веома индикативна и показују да се побољшање пословања може извести и без преваљивања ризика (тј. више цене) на кориснике.[13]

Додуше, и овде имамо случајеве да се због смањења трошкова тежи развоју система тако да одговарајућа услуга постаје неједнако доступна различитим корисницима (на пример, нема је тамо где је мали број потрошача или корисника, у појединим подручјима или временским секвенцама), па су забележени и случајеви раскида уговора због немогућности да се, упркос уштедама, квалитено обезбеди социјална компонента.[14] Други амбијент у којем буја ова врста уговора су азијске земље у којима одговарајућих делатности јавног сектора раније уопште и није било. У условима у којима је раније доминирао приватни сектор, сада увођење јавноправног партнера доводи до тога де се дате делатности развијају не само брже, него и квалитетније. Тиме се дају индирентни подстицаји за укупни привредни развој. Земље Индокине, Филипини, Индонезија, ако и неке латиноамеричке, користе утицај јавног сектора да поправи квалитет делатности и убрза њихов развој. Овде очигледно није циљ да се смање трошкови и подигне ефикасност, већ да се делатности развију. Најзад, трећу ситуацију имамо у земљама постсоцијалистичке транзиције у којима се истовремено истичу оба приоритета: партнерство треба да учини јавни сектор ефикаснијим, а да истовремено допринесе да се „изравнају“ диспропорције из наслеђене структуре, односно читав систем тзв. друштвених делатности доведе у склад са интересима развоја тржишне структуре. Очигледно је да су у овом трећем случају захтеви најсложенији.[15]

---

12 M. Gerrard, *нав. чланак*.

13 *United Kingdom the Chanel Tunnel Rail Link* је пројект вредан преко 12 милијарди ГБП, а финансиран је кроз модел јавно-приватног партнерства, у којем су сва финансијска средства обезбедили приватни партнери. Види: G. Allen, „The Private Finance Initiative“, доступно на адреси: *www.Parliament.uk/commons/lib/research/rp2001/rp01–117.pdf*.

14 Градска и подземна железница у Лондону су 2002. г. приватизоване, али су поново преузете од стране градске управе после 2007. г.

15 „Земље Централне Европе. То се заснива на постојању а) огромних финансијских потреба у сектору заштите околине и транспорта, како би унапредили и развили мреже у складу са захтевима придруживања и обезбеђивања услуга, б) исто тако великог недостатка у расположивим јавним фондовима и могућностима

8. Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама Републике Србије се не разликује од сличних прописа у земљама Европске уније. Околности као што су нижи ниво дохотка, наслеђене навике или наглашено неуравнотежена структура у кругу делатности јавног сектора ће свакако утицати на атрактивност оваквих пословних подухвата за приватне партнере. Извесно је да се може очекивати да ће они бити заинтересованији за комуналне делатности у великим градовима, за концесије за изградњу аутопутева или преносних и дистрибутивних мрежа, али не верујемо да је оправдано да се на јавно-приватно партнерство гледа као на универзални лек који може да коренито промени наслеђено незадовољавајуће стање. Оптимизам је делимично условљен и чињеницом што је дошло до велике имовинске диференцијације, тако да се од нових центара економске моћи који су то постали на основу посебних односа са државом, сада очекује да покажу извесну солидарност. Но та околност је само пука историјска коинциденција, јер је концепт јавно-приватног партнерства настао у друштвима у којима су и један и други сектор већ били афирмисани до нивоа на којем је даљи развој захтевао преузимање извесних квалитета оног другог. Као што је дифузија техничких сазнања неограничена, те проналазак из једне области одмах почиње да се примењује у другој, исто су и предности сваког од сектора постале средство за унапређивање оног другог. Тако се у јавној управи јављају тенденције да се она реорганизује на принципима управљања компанијама (*better administration*), а код компанија, са њиховим растом, настаје свест о могућности утицаја и одговорности за привредни развој.

Ентузијазам ваља, међутим, свести на реалистична очекивања.[16] „Нажалост, нема систематске евалуације ефеката јавно-приватног партнерства и још је прерано да се процени да ли ће се уштеде остварити и на дуги рок, јер је већина уговора још у својим раним фазама. Могућност будућих уштеда може бити смањена због дугорочних рокова ових уговора.“[17] Овај став постаје јаснији када имамо у виду то да се јавно-приватно партнерство може упоредити са јавним зајмом, који се не исказује у годишњим прегледима јавних финансија. Наиме, инвестиција је готово увек приватна, а у јавним финансијама се ефекат

међународних институција да покрију трошкове.“ Европска комисија, „Guidelines for successful Public-Private Paretnership“, март 2003, стр. 15.

16 „Сваки ЈПП подухват има снагу али и слабости које морају да буду препознате и укључене... ЈПП није „express средство“ и треба да буде примењено само тамо где је примерено и када су јасне користи и предности... ЈПП треба адаптирати према сектору и врсти пројекта... Жељени резултати и користи треба да определе форму партнерства...“ Европска комисија, Guidelines for Successful PPP“, стр. 26.

17 *OECD Economic Surveys*, United Kingdom, Paris, 2002, стр. 120.

посла појављује као годишње плаћање услуга компанији преко које се партнерство реализује. Сасвим је извесно да је то плаћање неупоредиво мање од трошкова инвестиције у првим годинама уговорног рока, али не постоје никакве реалистичне процене тога каква ће бити ситуација кроз – на пример – четрдесет година и колико ће износити кумулативна плаћања за цео период.

Главни проблем процене друштвене оправданости пројеката је у томе што се читава калкулација заснива на релативно кратком интервалу у којем се процењују параметри, а ефекат ће зависити од њихвог будућег, тешко предвидљивог кретања.

Но, упркос нејасноћама око крајњег финансијског ефекта, текући резултати партнерства су несумњиво позитивни уколико се уговором адекватно обавежу партнери да сваки од њих у пројекат унесе оно што је његова предност. Друштву се обезбеђују добра или услуге које би, иначе, биле дефицитарне и стога представљале основ за дневнополитички притисак на владу, а својим недостатком угрожавају тржишну динамикуд. Смањивањем буџетских расхода истовремено се постижу позитивни ефекти и на привредну стабилност и подстиче друштвени развој.

Партнери заједничким подухватом постижу оно што ниједан од њих појединачно не би могао. То значи да се рационалност партнерства првенствено, али не и искључиво, може мерити бољим „*value for money*“ количником, већ ефекат тражити и у томе што се оба сектора организационо мењају. Приватни се приморава да своју традиционалну краткорочну профитну мотивацију допуни дугорочном, оном која настаје око идеје привредног развоја, а јавни сектор у делатности које су битне државне функције уноси елементе пословног менаџмента и пословодне ефикасности.

***Svetislav* TABOROŠI, PhD**
Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

LOGICAL BASIS OF THE LAW ON PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP

Summary

Law on Public/Private Partnership and Concessions is, in its formal aspect, completely adapted to the requirements of the process of harmonization of Serbian law with EU legal system. So, it does not fulfill only one of the country's commitments, but also provides the legal environment for new types of partnership. It is more comprehensive and applicable than the rules in this area we had had. Somehow excessive enthusiasm of law makers marked its passing in the Parliament. Its main advantage is, according to them, decreasing of the pressure upon the budget for covering the losses of public sector enterprises or for realization of the new projects. In this article, it is emphasized that the partnership has much more complex features and outcomes than this. It has positive effects nearly everywhere where applied, but in the society in post socialist transition it has special role. The main goal that has to be pursued is not the spare of the budget sources, but improvement of the activities due to the advantages each sector has developed. However, the ratio of the partnership is in joining these advantages and so eliminating the disadvantages sectors have when dealing on their own.

Key words: *public sector, public-private partnership, post socialist transition, budget.*

др *Радован* Д. ВУКАДИНОВИЋ
радовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу
директор Центра за европско право, Крагујевац

О ОПРАВДАНОСТИ ЗАЈЕДНИЧКИХ ЕВРОПСКИХ ПРАВИЛА О ПРОДАЈИ

Резиме

Анализа решења која су у погледу понуде предвиђена у националним изворима права и у међународним изворима, који су усвојени пре доношење Предлога уредбе о заједничким европским правилима о продаји, и оних која су предвиђена у Предлогу показује да не постоје значајније разлике. Стога се као оправдано показало питање рационалности њиховог усвајања, као и питање да ли Предлог може испунити она очекивања која су наведена као разлог доношења. Пре свега, побољшање у квалитету и кохерентности европског уговорног права, већи ниво заштите потрошача и слабије стране у уговору. Међутим, у теоријском смислу форма у којој је усвојен Предлог – у форми уредбе као опционог инструмента хармонизације заслужује посебну пажњу, јер се може показати као метод ефикасне вертикалне и хоризонталне конкуренције између унутрашњих права држава чланица.

Кључне речи: *прекогранична продаја, опциони инструмент хармонизације, заштита слабије стране, трговац, потрошач.*

I Уводна разматрања

Питање међународне унификације и хармонизације правила о продаји одавно представља једно од најзначајних питања како у теоријском,

тако и у практичном смислу. Разлоге за то би требало тражити у значају који продаја има у унутрашњем и међународном промету, који се мери бројем закључених уговора и њиховом вредношћу. Отуда се не може наћи национално право у коме није регулисан уговор о продаји.[1] Са друге стране, на међународном нивоу постоје бројне организације које се непосредно или посредно баве стандардизацијом правила о међународној или прекограничној продаји, од којих су најпознатије: Комисија УН за међународно трговинско право (UNCITRAL), Институт за унификацију међународног приватног права из Рима (UNIDROIT) и Међународна трговинска комора из Париза (МТК). Резултати рада ових организација су Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе (у даљем тексту: Бечка конвенција), UNIDROIT принципи за међународне трговинске уговоре (UNIDROIT принципи) и бројни модели или стандардни уговори о различитим врстама продаје. Поред наведених организација које се на међународном плану баве унификацијом и хармонизацијом права међународне продаје, у последњих неколико деценија приметан је рад на регионалној стандардизацији права прекограничне продаје, посебно у оквиру Европске уније и Организације за хармонизацију пословног права у Африци (OHADA).[2] Резултати рада ових организација су садржани у Европским принципима уговорног права (EPCL),[3] предлогу заједничког оквира за упућивање (DCFR)[4] и у Предлогу Уредбе о заједничком европском праву продаје (CESL),[5] у оквиру Европске уније, и у Једнообразном закону о општем трговачком праву, у оквиру Заједнице афричких држава.[6] Осим успеха у стандардизацији материјалних одредби о продаји, у оквиру ЕУ су усвојене и две уредбе о унификацији колизионих правила о праву које се примењује на уговорне обавезе (Рим I)[7] и о вануговорној одговрности (Рим II).[8]

---

1 Вид. Р. Вукадиновић, *Међународно пословно право, посебни део*, Крагујевац, 2009, стр. 30.

2 Вид. P. Meyer, „The Harmonisation of Contract Law within OHADA", General Report on Colloquium 15–17.11.2007., *Unif. L. Rev*., 2008, стр. 393–404.

3 H. Beale, O. Lando (eds.), *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, The Commission on European Contract Law, Kluwer, 2000.

4 Ch. von Bar и др. (eds), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law; Draft Common Frame of Reference* (DCFR) Outline Edition, Munich: Sellier, 2009.

5 Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, Brussels, 11.10.2011, COM(2011) 635 final, 2011/028 (COD).

6 Unifrm Act Relating to General Commercial Law, доступно на адреси: *http://www.jurisint.org/ ohada/text/text.02.en.html*.

7 Regulation 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations, *OJ* L 177. 4.7.2008, стр. 6.

8 Regulation EC No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations, OJ L 199, 31.7.2007, стр. 40.

Имајући у виду наведене резултате, а посебно чињеницу да је Бечку концвенцију о уговорима о међународној продаји робе прихватило 77 држава, и да се сматра једним од најуспешнијих подухвата унификације, основано се поставља питање оправданости или рационалности доношења нових стандардизованих правила о међународној и прекограничној продаји у било којој форми. Осим у Конвенцији, стандардизована правила о међуанродној продаји су садржана и у напред наведеним правилима. О оправданости да се паралелно и на више нивоа регулише исто питање може се судити на основу економских, политичких и правних критеријума. Не доводећи у сумњу политичке мотиве, који се свакако могу наћи као оправдање за сваки од наведених покушаја,[9] предмет рада је ограничен на правне разлоге и то само на основу упоређивања решења која су у CESL предвиђена за понуду за закључење прекограничног уговора о продаји. Ово питање је одабрано због тога што закључивање уговора представља опште питање уговорног права, а не само права продаје, па се стандардизована решења могу наћи у свим наведеним изворима: КУН, UNIDROIT принципима, Европским принципима и DCFR и могу се међусобно упоређивати. Са друге стране, с обзиром да је CESL предвиђено да постоји као „секундарно национално право", његова решења ће бити упоређена са решењима која постоје у систему *civil law* (кога представља право Немачке) и у систему *common law* (које представља право Енглеске). Ипак, пре него што решења о закључивању уговора о продаји буду упоређена, у кратким цртама ће бити наведене основне карактерисатике и садржај предлога Уредбе европских правила о прекограничној продаји.

II Разлози за стандардизацију правила о прекограничној продаји у оквиру ЕУ

Као основни разлог због кога је у оквиру ЕУ потребно стандардизовати правила не само продаје, већ и комплетно уговорно право Европска комисија наводи разлике које постоје у решењима у националним правима држава чланица. Само постојање различитих система уговорног права у 27 држава чланица, као и разлике које постоје у

9 Вид. Green Paper from the Commission on options for progress towards a European Contract Law for Consumers and Businesses, COM (2010) 348, Final, стр. 13 и даље. Коментар вид. *Basedow/Christandl/Doralt/Fornasier/Illmer/Kleinschmidt/Martens/Rösler/Schmidt/Zimmermann*, Policy Options for Progress Towards a European Contract Law – Comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM(2010) 348 final, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationals Privatrecht* (RabelsZ) 2011, стр. 371–438, доступо и на: *http://papers.ssrn.com/sol3/ papers.cfm?abstract_id=1752985##.*

начину заштите потрошача представљају препреку слободном промету робе и сметњу трговцима, посебно малим и средњим предузећима, и потрошачима да закључују послове прекограничне продаје.[10] Томе у прилог се наводе подаци да само један од десет трговаца који учествују у трговини извози робу на тржиште других држава чланица (унутрашне тржиште), а и они који то чине извозе у мали број држава чланица.[11] Отклањању ових неизвесности не доприноси ни постојање, на први поглед, бројних наведених стандардизованих међународних правила јер је њихова примена ограничена на уговоре између трговаца или само на уговоре о продаји (Бечка конвенција).[12]

Полазећи од ових претпоставки, а у жељи да „промовише и убрза прекограничне активности" и унапреди функционисање унутрашњег тржишта, Европска комисија је крајем 2011. године доставила Европском парламенту и Савету предлог Уредбе о заједничком европском праву продаје (*Proposal for a Regulation on a Common Euroepan Sales Law,* у даљем тексту CESL).

III Основне карактеристике хармонизације путем опционих инструмената

Заједничка правила о уговорима о европској прекограничној продаји су, на основу члана 14. Уговора о функционисању Европске уније (УФЕУ), донета у форми уредбе. Међутим, овде није реч о уредби из члана 288(2–3) УФЕУ (енгл. *Regulation*, нем. *Verordnung*), која обавезује све субјекте без обзира на њихову вољу слично закону, већ о уредби као опционом инструменту хармонизације.[13] Она је уредба у комунитарном смислу по томе што се текст садржан у њој у непромењеном облику и са

10 Тач. 1. стр. 1, Explanatory memorandum, uz predlog Uredbe o zajedničkom evropskom pravu prodaje, Brussels, 11. 10. 2011, COM (2011) 635 final.

11 Eurobarometers 320 on European contract law in business-to-business transactions of 2011, стр. 15 и Eurobarometer 321 on European contract law in consumer transactions of 2011, стр. 19. Међутим, према статистичким подацима, само 3% од испитаних трговаца су сматрали да су потпуно оштећени због ових разлика, 12% је изјавило да су били често оштећени, док је 49% изјавило да су због тога само повремено трпели, а 33% да због тога никада нису трпели. Eurobarometer survey on European contract law in business-to-business transactions, Flash EB # 320, 2011.

12 Вид. Green Paper, стр. 3.

13 О карактеристикама овог метода хармонизације вид. S. Whittaker, „The Optional Instrument of Euroepan Contract Law and Freedom of Contract", *European review of Contract Law* (ERCL), бр. 7(2011), стр. 371–388 и одговор J. Basedow, „The Optional Instrument of European Contract Law: Opting-in through Standard Terms – A Reply to Simon Whittaker", *ERCL*, бр. 8/2012, стр. 82–87. За економску анализу вид. F. Gomez, J. Ganuza, „An Economic Analysis of Harmonization Regimes: Full Harmonization, Min-

истом садржином уноси у унутрашња права држава чланица, као што то чине „праве" уредбе из члана 288(3) УФЕУ, у складу са принципом директне примене. Међутим, као опционом инструменту уредби се у националном праву не признаје директно дејство, као у случају класичних комунитарних уредби.[14] Њихово дејство, тј. примена у конкретном уговору зависи од воље уговорних страна којима је остављена слобода да *опредају*, тј. да је изаберу као меродавно право или да одбију њену примену (енгл. *opt in* или *opt out*).[15] Само ако уговоре њену примену на начин који је одређен у самој уредби (не према правилима међународног приватног права) њој се практично признаје директно дејство у оном значењу које је познато у комунитарном праву. С обзиром да се њена примена може уговорити и код *on line* продаја, у којима купац притиском или кликом обично на плаво дугме на монитору (боја ЕУ) прво исказује своју вољу да нешто купи, тј. да закључи уговор о продаји, а након тога кликом на исто дугме да прихвата (или одбија) примену уредбе, овај се метод означава и као приступ „плавом дугмету" (*blue button approach*).[16] Оптирањем се наглашава да се примена уредбе о заједничким правилима продаје не подразумева аутоматски и да њена правила немају карактер обавезујућег права, нити се уредба признаје карактер унутрашњег права (права држава чланица), нити права ЕУ. Уредба би, једноставно, требало да буде придодата националним правима држава чланица, с тим што она не мења нити укида одговарајуће националне прописе, већ „коегзистира", тј. постоји заједно и паралелно са њима. Због тога ће њен практични значај и утицај зависити од тога да ли ће уговорне стране оптирати за њену примену, тј. „коришћење" (како се наводи у тексту Уредбе), или ће је игнорисати. С обзиром да јој унапред није признат било какав статус у хијерархији унутрашњих (домаћих) прописа, свој ранг мора да избори у конкуренцији са осталим изворима, што и јесте један од циљева доношења. Наиме, замишљено је да Уредба својим решењима изазове вертикалну (са правом ЕУ) и хоризонталну конкуренцију (са прописима држава чланица), што би могло да доведе или до формалне хармонизације, или до трансформације уредбе као опционог инструмента у неки правно обавезујући извор права ЕУ.

---

imum Harmonization or Optional Instrument", *ERCL*, 2011, стр. 275–294, доступно и на: *http://www.law.uchicago.edu/events/europeancontractlaw.*

14 О директном дејству уредби вид. Р. Вукадиновић, *Увод у институције и право Европске уније*, Крагујевац, 2012, стр. 149.

15 О начину оптирања вид. M. Hesselink, „How to Opt into the Common European Sales Law? Brief Comments on the Commissions Proposal for a Regulation Proposal for a Regulation", October 26, 2011, *European Review of Private Law*, Vol. 1, стр. 195–212, доступан и на: *http://ssrn.com/abstract=1950107*.

16 О појму и карактеристикама опционог инструмента као мере хармонизације вид. *Schulte-Nölke*, „EC Law on the Formation of Contract – from the Common Frame of Reference to the 'blue button'", *ERCL*, 2007, стр. 348 и даље.

IV Предности или недостаци коришћења CESL

Однос према постојећим начинима избора права продаје. Начин избора страног права се обично везује за теорију међународног приватног права и коришћење колизионих норми и за аутономију воље. Такав избор, којим се могу служити и трговци и потрошачи код уговора о продаји, води ка конкретном страном праву или правилу које су, због разних погодности и предности, имале у виду странке. Уговорне стране на овај начин могу заиста да изаберу најповољније право (или да избегну оно чију примену не желе), али под два услова: да се између себе договоре око тога и да заиста знају шта страно право или правила нуде. Проблеми могу настати због тога што се решења у страним правима и привилима разликују што изискује додатно знање (и трошкове). За разлику од традиционалних техника, Комисија је од седам начина који су у Зеленој књизи разматрани као опције за коришћење CESL,[17] предложила да то буде у форми уредбе као опционог инструмента хармонизације.

Уредба о заједничком праву продаје (CESL) проблем правне несигурности који постоји због разлчитих националних уговорних права решава тако што у свим државама чланицама као алтернативу и могући избор нуди јединствена или заједничка секундарна правила, чиме се, на први поглед елиминише ризик непознавања. Међутим, ако уговорне стране желе да буду сигурне да ће избором, тј. оптирањем за „коришћење" CESL заиста обезбедити боља решења морају решења из Уредбе упоредити са националним правом и осталим правима и правилима које већ постоје, чиме се отвара исто питање, за које се чинило да је решено.[18] Осим тога, пракса показује да овој, по мишљењу Комисије очигледној прпреци која произлази из постојања различитих националних решења, трговци и остали учесници у правном промету не придају такав значај.

Слична сумња је изражена и у погледу других циљева који је требало остварити коришћењем CESL: поједноставити правни амбијент у коме ће се одвијати прекограничне продаје[19] и појачати заштиту слабије стране у уговору о продаји. Кад је реч о поједностављењу, само коришћење Уредбе неће само по себи довести до тога. Напротив, постојање новог извора, макар и опционог, подразумева нови напор да се сазнају њена решења, тако да се о евентуалном поједностављењу може

17 Вид. Green Paper, стр. 7 и даље.

18 Вид. W. Doralt, „The Optional Contract Law and why success or failure may depend on scope rather than substance", Max Planck Private Law research Paper No. 11/9, стр. 8–11.

19 Вид. N. Kornet, „The Common European Sales Law and the CISG. Complicating or Simplifying the Legal Environment?", доступно на: *http://ssrn.com/abstract=2012310.*

говорити тек ако су у пракси покаже да Уредба садржи таква решења. О томе ће бити речи на примеру понуде за закључење уговора.

Што се тиче повећаног степена заштите потрошача, Уредба то омогућава јер садржи већи степен заштите у предложеним правилима која су потпуно хармонизована чиме се избегава потреба упознавања националних решења. Међутим, у сумњу се доводи претпоставка да су потрошачи увек слабија страна којима би Уредба требало да обезбедио већи степен заштите него што постоји се не може увек прихватити као тачна.

V Садржина Уредбе

Предлог Уредбе се састоји из три основна дела: саме Уредбе, текста заједничких правила о прекограничној продаји који је дат у прилогу I (анексу I) и стандардне изјаве о обавештавању, која је дата у прилогу II.

Уредбом су регулисана питања која се односе на: предмет регулисања, област или домашај примене у објективном, субјективном и у територијалном погледу, дате су дефиниције коришћених појмова, објашњење опционе природа правила, о искључењу мешовитих уговора и уговора са оброцима од примене, споразум о коришћењу CESL, информациони захтеви, санкције, последице ваљаног избора CESL, могућности да државе чланице усвоје домаће прописе о примени CESL и на домаће уговоре о продаји, обавезу држава чланица да доставе обавештења о коначним одлукама својих судова у материји примене CESL. У погледу предмета, предвиђено је да се Уредба користи код прекограничних уговора о продаји робе, испоруци дигиталног садржаја и повезаних услуга ако се тако договоре уговорне стране. У питању су уговори о електронској продаји, уговори између трговаца и између трговаца и потрошача. Када су у питању *уговори између трговаца*, Уредба ће се применити само ако уговорне стране имају своја редовна боравишта у различитим државама и ако је једна од њих држава чланица. При томе једна од њих мора имати статус малог или средњег предузећа, што значи да не запошљава више од 250 лица и да годишњи приход не прелази 50 милиона евра или да годишњи биланс не прелази 43 милион евра или, за предузећа из држава чланица чија валута није евро, или из трећих држава одговарајући еквивалентни износ.[20]

Као прекограничних *уговори између трговаца и потрошача* се сматрају они код којих се или адреса наведена од потрошача, место испоруке робе или адреса плаћања налазе у другој држави од државе

20 Чл. 7 Уредбе.

где се налази редовно боравиште трговца, и ако је најмање једна од њих држава чланица.

У заједничким правилима о европској продаји су регулисана следећа питања која су у осам делова насловљена као: I општи принципи и примена (аутономија воље, савесности и поштења – добре вере, фер пословања и обавеза сарадње), II чињење уговора обавезујућим (предуговрне информације које мора дати трговац, уговори закључени електронским путем, закључивање уговора, право на опозив, мане у сагласности), III тумачење уговора (садржина и дејство, неправичне уговорне клаузуле), IV обавезе и правна средства која стоје на располагање странама (обавезе продавца, штета и камата, реституција и застарелост, правна средства купца, правна средства продавца, обавезе купца, прелаз ризика), V обавезе и правна средства страна у уговору о повезаним услугама, VI реституција и VIII застарелост.

VI Пример понуде за закључивање уговора

Закључивање уговора путем размене понуде и прихвата понуде је прихваћено у свим националним правима и у међународним изворима.[21] У CESL је, због природе правила, направљена разлика између споразума о „коришћењу" CESL (чл. 8 Уредбе) и уговора о продаји. Споразумом о „коришћењу" или примени CESL уговорне стране практично бирају CESL као меродавно право. Међутим, како се начин на који се врши избор CESL разликује од оног који је познат у међународном приватном праву, изабрана је описна и не баш правна терминологија о „коришћењу или употреби" CESL-a. Са друге стране, с обзиром да су правила о прекограничној продаји садржана у комунитарном уредби, као дефинисаном облику секундарног законодавства у праву ЕУ, требало је избећи и уобичајени израз „примена (меродавног) права", јер би се створила забуна да се CESL „примењује" у складу са комунитарним начелима „директне примене" и „директног дејства", без обзира на вољу уговорних страна, о чему је већ било речи. С обзиром да су CESL донета у форми „опционог инструмента" и да имају карактер „секундарног националног права", њихова примена се не подразумева, већ се мора закључити споразум о њиховом коришћењу. Тако, овај споразум претходи закључивању уговора о прекограничној продаји. Начин закључивања уговора о продаји је регулисан одредбама чланова 30–39, у којима су дефинисани: понуда (опозив и одбијање), прихват понуде (рок за прихватање, задоцнело прихватање, прихват са изменама, сукоб

21 Вид. 14–24, KUN; 2:201–2:211 EPCL. Детаљније у: T. Pfeiffer, „New Mechanism for Concluding Contracts", стр. 161 и даље, у: R. Schulze, *New Features in Contract Law*, Sellier, European Law Publ., 2007.

стандардних услова) и време кад је уговор закључен. У даљем раду ће бити упоређена решења која су по овим питањима прихваћена у упоредном праву.

У општем смислу понуда представља предлог једне стране за закључење уговора. Одредбама члана 14 Конвенције, понуда је дефинисана као предлог за закључење уговора упућен једном или више одређених лица ако је довољно одређен и ако указује на намеру понудиоца да се обавеже у случају прихватања. Према одредбама члана 2:201 ЕПСЛ, предлог представља понуду: ако је учињен *у намери* да доведе до настанка уговора ако га друга страна прихвати и ако садржи *довољно одређене услове* за настанак уговора. На исти начин понуда је дефинисана и одредбама члана 2.2 UNIDROIT Начела и у чл. 4:101 DCFR.

Према одредбама члана 31 CESL, понуду карактерише *намера* да буде трансформисана у уговор ако буде прихваћен предлог и ако предлог има „довољну садржину" и довољно је одређен да буде уговор. Постојање намере за закључивањем уговора се цени према објективним критеријумима садржине саме изјаве или на основу понашања које би друга страна схватила као разумно понашање.[22]

Формулације „довољна садржина" и споразум мора бити „довољан" (из чл. 2:101(1) ЕПЦЛ) се може схватити на различите начине. Тако је према DCFR „споразум довољан" кад су стране довољно дефинисале услове уговора, или кад права и обавезе страна могу бити на други начин довољно одређене.[23] Према CESL, предлог мора имати само довољну садржину и бити одређен. Захтев да предлог мора бити „довољно дефинисан или одредив" се у националним правима схвата као захтев да предлог буде прецизан и потпун (у енглеском праву: *certain and complete*) или да има битне елементе (у немачком праву: *essentialia negotii*).[24] Према ЗОО, предлог мора имати „све битне састојке" уговора. Иако нема суштинских разлика у наведеним решењима, чини се да је у ЗОО дат најјезгровитији појам понуде. Према одредбама члана 32 „понуда је предлог за закључење уговора учињен одређеном лицу, који садржи све битне састојке уговора тако да би се његовим прихватањем могао закључити уговор".

Међутим, да би прихватањем понуде могао да настане уговор, оваква једнострана изјава воље или предлог мора поред наведених, испунити и неке друге услове или захтеве. Они се односе, пре свега,

22 Вид. чл. II 4:102 DCFR; чл. 30(3) CESL.

23 Чл. II 4:103(1) DCFR

24 C. Harvey, M. Schillig, „Conclusion of Contract under the Draft Common European Sales Law", доступно на: *http://ssm.com/abstract=2028885*, стр. 20.

на својства понудиоца: способност и овлашћења да у своје име или за другога закључује уговоре и на својства исказане воље (незаконитост или неморалност). Ова питања, међутим, нису регулисана ни у Бечкој конвенцији, ни у CESL. Отуда и мишљење да Конвенција одређује само „минималну садржину", чији се корени налазе у енглеској судској пракси.[25] Постојање додатних елемената који се тичу својства понудиоца се захтевају према неким правима, као и према одређеним упутствима ЕЗ,[26] док су ставови у судској пракси разликују по овом питању.[27]

Осим што мора бити „довољно одређен", предлог мора потицати од понудиоца и мора према предлогу CESL бити упућен једном или више одређених лица.[28] Према Бечкој конвенцији и EPCL понуда може бити упућена не само једном или више одређених лица, већ и „јавности".[29]

1. Персонални елементи понуде

Персоналне елементе понуде чине понудилац и понуђени. Оба лица морају имати одређена својства. Међутим, с обзиром да Конвенција не регулише питање пуноважности уговора, њеним одредбама нису регулисана ни својства понудиоца, ни понуђеног: као што су правна и пословна способност, овлашћење за закључивање уговора и слично.[30] Једино се на посредан начин и из других одредби Конвенције може закључити да то могу бити трговци и нетрговци.[31] Остала питања су регулисана или другим конвенцијама, или меродавним националним прописима. Тако су питања закључивања уговора у име другог лица и постојање потребних овлашћења у том погледу регулисана Конвенцијом о заступању у међународној продаји робе.[32] Међутим, с обзиром да Конвенција није ступила на снагу,[33] одговор и на ово питање као и на остала питања која се тичу правне или пословне способности се мора тражити у меродавном националном праву. У националним правима је као основно, прихваћено решење да понудилац може бити сва-

25 Eörsi, у: Bianca, Bonell, *нав. дело*, стр. 138, тач, 2.2.2.

26 Вид. пар. 312(e)(2) BGB.

27 Schlechtriem у: Schlechtriem, Schwenzer, *нав. дело*, стр. 189, марг. бр. 2, нап. 5а.

28 Чл. 31(2) CESL. Виид и чл. 2.2. UNIDROIT принципа.

29 Чл. 14(1) и 14(2) Бечке конвенције, чл. 2:201(2) PECL, а на прећутан начин и чл. 2.1.2. UNIDROIT принципа.

30 О томе види: Zweigert, Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford, 1998, стр. 348 и даље.

31 Вид. чл. 1(3). Konvencije.

32 Convention on Agency in the International Sale of Goods (Geneva, 1983), доступно на: *http://www.unidroit.org/ english/conventions/1983agency/1983agency-e.htm*.

33 За статус Конвенције види: *http://www.unidroit.org/english/implement/i–83.pdf*.

ко лице „које у оквиру своје способности уговарања може да закључује уговоре".[34] У случајевима када се уговор закључује између трговачких друштава и других облика трговаца, предлог за закључивање уговора мора потицати од лица које је овлашћено да у њихово име преузима обавезе, тј. од *овлашћеног* лица. У случају да је предлог за закључење уговора учинило неовлашћено лице отвара се питање да ли његовим прихватањем може настати уговор.

У CESL ова питања нису регулисана, али се из садржине Уредбе може закључити да понудилац, као будући продавац или испоручилац, мора имати својство трговца.

2. Предлог мора бити упућен одређеном или одређеним лицима

У већини националних права је прихваћено решење према коме предлог за закључење уговора може бити упућен или једном или већем, али одређеном кругу лица. Захтев да предлог буде упућеном *одређеном* броју лица је постављен јер се претпоставља да понудилац располаже ограниченом количином робе коју нуди на продају и стога може испунити обавезе само из одређеног броја закључених уговора. Отуда се предлог који је упућеном неодређеном кругу лица, тзв. општа понуда, и у Бечкој конвенцији, као и у већини националних права, сматра само као позив да се учине понуде. Као општи позив да се учине понуде сматра се и оглашавање продаје у новинама или слање каталога, као и постављање аутомата.[35]

Ипак, и предлог упућен *неодређеном* броју лица, тзв. општа понуда може имати карактер понуде за закључење уговора, али се решења у националним и међународним изворима у извесној мери разликују.[36]

Према одредбама члана 14 став 2 Бечке конвенције, предлог упућеном неодређеном броју лицу се сматра само као позив да се учини понуда, изузев ако лице које чини такав предлог јасно не укаже на супротно. На карактер, односно одређеност таквог предлога-позива пре-

34 С. Перовић, *Облигационо право,* Београд, 1980. стр. 269.

35 Општи позив да се учине понуде на пређутан начин чине машине (аутомати) за продају. Лице које прихвати такав позив на тај начин што убаци назначени износ новца чини понуду, на коју власник аутомата „одговара" прихватањем понуде тако што избаци оглашену робу, или ће понуду одбити ако је аутомат празан. У том случају власник машине неће одговарати због тога што није испоручио робу, јер уговор није ни закључен, а понудилац има право да тражи повраћај убаченог новца. Вид.: Eörsi, у: Binca, Bonell, *нав. дело*, стр. 142.

36 У већини права и у *common law* систему и у *civil law* систему, као што су немачко, аустријско, шведско и финско право, излагање робе са назначеном ценом у излогу се третира само као *позив* да се учини понуда.

судно утиче воља понудиоца која мора бити *јасно* изражена. Стога није довољно само упућивање на претходне преговоре, установљену праксу између страна, обичаје и правила која се примењују на уговоре. Исто тако, ни навод у огласу: „овај оглас представља понуду" се не сматра довољно јасном индикацијом.[37]

Најлибералније решење садрже Начела европског уговорног права према којима се понуда може учинити једном или више одређених лица, али *и јавности* (чл. 2:210 ст. 2). У Начелима се код општих понуда не прави разлика с обзиром на *начин* како су учињене. Под понудама учињеним јавности подразумевају се и оне учињене преко огласа, постера, цирцуларним писмима, излагањем робе у излозима, преко позива за тендере, на аукцијама и слично. Довољно је само да постоји „намера за правним обавезивањем" па да овакви предлози буду третирани као понуде. Исто правило (претпоставка) важи и за предлоге за испоруку робе или вршење робе по одређеној цени учињене од стране професионалних трговаца путем каталога или излагањем робе са назначеном ценом. Овакви предлози се сматрају као понуде за продају или испоруку по тој цени, све док се залихе робе не испразне или док се не исцрпи могућност испоручиоца да пружа дате услуге. Слично решење је прихваћено у DCFR.[38] Образложење за овакво решење би требало тражити у анмери да се заштите потрошачи и спрече да улазе у послове погрешно верујући да су понуђене повољне цене од стране понуђача који немају намеру да робу испоруче по таквим ценама.[39]

Ипак, из коментара Европских начела у погледу тумачења „намере за правним обавезивањем" може се закључити и другачије, тј. да се такви предлози могу квалификовати, *ако другачије није назначено*, само као *позиви* да се учине понуде. Тако се стављање одређеног предмета на аукцију третира само као позив да се учини понуда. Стога аукционар може одбити учињене понуде и повући робу све док не постигне највишу цену.

У CESL је прихваћено класично решење према коме предлог учињен јавности не представља понуду, осим ако околности не упућују на другачији закључак.

UNIDROIT начела не регулишу питање одређености дестинатера, што се у правној теорији тумачи на различите начине. Једни сматрају да се такви предлози сматрају само позивом на преговоре,[40] док други

37 Eörsi, у: Binca, Bonell, *нав. дело*, стр. 143.

38 Чл. II–4:201(3).

39 C. Harvey, M. Schillig, *нав. дело*, стр. 31. Вид. и коментар уз члан II–4(203) DCFR.

40 *Исто*, стр. 31, сматрају да се предлог учињен јавности може сматрати понудом само ако је то јасно назначено у предлогу.

аутори тумачи да је упућеност одређеном лицу или одређеним лицима престало да „буде обавезно својство понуде“[41] и да се и такви предлози сматрају понудом за закључење уговора.

У националним правима, као што су енглеско и немачко, овакви предлози-изјаве учињене јавности немају карактер понуде, већ позива на преговарање.

У ЗОО, осим оглашавања преко интернета, које није регулисано, поменути облици оглашавање *не представља понуду* за закључење уговора, него само *позив* да се учини понуда под објављеним условима. Ипак, иако ЗОО рекламирање робе на овакав начин не третира као понуде за закључење уговора прописана је одговорност пошиљаоца таквих позива за штету коју би претрпео понудилац, ако би без основаног разлога одбио да прихвати његову понуду. У том смислу рекламирање робе према домаћем праву не обавезује на закључење уговора, али обавезује страну која то чини да се понаша у складу са начелом савесности и поштења.[42]

3. Предлог мора бити одређен

Под одређеношћу предлога се подразумева да изјава садржи све битне елементе будућег уговора, „*essentialia contractus*“. Закон о облигационим односима захтева да предлог садржи „све битне састојке уговора тако да се његовим прихватањем може закључити уговор“. Према Начелима европског права и UNIDROIT начелима (чл. 2.2) предлог мора да садржи „довољно одређене услове“. У националним правима и теорији се, међутим, под одређеношћу разумеју различите ствари. Тако се, на пример, према немачком праву захтева да понуда буде одређена и коначна; према швајцарском праву се тражи да има минималну садржину и да показује вољу за обавезивањем, док према италијанском праву мора бити потпуна, имати намеру за обавезивањем и да је у одређеној форми.

Код уговора о међународној продаји битне елементе чине предмет и цена, али се стране могу договорити да то буду и други елементи. Предмет је одређен ако је назначена врста робе и количина. Количина, као и цена могу бити изричито или прећутно одређени или одредиви. И роба може бити посебно специфицирана, али и генерички одређена, па чак и упућивањем на ранију праксу. Ако у предлогу цена није одређена,

41 М. Драшкић, „Понуда и прихват понуде према униформним правилима и упоредном праву“, у: Р. Вукадиновић (ур.), *Начела Европског уговорног права и југословенско право*, прилог хармонизацији домаћег законодавства, Крагујевац, 2001, стр. 141.

42 И. Јанковец, *Привредно право,* Београд, 1999, стр. 253.

нити се може одредити, такав предлог се према одредбама члана 14 Конвенције не може сматрати понудом јер није довољно одређен.[43]

4. Намера за обавезивањем

Постојање намере понудиоца за закључивање уговора (*animus contrahendi)* представља битан елеменат понуде јер се тек њеним постојањем предлогу даје права функција – да служи као понуда на основу које се може закључити уговор. Реч је о намери за обавезивањем у случају да уговор буде закључен, а не о томе да ли је понудилац везан својом понудом или није, тј. о обавезујућем карактеру само изјаве понудиоца која чини понуду. На основу постојања или непостојања воље за обавезивањем се прави разлика између необавезујућих прелиминарних преговора и преговора који могу довести до настанка уговора. У DCFR и у ЦЕЛС се захтева „двострука намера": намера страна да свом споразуму дају правно дејство и да предлогу дају карактер понуде како би прихватањем настао уговор.[44] У правној теорији се постојање двоструке намере везује за већ превазиђену и само „виртуелну" поделу која потиче из немачког права (и разликовања теорије воље и теорије изјаве из 19. века), у коме се прави разлика између „намере да се делује на правно дозвољени начин" (*Erklaerungsbewusstsein*) и намере да се „покрену посебне правне последице" (*Geschaeftswille*).[45] Ово практично значи да се предлог мора односити и на неку дужност у смислу давања, чињења или нечињења једне или обе стране, а не да се односи на констатацију.[46]

Тумачење изјаве понудиоца као намере за закључивање уговора се цени у складу са објективним значењем,[47] а према Бечкој конвенцији и у складу са начелом савесности и поштења из члана 7 Конвенције. Али, ако страна није знала нити је могла знати да се намера разликује од објективног значења, онда изјаву понудиоца треба тумачити у „пуном

43 Супротно решење садржи ЗОО и новији извори права међународних уговора. Према одредбама ЗОО битне састојке уговора о продаји, а самим тим и понуде, чине ствар и цена. Међутим, код уговора о продаји у привреди цена не мора бити одређена нити у њему мора бити података помоћу којих би се могла одредити (одредива цена). И према Начелима европског уговорног права у понуди (као ни у каснијем уговору) не мора бити назначена цена нити елементи за њено одређивање. Овакав закључак се изводи из одредби чланова којима се дефинише „довољан споразум" (чл. 2:103) и начина одређивања цене (6:104).

44 C. Harvey and M. Schillig, *нав. дело*, стр. 26.

45 *Исто*, стр. 26.

46 Вид. М. Живковић, *Обим сагласности неопходан за закључење уговора*, Београд, 2006, стр. 10 и 69.

47 H. Kötz, *European Contract Law*, Oxford, 1997, стр. 19.

контексту“ и у складу са схватањем разумног лица у истим околностима, узимајући у обзири преговоре и раније успостављену праксу.[48] Иако се у одредби у члану 32 ЗОО, код дефинисања понуде не наводи обавезност, њено постојање се извлачи из одредби члана 28 ст. 2 ЗОО који прописује да изјава воље мора бити учињена слободно и „*озбиљно*“. Према Европским начелима и UNIDROIT начелима намера је јасно истакнута као битан елеменат понуде.

5. Стандардни услови уговора као део понуде

Поједини делови будућег уговора могу у понуди бити одређени упућивањем на стандардне услове пословања, као што су *Incoterms*, стандардни модел уговори, општи услови пословања понудиоца, или оквирни уговори или прелиминарни преговори.[49] Понудилац то може учинити на два начина: или уношењем њихове садржине у понуду, или упућивањем на њих. У првом случају стандардни услови се третирају као и остале одредбе понуде и у случају прихвата чине саставни део уговора. У другом случају дејство клаузуле о упућивању би требало оценити зависно од тога да ли су другој страни били познати или су морали бити познати у часу закључивања уговора, или је друга страна којој су упућени могла схватити њихову садржину. Ако је упућивање на стандардне услове извршено на начин да су били познати или морали бити познати другој страни, сматрају се делом понуде чијим прихватањем се прихватају и стандардни услови. У овом случају се правно питање своди на оцену кад се сматра да су стандардни услови били познати или су могли бити познати другој страни: ако је друга страна знала или је могла знати за њихово *постојање* (ако су, на пример, објављени на интернет адреси или у другим средствима информисања), или се то односи на могућност сазнаје или, чак, разумевање, њихове *садржине*. Тако, у неким националним правима, општи услови обавезују без обзира на стварно сазнање друге стране о њиховој садржини, а кад је реч о модел условима, они се могу применити и као обичаји у пословном промету без било каквог позивања на њихову примену, ако дато питање није регулисано диспозитивним нормама.[50] Стандардни услови ће чинити део уговора и кад је упућивање на стандардне услове који нису укључени у понуду тако јасно да би и „разумно лице“ у улози понуђеног разумело намеру

48 G. Giannini, „The Formation of the Contract in the UN Convention on the International Sale of Goods: A Comparative Anlysis“, *Nordic Journal of Commercial Law*, бр. 1/2006, стр. 3

49 Schlechtriem, у: P. Schlechtriem and I. Schwenzer, *нав. дело*, стр. 200, марг. бр. 16.

50 М. Драшкић, М. Станивуковић, *Уговорно право међународне трговине*, Београд, 2005, стр. 243, марг. бр. 17.79.

понуђенога да саставни део понуде чине и ове клаузуле и да је имало прилику да упозна њихову садржину.[51]

Али, са друге стране, чињеница да понуђени приликом закључивања уговора није ставио примедбу на стандардне услове, не мора увек значити да се са њима и сагласио, посебно у случајевима кад се у стандардне услове уметнуте *неочекиване и једностране клаузуле* које су приказане на начин да се *прикрије* њихова стварна садржина и значај. Ово правило је недвосмислено формулисано у UNIDROIT начелима, према којима неочекиване клаузуле у стандардним условима морају бити изричито прихваћене.[52] Отуда и правило да у случају сукоба између стандардних услова и услова који нису стандардни предност треба дати последњим.

На примену својих услова пословања једна страна може упутити и када понуди или наруџбину огласи путем интернета, тако што ће на крају текста упутити другу страну на своје опште услове који могу бити дати у прилогу (*attachment*) или једноставно дати хиперлинк (посебну електронску везу).[53]

У Конвенцији ово питање није на изричит начин регулисано, па би тумачење оваквих клаузула требало вршити у складу са општим принципима постављеним у члану 8. Конвенције. При томе ваља разликовати две ситуације: кад су стандардни услови једне стране постали саставни део понуде на основу вођених преговора и, када се очекује примена стандардних услова који нису укључени у понуди. У другом случају понудилац се, након што је уговор закључен, у документу који шаље другој страни, на пример у фактури или на полеђини купљених карата о превозу или код осигурања, накнадно позива на стандардне услове. Накнадно достављени стандардни услови са којима није упозната друга страна у принципу не обавезују, али ако је друга страна трговац који не жели да буде везан условима, потребно је да је да одмах по пријему таквог документа о томе обавести понудиоца.[54]

---

51 Schlechtriem, у: P. Schlechtriem, I. Schwenzer, *нав. дело*, стр. 198, марг. бр. 16, наводи у овом погледу водећу одлуку немачког Савезног суда BGH, од 31. октобра 2001. године (BGH, CISG – *online* 617), у којој је поставио строже стандарде него за уговоре између немачких трговаца, и супротно одлуци аустријског OGH, од 6.2.1996, CISG – *online* 224, захтевајући да онај ко се служи стандардним условима исте мора послати другој страни или их на други начин учинити доступним другој страни на начин да нису потребни било какви даљи захтеви од стране примаоца. Оваква врло строга контрола инкорпорације услова требало би да надокнади то што у једнообразном праву (Конвенцији) не постоји контрола њихове садржине.

52 Чл. 2.1.20(1).

53 Вид. Ј. Вилус, *Електронско трговачко право*, Београд, 2000, стр. 112.

54 М. Драшкић и М. Станивуковић, *нав. дело*, стр. 245, марг. бр. 17.84.

Према одредбама члана 39(1) Заједничких правила о прекограничној продаји, кад су стране постигле споразум, осим у делу у коме понуда и прихват упућују на конфликтне стандардне услове, уговор се сматра закљученим. Део уговора чине и стандардни услови у обиму у коме истају иста решења.

VII Дејство понуде

1. Обавезност понуде

Као опште, прихваћено је решење према коме понуда производи дејство од тренутка када стигне понуђеноме.[55] Од тог момента понуда постаје ефективна или производи правно дејство јер њеним прихватањем може настати уговор. Али то није једино значење (садржина) њеног дејства. Од овог момента она према посебним правилима обавезује понудиоца да је одржи на снази. Све до момента док за њу није сазнало треће лице она је представљала само једнострану изјаву воље понудиоца. Иако би се у теоријском смислу могло сматрати да таква изјава обавезује њеног даваоца од момента изјављивања, у практичном смислу она је способна да производи дејство тек када за њу сазна треће лице. И то не било које треће лице, него само оно које је у њој назначено, тј. понуђени (и из тих разлога је потребно на јасан начин идентификовати понуђенога или круг понуђених). Стога се као правно релевантни моменат за дејство такве изјаве узима моменат када је стигла понуђеноме. С обзиром да се до тог момента третира само као предлог или изјава, може се повући или изменити. Реч је о измени или о повлачењу изјаве, а не о опозиву понуде, јер понуда није ни настала. То је логичка последица чињенице да се нико не може обавезати својом изјавом ако за ту изјаву нису сазнала трећа лица. Чак и да је понуђени сазнао за изјаву, она не може бити прихваћена пре него што му стигне. У том смислу и Бечка конвенција одређује да понуда производи правно дејство од момента кад стигне понуђеноме. Кад се сматра да је понуда стигла понуђеноме се утврђује на различите начине, зависно од начина на који је понуда учињена и од тога где се налази понуђени, тј. од односа који постоји између понудиоца и понуђенога.

2. Како се може учинити понуда

У националним правима се по правилу прави разлика између понуда које се чине присутним и одсутним лицима, тј. понуда које се чине тренутно и осталих понуда. Тако се према немачком праву понуде

55 Чл. 15(1) Конвенције.

може тренутно саопштити присутном лицу, као и лицу са којим је понудилац у телефонској вези, укључујући и факс, телеграм, меил, инстант поруке, СМС и web интерфејс. И у ЗОО се прави разлика између начина саопштавања понуде присутним и одстним лицима. Међутим, у енглеском праву постоји другачија подела. Тренутно саопштавање понуде могу учинити лица која су присутна или која се налазе у телефонској или телекс вези. Слање понуде поштом и телеграмом се третира као нетренутни начин саопштавања понуде. Остали начини комуникације нису регулисани. У DCFR и у CESL није направљена ова, већ разлика у саопштавању понуде електронским средствима и нелектронским путем. У CESL је питање момента кад се сматра да је понуда учињена детаљно регулисано у оквиру општих правила о обавештавању и слању обавештења која имају правно дејство.[56] Као опште, предвиђено је правило да се саопштења (па и понуда) могу давати на било који начин, тј. сваким средством у зависности од околности. Такво саопштење (нотице) производи дејство од мемента кад доспе адресату, осим ако шта дуго није предвиђено. Код неелектронског слања понуде, под доспећем се подразумева или моменат кад је саопштење – понуда достављена адресату (понуђеноме), или када је достављена у место пословања понуђенога, а ако не постоји место пословања или је реч о потрошачу, кад је достављена у место редовног бравишта потрошача. Ако се понуда чини елекронским средствима или на другом индивидуалном комуникацијом, кад јој адресат може приступити или, кад је на други начин доступна (расположива) адресату у таквом месту и на такав начин да се од адресата може очекивати да обезбеди приступ без неоправданог кашњења. Тако пренета изјава је расположива чим је мејл смештен или на адресатов сервер, или на сервер провајдера без обзира што мејл није стварно отворен. Евентаулна немогућност или неспособност адресата (понуђенога) да приступи тако расположивој поруци не оправдава понуђенога. Али, ако је немогућност „уласка у мејл“ или логовања понуђенога настала због проблема код понудиочевог провајдера, таква порука се не може сматрати расположивом. Ипак, иако важи правило да свако сноси одговорност за провајдера кога је ангажовао, практични разлози налажу да о овим проблемима буду обавештени од друге стране. Исто „просторно решење“[57] садржи и DCFR у члану I-I:109. Међутим, немачко право комбинује „просторни приступ“ са хипотетчким сазнањем, према коме изјава мора доспети у сферу (контроле) аресата, али је пријем (*Zugang*) одложен на моменат који у нормалним околностима може бити очекиван ако се узму обзир наведно сазнање. У случају да је понуда учињена писмом које је послато

56 Чл. 10.

57 C. Harvey and M. Schillig, *нав. дело*, стр. 30.

меилом, то је време кад се меил бокс уобичајено празни. За пословне људе то је за време радног времена, док појединци то обично чине увече, након радног времена, али не касно у ноћ.[58] Ако је писмо полато меилом касно у ноћ, онда је то следеће јутро. Ако, пак, понуђени намерно отежава или онемогућава пријем, тако што на пример, мења адресу без обавештења понудиоца, сматра се да је примио понуду у време кад би је примио према нормалним околностима.

Прецизно одређивање момента када је понуда стигла понуђеноме је од значаја и за коришћење права на опозив понуде или повлачење изјаве. Тако се у енгелском праву иста правила примењују и у погледу момента кад се сматра да је стигла изјава понудиоца о опозиву понуде, у случају да понуђени то спречава или одлаже.

Бечка конвенција не познаје електронски начин саопштавања понуде, али садржи опште решење према коме је понуда, изјава о прихватању или *било које друго изражавање намере* стигло примаоцу ако му је саопштена усмено или је на други начин уручена њему лично или предата његовом седишту или на његову поштанску адресу или, ако нема седишта, односно поштанске адресе, у његовом редовном боравишту.

Ако је понуда учињена *присутним лицима*, тог момента је и сазната па је од истог момента понудилац обавезан својом изјавом. Ако је понуда учињена *одсутним лицима*, понудилац је обавезан да је одржи од момента њеног доспећа[59] у руке понуђенога. Све до тог момента понудилац може повући своју изјаву, ако то повлачење учини бржим средствима комуникације него што је послат предлог за закључење уговора. Подразумева се да је изјаву о повлачењу дало овлашћено лице и да је она правно ваљана према правилима унутрашњег права.

У овом смислу је и у Конвенцији направљена разлика па се понуда пре него што доспе понуђеном може „повући“ (*cancel*), а након тога опозвати (*revoke*). Понуда је стигла или доспела понуђеноме ако му је саопштена усмено или када му је на други начин лично уручена или предата у његовом месту пословања или на његову поштанску адресу, или, ако нема место пословања или поштанску адресу, у његовом редовном боравишту.[60] Иста правила се примењују и на моменат доспећа изјаве о повлачењу. Повлачењем и опозивом понуда престаје правно да постоји. Ако понуда није опозвана, понудилац је дужан да је одржи на снази до

58 *Исто*, стр. 30, напомена бр. 98.

59 Употребљени израз да је понуда „доспела“ или „стигла“ понуђеноме значи да је таква изјава „послата“ од понудиоца, са његовом сагласношћу, а не да се „затекла“ код понуђенога без његове сагласности.

60 Исто решење прихваћено је и у UNIDROIT принципима и у националним правима одређеног броја држава.

истека рока или док понуђени не изјави да је одбија ако то учини пре наведеног рока. Чак и кад је неопозива, престаје да важи када изјава о њеном одбијању стигне понудиоцу. Изјава о одбијању мора бити јасна и мора бити послата или саопштена понудиоцу. Конклудентне радње понуђенога са истим значењем нису довољне, на пример, чињеница да је купац као понуђени купио понуђену робу од другог.

3. Опозивост понуде

За разлику од правила о неопозивости понуде које је прихваћено у континентално европским правима и у CESL, у DCFR, ЕПЦЛ и у Бечкој Конвенција је прихваћен принцип опозивости понуде. Правило о опозивости понуде је углавном прихваћено у англоамеричком праву,[61] као и у правима Француске и Холандије.[62]

Према решењима која постоје у већини континенталних права, предлог за закључење уговора може бити повучен ако изјава о повлачењу стигне понуђеноме пре или истовремено са предлогом. Разлоге за овакво решење би требало тражити и у намери да се понуђеноме омогући правна сигурност и остави потребно време да размисли о понуди без журбе и бојазни да би могла бити измењена или опозвана.

Потпуно другачији приступ је прихваћен у наведеним националним правима, DCFR,[63] ЕПЦЛ,[64] CESL[65] и у Бечкој конвенцији. У енглеском праву понуда генерално не обавезује због непостојања *consideration*-а, па може бити опозвана без одговорности све док не буде прихваћена. И према Бечкој конвенцији, понуда се може опозвати све док се уговор не закључи, ако опозив стигне понуђеноме пре него што је отпослао свој прихват. Подразумева се да је изјава о измени или опозиву правно ваљана према правилима меродавног националног права.

Иако су наведеном формулацијом на први поглед постављена два рока до чијег истека је дозвољен опозив понуде: до момента када је уговор закључен и до момента када је прихват отпослан, у питању је практично исти временски моменат јер се као најранији моменат

61 Разлоге због којих је у *common law* систему дозвољен опозив понуде би требало тражити у значају који има *consideration* у настанку уговора. Отуда се понудилац сматра везаним тек кад од друге стране добије накнаду (*consideration*) или адекватно обећање.

62 Eörsi, у: Bianca and Bonell, *нав. дело*, стр. 156 тач. 2.1.2.

63 Чл. II–4:202(3)

64 И Европска начела полазе од претпоставке опозивости понуде и готово на идентичан начин дају право понудиоцу да понуду опозове, „ако опозив стигне понуђеноме пре него што је он отпослао свој прихват".

65 Чл. 32.

за настанак уговора, узима моменат кад је понуђени отпослао свој прихват. Како је, међутим, и у *common law* систему могуће да уговор буде закључен конклудентним радњама, што је прихваћено и у члану 18(3) Конвенције, сврха овог правила је да се спречи опозив тако насталих уговора. С обзиром да код овог начина закључивања уговора нема слања одговора нити класичног убацивања прихвата у поштанско сандуче, јер је уговор настао пре тога у моменту вршења конклудентне радње, постављањем рока настанка уговора као првог рока, требало је отклонити дилему да ли се правило о опозиву може применити и на ове случајеве. У сваком случају право на опозив престаје настанком уговора јер је тада понуда већ трансформисана у уговор. То практично значи да је понудилац везан својом понудом одређено време.

Примена општег правила о опозивости је на исти начин ограничена у CESL (чл. 39(3)) и у Бечкој конвенцији (чл. 14(2)), па се понуда не може опозвати: ако је у њој *назначено* да је неопозива, било тиме што је одререн рок за прихватање или је то учињено на други начин, или, ако је понуђени разумно *веровао* да је понуда неопозива *и йонашао се* сагласно томе.[66]

Код уговора закључених са потрошачима код којих потрошачи имају право да одустану од уговора након што су их закључили, потрошачи као понудиоци имају право да одустану и од понуде која би се без тога сматрала неопозивом.[67]

Radovan **D. VUKADINOVIĆ, PhD**
Professor at the Faculty of Law University of Belgrade
Director of the Center for EU Law, Kragujevac

ON FEASIBILITY OF COMMON EUROPEAN SALES LAW

Summary

Analysis of the solutions concerning an offer for conclusion of contract on sale in sources provided by national law and international sources, which were adopted before the Proposal for a Regulation on a Common European Sales

66 Иста решења су прихваћена и у Европским и UNIDROIT начелима. Једино Европска начела одређују да и понуде које су учињене јавности могу бити опозване истим средствима која су коришћена и за њихово упућивање.

67 Чл. II–4:202(4) DCFR и чл. 47 CESL.

Law, and those provided in the Proposal indicates that there are not significant differences. Therefore, as shown reasonably question of the rationality its adoption, and the question of whether the proposal can meet those expectations that are stated as the reason for its adoption. First of all, to improve the quality and coherence of Euroepan contract law, to obtain high level of consumer protection and protect weaker parties. However, in theoretical sense the form in which the proposal is adopted – in the form of regulation as an optional instrument of harmonization deserves attention because it can be shown as a efficient method of vertical and horizontal competition between internal law of the Member States.

Key words: *cross-border sale, optional instrument of harmonization, protection of weaker party, trader, consumer.*

др *Александар* ЋИРИЋ
професор Правног факултета Универзитета у Нишу

др *Предраг* ЦВЕТКОВИЋ
професор Правног факултета Универзитета у Нишу

ЈАВНО-ПРИВАТНО ПАРТНЕРСТВО ИЗМЕЂУ „ХИЈЕРАРХИЈСКЕ КОНСТАНТЕ“ И „НОВЕ ЕТИКЕ“ ДРУШТВЕНИХ ОДНОСА[*] [**]

Резиме

Јавно-приватно партнерство представља оквир заједничке акције јавног сектора и приватног капитала са циљем обезбеђења функционисања делатности од општег интереса. ЈПП у граничним ситуацијама (у случају угрожавања јавног интереса због неодговарајућег поступања приватног сектора, када је неопходно опредлити се за јавни или приватни интерес) остаје у сенци хијерахије: тада се држава враћа на образац хијерархијског поступања, перманентно задржавајући право (кроз тзв. „хијерархијску константу“) да примени интервенционистичку парадигму. Јавно-приватно партнерство представља вид моралне регенерације и креира нову етику: наиме, приватни сектор постепено остварује квалитативни скок и сопствени, per se уски приватни интерес следава кроз призму јавног добра. Тиме се фундаментално мења и однос

* Припремљено у оквиру пројекта „*Заштита људских и мањинских права у европском правном простору*“, (179046), који се реализује на Правном факултету Универзитета у Нишу, уз подршку Министарства за науку и технолошки развој Републике Србије.

** Припремљено у оквиру пројекта *Одрживост идентитета Срба и националних мањина у пограничним општинама источне и југоисточне Србије* (179013), који се изводи на Универзитету у Нишу – Машински факултет, а финансира га Министарство за науку и технолошки развој РС.

јавног и приватног сектора: однос хијерархијске и командне регулативе (при чему је приватни сектор третиран као субјект другог реда, што је неретко разлог за реакцију приватног сектора манифестовану као неразумевање јавног интереса) мења се односом поверења и кооперације.

Кључне речи: *јавно-приватно партнерство, хијерархијска константа, етика, инфраструктура.*

I Увод

Јавно-приватно партнерство (енгл. *Public-Private Partnership*; нем. *Öffentlich-Private Partnerschaft – ÖPP*; даље и: ЈПП) представља оквир заједничке акције јавног сектора (оличеног у држави и њеним различитим еманацијама) и приватног капитала са циљем обезбеђења функционисања делатности од општег интереса, те ефикасног и економски одрживог развоја инфраструктуре.

Тензију и контроверзу јавно-приватног партнерства генерише супротност базичних карактеристика јавног и приватног сектора. Први је својом структуром и начином функционисања усмерен ка заштити, остваривању и развијању општег (јавног) интереса. Потоњи је, пак, утемељен на приватној иницијативи усмереној ка остваривању добити. Ова разлика која се, *prima facie*, чини фундаменталном, кључна је тешкоћа у конструисању правног оквира јавно-приватног партнерства. Њено превазилажење могуће је кроз поступак постепеног и детаљног усклађивања горе наведених интереса. При томе је основни циљ и јавноправних и приватноправних актера да „морални хазард" који преузимају буде смањен на најмању могућу меру (ако не и елиминисан). „Морални хазард" на страни јавноправних субјеката огледа се у поверењу да ће актер из приватноправног сектора тежити остваривању јавног, а не искључиво приватноправног интереса. Приватноправни субјект, пак, делује у уверењу да ће бити третиран равноправно у партнерству усмереном ка остваривању јавног интереса (при чему ће његов приватни интерес бити уважаван у мери у којој служи остваривању, таквог, јавноправног интереса). Степен испуњења наведеног циља јесте и мера за квалификовање правног оквира ЈПП-а као одговарајућег или нефункционалног.

Две су претпоставке ефикасног функционисања јавно-приватног партнерства.

Прва претпоставка је постојање јасне дефиниције јавног интереса. Наиме, између јавног и приватног интереса постоји међузависност.

Неадекватно дефинисани јавни интерес води фаворизовању одређених организација или индивидуа установљавањем монопола (управљачког, економског или социјалног) чак и тамо где има услова за једнакост могућности и здраву конкуренцију јавног и приватног сектора.[1]

Друга је претпоставка постојање односа координације између јавног и приватног сектора. Однос координације карактерише постојање јасног заједничког (поред партикуларних) интереса оба сектора, чиме се отвара пут усвајању прихватљивог регулаторног решења. Претпоставка наведеног исхода је постојање високог нивоа капацитета управљања како јавног, тако и приватног сектора. Док овај капацитет није, барем формално, споран када се ради о јавном сектору, у приватном сектору капацитет (приватног) управљања расте са јачином и степеном организовања његових актера. Снага приватног сектора дефинисана је мером у којој његова организација може да утиче, прати и санкционише понашање својих чланова, те да аутономно доноси одлуке у њихово име и обезбеди поштовање тих одлука.

У случају да приватни сектор нема одговарајуће капацитете или карактеристике (недостатак ефикасне организације), *тај се недостатак компензује хијерархијском интервенцијом државе.* Наведена интервенција не имплицира да држава аутоматски, потпуно и без одлагања обезбеди остваривање и заштиту јавног интереса. Наиме, у савременом свету напуштен је концепт интервенционистичке државе (доминантан до седамедесетих година прошлог века) заснован на технократској визији управљања јавним сектором. Уместо тога, прихваћен је концепт регулаторне државе која обезбеђење јавног интереса делом оставља тржишту. Улога државе ограничена је на дефинисање правила игре и структуре подршке приватним актерима да у свом деловању остварују социјално „пожељне" резултате. Описани „уступак" резултат је приватизације јавног сектора која је условила дерегулацију и измену интервенционистичке парадигме: уместо ње прихваћен је концепт корективног деловања тржишта. Регулаторна држава обезбеђује уплив приватног сектора у управљање јавним пословима путем интеракције са јавним сектором у фази дефинисања политике у одређеној области, те њене имплементације. Тиме се унапред дефинисани циљеви регулисања имплементирају у процес дефинисања саме норме којом се то регулисање остварује (енгл. *inclusion of norm targets in the norm settings process*). У крајњем ово води већем степену поштовања норми којима се штити јавни интерес: приватни партнер ће пре поштовати правило у чијем је креирању учествовао него *vice versa.*

1 Вид. Joseph T. Mahoney, Anita M. McGahan, Christos N. Pitelis, „The Interdependence of Private and Public Interests", чланак доступан на адреси: *http://business.illinois.edu/josephm/Publications/Mahoney_McGahan_Pitelis.pdf*, 20.3.2012.

Ипак, чини се да ЈПП у граничним ситуацијама (када је неопходно определити се за јавни или приватни интерес) остаје у сенци хијерахије: тада се држава враћа на образац хијерархијског поступања, задржавајући константно право (кроз тзв. „хијерархијску константу“)[2] да примени интервенционистичку парадигму. Када? У случају угрожавања јавног интереса због неодговарајућег поступања приватног сектора. Хијерархијска константа и њене карактеристике предмет су излагања које следи.

II Хијерархијска константа јавно-приватног партнерства

Одговорни јавноправни ентитети имају обавезу да установе стандарде за вршење јавних служби и заштиту јавног интереса, без обзира на то да ли се овај интерес штити од стране приватног или јавног сектора. Ова особеност пружања јавних услуга дефинише се као „хијерархијска константа“ јавног сектора и релевантна је и за област јавно-приватног партнерства.[3] Са друге стране, наведена хијерархијска константа не сме бити у функцији остваривања криптомонопола јавних тела над делатностима од општег интереса: приватни сектор има право на остваривање свог интереса, на начин који је комплементаран и конвергентан јавном интересу.

Хијерархијска константа обезбеђује да остваривање јавног добра кроз „посредовање“ приватног сектора нема за резултат искључивање или ограничење легитимитета и његове контроле. Такав је легитимитет управо неопходан у структуирању и примени ЈПП концепта: то захтевају политичка сензитивност и значај ангажованих интереса. Наиме, учешће приватних актера у обезбеђењу јавног интереса има потенцијал угрожавања легитимности акције усмерене ка остваривању таквог интереса: политичка јавност по правилу је скептична према располагању јавним ресурсом у корист приватних субјеката. Скептицизам се своди на став да је приватно генерисање профита, пре него задовољење јавне сврхе, кључни циљ уплива приватног сектора у процес обезбеђења јавног добра. За јавни сектор може настати критичан политички притисак уколико приватни инвеститор пре свега остварује профит, без узимања у обзир побољшавања квалитета јавних услуга (школа, болница, путева). Стога је неопходно успостављање „јавног идентитета“ интереса који се остварује кроз релевантну регулативу, установљавање „најбоље праксе“ као критеријума успешности остваривања јавног добра, те чврсто дефинисање стандарда за утврђивање постојања и спровођења јавног

2 Вид. више *infra* у тач. II.

3 Језичка формулација која говори о јавно-приватном а не приватно-јавном партнерству симболизује „хијерархијску константу“.

интереса. Тиме се превентивно приватни сектор ставља у позицију одговорног актера. Заштита јавног интереса и обезбеђење легитимитета приватне акције у јавном сектору заснива се на претпоставкама транспарентности и јавне одговорности.

Примарни модус обезбеђења јавног идентитета остваривања општег интереса је промоција и подржавање транспарентности. Наиме, могућност контроле остваривања јавног интереса, спроведена било кроз административне, било кроз политичке процесе, опада у мери у којој се јавно добро транслатује у поље надлежности приватног сектора. Стога је неопходно да се кроз јавне дебате (како *ex ante* тако и у току акције усмерене ка остваривању јавног интереса) осигура остваривање правичности и једнакости. Транспарентност има за резултат и позитивни притисак за перманентно генерисање информација о томе да ли се и у којој мери (а уколико не, због чега) јавни интерес остварује од стране приватног сектора.

Транспарентност *per se није довољна за обезбеђивање легитимитета приватне акције. Конвергентан захтев јесте обезбеђење јавне одговорности. Јавна одговорност дефинише се као одговорност не ономе од кога је моћ делегирана (одговорност менаџмента акционарима, агенту-пружаоца услуга принципалу-телу које му је право пружања услуга доделило), већ одговорност субјектима који трпе последице неадекватног пружања и обезбеђења јавног добра. Ова одговорност праћена је фискалном и „репутационом" одговорношћу. Адекватно обезбеђена и санкционисана одговорност учесника ЈПП кључна је за легитимитет јавно-приватног партнерства.*

На овом месту оправдано је нагласити: хијерархијска константа увек је одраз преовлађујућег правно-политичког опредељења. Структура јавно-приватног партнерства прожета је елементима које одређује политичко вођство: циљеви ЈПП често су ништа друго до рефлексија политичких приоритета владајуће елите. Описане елите јавно-приватно партнерство користе као „идеолошки безбедну бову", којом се остваривање будућих циљева (коришћењем ЈПП као инструмента) ставља у функцију средства за оправдање промене легислативне и правнополитичке парадигме која иза легислативе стоји.[4] Реч је о универзалном „кључу" у коме се има читати хијрерахијска константа као елеменат јавно-приватног партнерства, без обзира на време, место, предмет и идеолошку провенијенцију.[5]

4 Вид. Tibor Varady, „The Emergence of Competition Law in (Former) Socialist Countries", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 47, No. 2/1999, стр. 272–273.

5 У Закону о јавно-приватном партнерству и концесијама (*Службени гласник РС*, бр. 88/2011), описана хијерархијска константа рефлектована је кроз установљавање и овлашћења Комисије за јавно-приватно партнерство. Вид. чл. 65 Закона, *passim*.

III Јавно-приватно партнерство као елеменат социјалног дискурса

Учешће приватног сектора у јавним пословима може довести до релативизације јавног интереса и „сакрализације" тржишног принципа уз истовремено занемаривање социјалне компоненте јавног добра. Стога је квалификација социјалне компоненте остваривања јавног интереса као „другоразредне" у односу на промоцију тржишног принципа, могућа препрека адекватном спровођењу јавно-приватног партнерства као легитимног друштвеног концепта.

Релативизација јавног интереса наступа уколико приватни сектор своје понашање искључиво заснива на лукративном принципу. Приватни сектор мора да делује не само као неко ко пружа и обезбеђује остваривање јавног интереса, већ и као гарант једнакости у доступности „јавног добра", на исти начин како то чини јавни сектор. Механизам транспарентности и јавне одговорости служи као коректив наведеној потенцијалној штетној последици.[6]

IV Јавно-приватно партнерство као модел нове етике друштвених односа

Јавно-приватно партнерство представља вид моралне регенерације:[7] наиме, приватни сектор постепено остварује квалитативни скок и сопствени, по дефиницији уски приватни интерес сагледава кроз призму јавног добра. Тиме се фундаментално мења и однос јавног и приватног сектора: однос хијерархијске и командне регулативе (при чему је приватни сектор третиран као субјект другог реда, што је неретко разлог за реакцију приватног сектора манифестовану као неразумевање јавног интереса) мења се односом поверења и кооперације.

Мало је области пословних односа[8] у којима је значај етике тако висок, као што је то случај јавно-приватног партнерства. Кључни утицај

6 Вид. више *supra* у тач. II овог рада.

7 Вид. Martha Minow, „Public and Private Partnerships: Accounting for the New Religion", чланак доступан на адреси: *http://www.jstor.org/stable/pdfplus/1342726.pdf*, 20.3.2012.

8 У пракси има очигледних примера када је јавно-приватно партнерство „регенерисало" пословну етику, на начин да држава постаје ближа тржишту, било као регулатор, било као предузетник. Када је влада Велике Британије осамдесетих година прошлог века денационализовала инфраструктурна постројења, акције су продаване испод номиналне вредности: разлог овом приступу није била тежња ка либерализацији јавног сектора (јер је постојећи регулаторни режим остао на снази), већ одлучност да се приватном сектору омогући директан улазак у важан део националне економије. Тиме су руководиоци јавних предузећа морали да уђу у

ЈПП на „етички дискурс“ потиче из чињенице да јавно приватно партнерство промовише нови облик саморегулативе (*self governance*) као алтернативе традиционалним формама креирања политике кроз (политички) усмерене бирократије. При томе се увек наглашава његова *in concreto* детерминисаност: концепт ЈПП не постоји као универзално применљив[9] и независан од друштвеног, економског, историјског, социјалног, правног и другог контекста.[10] Ипак, потреба усаглашавања интереса јавног и приватног сектора остаје заједнички именитељ јавно-приватног партнерства схваћеног као генерични појам. Описано усаглашавање мора бити засновано на одређеним етичким начелима која сублимирају „трећу“, мешовиту димензију јавно-приватног партнерства, насталу као резултат прожимања јавног и приватног интереса (и, консеквентно, јавноправних и приватноправних актера).

У прилог посебној етици јавноприватног партнерства иде и став да се уговори на којима је оно засновано подводе под такозване „*relational*“ споразуме (споразумима са трајним испуњењем чинидби). Наведени споразуми засновани су на претпоставци постојања заједничких вредности чијем остварењу теже уговарачи. Такве вредности схваћене као етичка категорија, „кључ“ су у коме се имају читати одредбе споразума са трајним испуњењем обавеза. Изричитим укључивањем етичких начела у процес интерпретације споразума на коме је засновано јавноприватно партнерство, етаблира се конзистентан правни оквир који је у довољној мери вибрантан да очува целину у условима напетости која настаје између јавног и приватног сектора приликом имплементације ЈПП концепта (при чему ова напетост има *sui generis* карактер јер се у тој форми не јавља нити може јавити код споразума јавног или уговора приватног права).[11]

„предузетничко одело“ и решавају питања која су генерисали односи са новим власницима акција (приватним предузетницима који су тражили да јавна предузећа буду вођена на начин како би они то, иначе, чинили као учесници на тржишту). Усвајање пословне етике отвореног тржишта, без заштите јавног сектора, у овом се случају сматра директном последицом примене ЈПП концепта. Видети више у: Paul Starr, „The Meaning of Privatization“, *Yale L. & Pol'y Rev.*, бр. 6/1988, стр. 13–14. Чланак је доступан на адреси: *http://heinonline.org*, 20.3.2012.

9 У том смислу изузетак је једино описана условљеност циљева ЈПП политичким опредељењима владајуће класе. Вид. *supra* напомену 4 и пратећи текст.

10 Вид. Keith Baker, Johnatan Justice, *The institutional Design of Self-governance: insight from Public-private Partnerships*, Queensland University of Technology, Brisbane, Australia, 26–28 March 2008, рад доступан на адреси: *http://www.irspm2008.bus.qut.edu.au/papers/documents/pdf/Skelcher%20-%20THE%20INSTITUTIONAL%20DESIGN%20OF%20SELFGOVERNANCE%20-%20IRSMP%202008.pdf*, 20.3.2012.

11 Вид. више у: Michael Diathesopoulos, *Relational contract theory and management contracts: A paradigm for the application of the Theory of the Norms*, Cambridge University 16. June 2010, доступно на адреси: *http://mpra.ub.uni-muenchen.de/24028/1/*

Став о етици као везивној тачки економије и општег добра свој *stratum* има у тези да понашање у складу са моралним нормама не води само остваривању општег интереса, већ и самоиспуњењу. Како су корпорације састављене од индивидуа, оне, промовишући праведне акције воде вишем ниову реализације хуманих потенцијала запослених и користима односне компаније. Дакле, несебично понашање, опредељено ка општем добру, стоји у самом срцу интереса пословне заједнице; економска сфера није етички неутрална, нити инхеретно нехумана и супростављена друштву. Она је део општег корпуса људске активности и баш зато што је хумана, мора да буде структуирана и вођена у етичком маниру.

Етичко питање се у јавно-приватном партнерству у већој мери јавља као отворено у погледу приватног партнера.[12] Институт који је од помоћи у дефинисању структуре и садржине етике приватног актера јесте друштвено одговорно пословање. Основ овог института лежи у претпоставци да својина има и социјалну функцију. Искључиво право својине признато је јер „сваки човек пажљивије води рачуна о ономе што је његово и тиче се само њега него онога што припада свима; потом, људски су односи такви да се спроводе у већем реду уколико је сваки човек овлашћен да води рачуна о одређеној ствари; била би конфузија уколико би свако требало да брине о свему. Најзад, сукоби су чешћи око ствари које нису раздвојене по власништву."[13]

MPRA_paper_24028.pdf, 20.2.2012. Теорија на којој су засновани „*relational contracts*" развијена је у САД пре неколико деценија. Први ју је на једном скупу изнео проф. Јан Родерик Мекнеил (*Ian Roderick Macnail*), 1967. године. Идеја је потом материјализована у чланку „*Whither Contracts*", објављеном 1969. године. Теорија је предмет анализе углавном у делу англосаксонске правне цивилизације и у одређеној се мери супротставља правном формализму. Базирана је на претпоставци да се уговори морају увек бити посматрани кроз елементе контекста у коме функционишу (енгл. *relational elements*), те да анализа уговора не може бити заснована на претпоставци да се њиме *ex ante* у потпуности уређује ређени правни однос. Значај ширег „кључа" у коме функционише одређени споразум није идентичан код свих уговора. Његов је утицај већи код споразума који су засновани на специфичном социјалном и економском контексту, те отвореном, *intuitu personae* односу страна, при чему наведене околности утичу на обим и садржину споразума. Описана теорија имала је значајан утицај на економску литературу, која полази од претпоставке да чак и најједноставнија трансакција имплицира одређене обавезе, те да је зависна од ширег социјалног и економског контекста. Вид. и: Ian R. Macneil, *Relational Contract: What We Do and Do Not Know*, доступно на адреси: *http://cisr.ru/files/publ/lib_pravo/Macneil%201985%20Relational%20contract.pdf*, 20.3.2012.

12 Јавни актер чува јавни интерес, мада често политичке елите користе ЈПП као инструмент за остваривање сопствених интереса. Вид. *supra* напомену 4 и пратећи текст.

13 На овом месту наведено је оправдање за искључиво право приватне својине које је дао Тома Аквински. Вид. Claus Dierksmeier, Anthony Celano, Stonehill College, *Thom-*

При томе, пословна етика ЈПП мора промовисати конкретну социјалну, не апстрактну институционалну правду. Она мора да детерминише и, тамо где је то неопходно, трансформише сваку комерцијалну трансакцију. Тиме правда (чак и социјална) постаје глобална карактеристика пословне активности, у чему ЈПП има значајан удео.

Посматрано у општим цртама, пословна заједница (у случају ЈПП приватни актер) има не само право, већ и дужност да у ситуацијама када долази до „одусуства јавног управљања", поступи као субсидијарни фацилитатор друштвене етике. Наведени став у пуној снази се оцртава у ЈПП концепту, код кога приватни партнер мора да сопствене активности посматра кроз призму потребе заштите не само партикуларног, већ и ширег, јавног интереса. При томе се чини да има оправдања за став да што је приватни актер економски снажнији, то је виши ниво његове обавезе да допринесе општем добру. Наравно, ова обавеза мора да има границе. У њеном дефинисању мора се правити разлика између онога што је индивидуална врлина, са једне, и социјална дужност, схваћена као друштвено одговорно пословање приватних актера, са друге стране.[14]

---

as Aquinas on Justice as a Global Virtue in Business, доступно на адреси: *http://www.pdcnet.org/pdfs/forthcoming/BEQ22-2_2.pdf*, 20.3.2012.

14 Пример којим је Тома Аквински илустровао разлику између врлине и дужности јесте дилема продавца жита. Да ли трговац житом који је знао да ће доћи до раста понуде и пада цене има обавезу да о томе информише своје купце или да из асиметрије информација (он поседује знање о променама цене, а они не) из тога профитира? Општа забрана да се другоме не наноси штета не обухвата и обавезу да се другоме помогне или да савет који би му створио корпоративну предност. Немогуће је да једно лице води рачуна о интересима свих других субјеката. Самим тим такав захтев би био и неетички. *Mutatis mutandis*, описана дилема јавља се и данас у опредељивању садржине правног оквира ЈПП. Суштински се поставља питање: како приватног партнера определити да (противно ономе што је засновано на његовом habitusu), води рачуна не само о свом, већ и о јавном интересу? Вид. више у: John Kohls, Sandra L. Christensen, „The Business Responsibility for Wealth Distribution in a Globalized Political Economy: Merging Moral Economics and Catholic Social Teaching", *Journal of Business Ethics*, Vol. 35, No. 3/2002, стр. 223–234.

***Aleksandar* ĆIRIĆ, PhD**
Professor at the Faculty of Law University of Niš

***Predrag* CVETKOVIĆ, PhD**
Professor at the Faculty of Law University of Niš

PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP BETWEEN "HIERARCHICAL CONSTANT" AND "NEW ETHICS" OF SOCIAL RELATIONS

Summary

Public private partnership (PPP) is the framework for joint action of public sector and private capital. The goal of PPP is to secure the proper functioning and protection public services and activities of general interest. In the borderline situations (when public interest is jeopardized as the consequence of the inappropriate acts of private sector; hence it is necessary to decide which interest is going to be preserved) PPP stays in the shadow of hierarchy; i.e., the state returns to the hierarchical pattern. This pattern is the result of permanent right of the state to apply interventionist paradigm. The described feature of PPP is labeled in this work as the "hierarchical paradigm". PPP is also the tool for the creation and establishment of the moral regeneration. It designs the new ethics: namely, the private sector gradually transforms and makes qualitative improvement in the sense that the per se narrow private interests are observed now through the need the public goods and interests to be secured and developed. This transformation fundamentally changes the relation between public and private sector in the following manner: the relation based on hierarchical and command regulation (which treats private actors as the "second class" subjects in comparison with the public actors; this often causes the reaction of private sector manifested as the "misunderstanding" of public interest) is replaced by the attitude based on cooperation and mutual trust.

Key words: *public-private partnership, hierarchical constant, ethics, infrastructure.*

др *Јелена* ПЕРОВИЋ
ванредни професор Економског факултета Универзитета у Београду

РАСКИД И ИЗМЕНА УГОВОРА КАО ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ПРОМЕЊЕНИХ ОКОЛНОСТИ

Резиме

Излагања у овом раду посвећена су компаративној анализи основних правила о измени и раскиду уговора у међународном пословном промету као правним последицама промењених околности. Анализа је извршена са становишта релевантних правила националног права и извора униформног уговорног права, као и са становишта уговорне клаузуле о промењеним околностима. У тим оквирима, у раду се анализирају преговори које уговорне стране воде у циљу прилагођавања уговора промењеним околностима, као и дозвољеност и услови за измену и раскид уговора од стране суда по основу промењених околности.

Кључне речи: *промењене околности, уговор, преговори, измена, раскид.*

I Увод

Након закључења уговора, током његовог испуњења, могу наступити одређене околности које се нису могле предвидети у тренутку закључења уговора, а које значајно отежавају испуњење обавезе једне уговорне стране или услед којих се сврха уговора за једну страну не може остварити. У таквим ситуацијама долази до нарушавања еквивалентног односа узајамних престација, односно до осујећења сврхе уговора за једну уговорну страну, па се поставља питање може ли страна погођена промењеним околностима захтевати раскид или измену

уговора или се пак, у складу са дословним значењем начела *pacta sunt servanda* и поштовањем начела аутономије воље, уговор мора извршити такав какав је, без обзира на накнадно промењене околности.

У одговору на ово питање, развијена су бројна теоријска објашњења, а решења упоредног права одликују се високим степеном неуједначности. Разлике које у том погледу познају национални закони, униформна правила и судска пракса крећу се од саме прихваћености теорије промењених околности, преко услова потребних за одређење њиховог постојања, па све до правних последица промењених околности које се пре свега огледају у измени или раскиду уговора.[1] Могућност раскида или измене уговора због промењених околности традиционално се назива „*clausula rebus sic stantibus*", што у преводу значи „док ствари тако стоје",[2] а у савременом уговорном праву, за означење промењених околоности широко је прихваћен термин „*hardship*".[3]

Излагања у овом раду посвећена су измени и раскиду уговора у међународном пословном промету као правним последицама промењених околоности. Измени или раскиду уговора по овом основу често претходе преговори које уговорне стране воде у циљу прилагођавања уговора промењеним околностима. Правне последице промењених околности могу бити уређене одговарајућим решењима националног права или униформних правила, као и уговорном клаузулом о промењеним околностима путем које уговорне стране ово питање регулишу сагласношћу својих воља. У тим оквирима, у раду се анализирају преговори, измена уговора и раскид уговора по основу промењених околности и то са становишта решења упоредног права и са становишта уговорне клаузуле о промењеним околностима.

---

1 Детаљан упоредноправни преглед решења која се односе на прихваћеност промењених околности и критеријуме за њихово одређење: Ch. Brunner, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles, Exemption for Non-performance in International Arbitration*, Wolters Kluwer Law & Business, 2009, стр. 39–532. B. H. Beale, A. Hartkamp, H. Kötz, D. Tallon, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002, стр. 626–657; O. Lando, H. Beale, *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, 2000, стр. 327–328; D. Philippe, *Changement de circonstances et boulevarsement de l'économie contractuelle*, Bruxelles Bruylant, 1986, стр. 714 и даље; K. Zweigert, H. Kötz, *Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press Oxford, 1998, стр. 516 и даље.

2 Овај термин потиче из времена постглосатора и изражавао је схватање према коме су уговорне стране дужне да изврше своје обавезе само ако су ствари остале у истом стању у коме су биле у време закључења уговора.

3 О терминологији, в.: H. Beale, A. Hartkamp, H. Kötz, D. Tallon, *нав. дело*, стр. 653; M. Fontaine, F. De Ly, *Droit des contrats internationaux – Analyse et rédaction de clauses*, Bruylant, Bruxelles, 2003, стр. 491.

II Решења упоредног права о правним последицама промењених околности

1. Уопште

Решења упоредног права у погледу правних последица промењених околности одликују се значајним разликама. Поједини правни системи дозвољавају захтев за раскид али не и захтев за измену уговора по основу промењених околности. Решења се разликују и у погледу овлашћења за обраћање суду са захтевом за измену или раскид уговора – док према одређеним решењима то право има само страна која је погођена промењеним околностима, према другим, право обраћања суду припада и једној и другој уговорној страни. С друге стране, извори униформног уговорног права изричито предвиђају преговоре између уговорних страна који претходе обраћању суду. У оквиру ових, најзначајнијих разлика, правни системи развили су различите модалитете поступања уговорних страна и суда у случају промењених околности. Ипак, полазећи од извесних елемената који се могу сматрати заједничким за највећи број правних система, у најопштијем смислу се може закључити да промењене околности, кад се испуне потребни услови, представљају основ за измену или раскид уговора од стране суда, на основу захтева једне од уговорних страна. Основна питања која из тога проистичу односе се на: измену уговора од стране суда, преговоре предвиђене униформним правилима и раскид уговора од стране суда.

2. Измена уговора од стране суда

Највећи број правних система европско-континенталне правне традиције који прихватају теорију о промењеним околностима дозвољавају измену уговора од стране суда. Тако, према немачком Грађанском законику, измена уговора представља редовно правно средство у случају промењених околности. Тек ако измена уговора није могућа или ако се не може разумно наметнути једној уговорној страни, оштећена страна може раскинути уговор.[4] Према холандском Грађанском законику, суд може, на основу захтева једне од уговорних страна, изменити дејства уговора или раскинути уговор.[5] Измену уговора изричито предвиђа и Грађански законик Грчке, утврђујући да суд може, на захтев дужника, према својој процени, обавезу дужника свести на прихватљиву меру или одлучити да уговор раскине у целини или

4 Немачки Грађански законик, члан 313.

5 В.: члан 6:258 холандског Грађанског законика у целини.

у делу који се односи на обавезе које нису извршене.[6] Слична решења у погледу измене уговора од стране суда познају и бројни други национални закони,[7] као и судска пракса[8] земаља *civil law* система.

С друге стране, италијански Грађански законик изричито предвиђа само раскид уговора услед промењених околности.[9] Ипак, друга страна може избећи раскид уговора уколико понуди да се услови уговора правично измене.[10] Из тога произлази да суд може изменити уговор само на основу понуде друге уговорне стране, која је учињена тако да суду даје основ за измену уговора. Тако, у спору који се водио пред италијанским *Corte di Cassazione*, друга уговорна страна учинила је понуду у којој је алтернативно предложила два решења: 1. снижење цене у износу који је сама одредила или 2. снижење цене у неком другом, мањем или већем износу за који суд нађе да је правичан. Одлучујући у овом спору, Суд је нашао да оваква, алтернативно учињена понуда даје основ за измену уговора од стране суда.[11]

Насупрот решењима која преовлађују у земљама европско-континенталног правног система, у енглеском праву заступљено је традиционално становиште које, примењујући *doctrine of frustration*, полази од тога да судови немају овлашћење да измене уговор у светлу промењених околности.[12] У америчком праву изражен је нешто флексибилнији став у погледу овог питања с обзиром да Једнообразни трговачки законик у принципу познаје ситуације у којима је интервенција суда у смислу измене уговора због промењених околности оправдана.[13] Ипак, у највећем

---

6 Грчки Грађански законик, члан 388.

7 Свеобухватан компаративноправни преглед: O. Lando, H. Beale, *нав. дело*, стр. 328.

8 О овом питању у швајцарској судској пракси: B. Corboz, „La reception du contrat par le juge: la qualification, l'interpretation et le completement", у: *Le contrat dans tous ses états*, Staempfli Editions SA, Berne, 2004, стр. 284.

9 Италијански Грађански законик, члан 1467.

10 Више: O. Lando, H. Beale, *ibidem*. Сличан приступ прихваћен је и у Грађанском законику Бразила (чл. 478–480), као и Грађанском законику Аргентине (члан 1198).

11 Corte cass. civ., sez. II, 18.07.1989. No 3347, нав. према Ch. Brunner, *нав. дело*, стр. 507.

12 В.: P. Richards, *Law of Contract*, Financial Times Pitman Publishing, Fourth edition, 1999, стр. 293 и даље; A. G. Guest (ed.), *Anson's Law of Contract*, 25th (Century) Edition, Clarendon Press Oxford, 1979, стр. 516–522.

13 В.: Official Comment No. 6 to art. 2–615a UCC, у коме се наводи: „*In situations in which neither sense nor justice is served by either answer when the issue is posed in flat terms of „excuse" or „no excuse", adjustment under the various provisions of this Article is necessary, especially the sections on good faith, on insecurity and assurance and on the reading of all provisions in the light of their purposes, and the general policy of this Act to use equitable principles in furtherance of commercial standards and good faith.*"

броју случајева, амерички судови су концепцију „*impracticability*“[14] примењивали као основ ослобођења од одговорности, а не као основ за измену уговора.[15]

Српски Закон о облигационим односима у погледу измене уговора због промењених околности садржи правило слично решењу италијанског права. Кад се остваре услови потребни за постојање промењених околности, Закон у члану 133 став 1 предвиђа раскид уговора као правно средство које стоји на располагању страни погођеној промењеним околностима.[16] Ипак, у ставу 4 истог члана предвиђено је да се уговор неће раскинути ако друга страна понуди или пристане да се одговарајући услови уговора правично измене. Поменута правила упућују на одређене констатације.

На првом месту, у оквиру правила о промењеним околностима, Закон предвиђа раскид уговора као редовно правно средство, а измену уговора као супсидијарно. Стриктним тумачењем законског текста долази се до закључка да се уговорна страна погођена промењеним околностима мора прво обратити суду са захтевом за раскид уговора. Тек након тога, дакле у току поступка за раскид, може доћи до евентуалне измене уговора и то под претпоставком да друга уговорна страна, након захтева за раскид, није одустала од уговора.[17] Чињеница да Закон предвиђа раскид као редовно правно средство у случају промењених околности проистиче и из самог наслова члана 133 који гласи „Претпоставке за раскидање“. Тим путем, Закон је напустио концепцију Општих узанси[18] које измену и раскид уговора предвиђају као алтернативна правна средства, при чему се из формулације узансе 55 може закључити да је измени уговора дата предност у односу на раскид. Према овој узанси, кад су испуњени услови за постојање промењених околности, оштећена уговорна страна „може тражити да се уговор измени или чак и раскине“.[19]

14 В.: Section 261 Restatement (2d) of Contracts (1981) Discharge by Supervening Impracticability. Принцип је постављен у Једнообразном трговачком законику САД – чл. 2–615(a). Више, E. A. Farnsworth, *Contracts*, New York, Aspen Law and Business, 1999, стр. 622 и даље.

15 В.: Ch. Brunner, *нав. дело*, стр. 491–492.

16 В. члан 133 став 1 Закона према коме „...страна којој је отежано испуњење обавезе, односно страна која због промењених околности не може остварити сврху уговора, може захтевати да се уговор раскине“.

17 В.: Б. Визнер, коментар уз члан 133, *Коментар Закона о обвезним (облиīационим) односима*, Загреб, 1978, стр. 533.

18 Опште узансе за промет робом, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 15 од 7.4.1954.

19 Узанса 57. наводи да се због изванредних догађаја могу изменити оне одредбе уговора на које је тај догађај утицао, као што су одредбе о цени, количини предмета, висини других обавеза, времену, месту и начину испуњења уговора.

Према Закону, право да захтева раскид уговора припада само страни погођеној промењеним околностима. С друге стране, измену уговора могу захтевати и једна и друга уговорна страна, што проистиче из формулације „ако друга страна понуди или пристане“ да се услови уговора правично измене (члан 133 став 4). У том контексту, потребно је разликовати три ситуације. Прва се односи на случај у коме су уговорне стране, пре обраћања оштећене стране суду, преговарале о евентуалним изменама уговора и у том погледу нису постигле сагласност. У таквој ситуацији, друга уговорна страна лишена је могућности да се сама обрати суду, већ по правилу мора наставити са испуњењем својих уговорних обавеза у очекивању да оштећена страна поднесе тужбу за раскид, што другу уговорну страну ставља у правно неизвесан положај. Друга ситуација подразумева случај у коме оштећена страна, након подношења тужбе за раскид, другој уговорној страни понуди одговарајуће измене уговора. Ако друга страна такву понуду прихвати, уговор се неће раскинути, а уколико је не прихвати, поступак по тужби за раскид се наставља. Трећа ситуација постоји онда кад, након подношења тужбе за раскид од стране оштећене стране, друга уговорна страна понуди да се уговор измени. Ако оштећена страна прихвати понуђене измене, уговор се не раскида. Међутим, ако оштећена страна ове измене не прихвати, према преовлађујућем ставу, уговор може изменити суд, уколико оцени да је реч о „правичним“ изменама, без обзира што их оштећена страна не прихвата.[20]

У контексту друге и треће поменуте ситуације, поставља се питање оправданости захтева Закона према коме се предлог за измену уговора може учинити тек након подношења тужбе за раскид. Наиме, ако постоје изгледи да се о изменама уговора постигне сагласност између уговорних страна, у пракси је уобичајено да се та сагласност постигне *пре*, а не након покретања судског поступка. Посматрано у целини, чини се да би се предвиђањем обавезе уговорних страна да, пре обраћања суду, воде преговоре у доброј вери и у циљу постизања компромиса, као и дозвољавањем и једној и другој страни да се, у случају неуспеха у преговорима, обрате суду са захтевом за измену или раскид уговора, постигло значајно економичније и ефикасније решење, прилагођено потребама савременог пословног промета, као и сврси и смислу института промењених околности.[21]

---

20 В.: М. Ђурђевић, коментар уз члан 133, *Коментар Закона о облигационим односима*, I књига, главни редактор проф. др Слободан Перовић, Београд, 1995, стр. 265; Б. Визнер, *нав. дело*, стр. 533–534.

21 В. предлог измена наведених правила о промењеним околностима у члану 145 (I Варијанта), *Преднацрт Грађанског законика Републике Србије*, друга књига, Облигациони односи, Београд 2009, стр. 54, који предвиђа да се, услед промењених

Најзад, униформна правила недвосмислено прихватају могућност измене уговора од стране суда услед промењених околности, у случају неуспеха преговора који су претходно вођени између уговорних страна. Тако, према Принципима европског уговорног права, уколико стране не постигну споразум у разумном року, суд може да раскине уговор или „да прилагоди уговор тако да се између уговорних страна на правичан начин поделе губици и користи које произилазе из промењених околности".[22] Слично решење предвиђају и UNIDROIT Принципи међународних трговинских уговора, према којима, суд, кад утврди да постоје промењене околности, може, ако је то разумно, да раскине уговор или „да измени уговор, имајући у виду поновно успостављање уговорне равнотеже".[23] Право обраћања суду, према оба извора, припада обема уговорним странама. Према члану 1.11 UNIDROIT Принципа и члану 1.301(2) Принципа европског уговорног права, термин „суд" обухвата и арбитражу.

Поглед на одговарајућа правила упоредног права упућује на закључак да овлашћење суда да измени уговор у светлу промењених околности, представља преовлађујуће решење у упоредном праву, упркос конзервативном ставу англосаксонског права и чињеници да поједини правни системи *civil law* правне традиције по овом основу дозвољавају само раскид уговора. При томе, потребно је увек имати у виду и меродавно процесно право, с обзиром да и у случају кад су испуњени услови за измену уговора са становишта материјалног права, таква измена може бити противна прописима процесно-правног карактера који се у конкретном спору примењују, о чему ће посебно бити речи у оквиру излагања о уговорном уређењу промењених околности.

3. Преговори предвиђени униформним правилима

UNIDROIT Принципи и Принципи европског уговорног права, у оквиру правила о правним дејствима промењених околности изричито предвиђају преговоре које уговорне стране воде у случају наступања промењених околности. Како већина националних закона ову врсту преговора не познаје, решења униформних правила о овом питању заслужују посебну анализу.

Према поменутим изворима униформног уговорног права, у случају промењених околности, уговорне стране најпре воде прегово-

околности, може захтевати измена или раскид уговора и уводи обавезу преговора о измени уговора.

22 Члан 6.111 став 3.

23 Члан 6.2.3 став 4.

ре у циљу прилагођавања уговора промењеним околностима. У случају неуспеха у преговорима, свака страна се може обратити суду, који, ако нађе да су испуњени услови за постојање промењених околности и ако то сматра разумним, може раскинути или изменити уговор.[24] Захтев за преговорима између уговорних страна у случају наступања промењених околности, свој основ налази у начелу савесности и поштења, којим се, између осталог, објашњава и сам институт раскида или измене уговора због промењених околности. Преговори о измени или раскиду уговора могу се посматрати и са становишта начела аутономије воље с обзиром да уговорним странама пружају могућност да свој уговорни однос саме измене и „преуреде" на одговарајући начин, сагласношћу својих воља. Преговори су оправдани и са аспекта потребе ефикасности и економичности у међународном пословном промету, с обзиром да у случају успеха у преговорима, по правилу, неће доћи до покретања судског спора. Најзад, ова врста преговора доприноси и правној сигурности у односима између уговорних страна, јер омогућава да свака страна буде упозната са релевантним аргументима друге стране, са њеном спремношћу или неспремношћу да прихвати одговарајућу измену уговора, као и са даљим корацима које друга страна намерава да предузме у контексту измене или раскида уговора.[25] Преговори предвиђени униформним правилима покрећу више значајних питања.

UNIDROIT Принципи предвиђају да је страна погођена промењеним околностима *овлашћена* да од друге стране захтева преговоре, док су, према Принципима европског уговорног права, уговорне стране *обавезне* да започну преговоре. У тим оквирима, на првом месту поставља се питање правних последица у случају повреде обавезе вођења преговора. Према Принципима европског уговорног права, те последице огледају се у наканди штете. Према овом извору, ако уговорне стране не постигну споразум у разумном року, суд може страну која је одбила да преговара или је прекинула преговоре супротно начелу савестности и поштења обавезати на накнаду штете за претрпљени губитак.[26] С друге стране, UNIDROIT Принципи не предвиђају правне санкције за страну која је, на предлог оштећене стране, одбила да води преговоре. У том погледу, чини се да, у одсуству уговорне клаузуле о обавези вођења преговора у случају промењених околности, одбијање друге уговорне

24 В.: UNIDROIT Принципе, члан 6.2.3 и Принципе европског уговорног права, члан 6.111 ставови 2 и 3.

25 В.: O. Lando, H. Beale, *нав. дело*, стр. 324, где се наводи: „*However, the court's decision to terminate or to modify the contract is very much last resort. The whole procedure is devised to encourage the parties to reach an amicable settlement: hence the obligation to enter negotiations.*"

26 Члан 6.111(3). В. коментар уз овај члан, O. Lando, H. Beale, *нав. дело*, стр. 326.

стране да ступи у преговоре не треба бити санкционисано обавезом на накнаду штете, с обзиром да би то било противно начелу аутономије воље. То међутим не значи да је овакво одбијање лишено сваке правне последице. У случају дефинитивног одбијања друге стране да приступи преговорима без навођења основаних разлога, оштећена страна може се обратити суду одмах, без чекања да истекне „разуман рок" предвиђен UNIDROIT Принципима.[27] У таквом случају, сама настојања оштећене стране да иницира преговоре у доброј вери, представљаће основ за директно обраћање суду.[28] Ако стране ступе у преговоре, оне су обавезне да их воде у складу са начелом савесности и поштења,[29] као и обавезом узајамне сарадње.[30] Повреда обавезе вођења преговора у доброј вери, по правилу, даје савесној уговорној страни право на накнаду штете, како то изричито предвиђају општа правила о преговорима UNIDROIT Принципа.[31]

Захтев за преговорима треба да буде упућен без неоправданог закашњења и треба да садржи основе на којима је базиран.[32] Према коментару UNIDROIT Принципа, формулација „без неоправданог закашњења" значи што је пре могуће по наступању промењених околности.[33] Чини се да се у погледу тумачења времена у коме је потребно захтевати преговоре може прихватити и правило Бечке конвенције о међународној продаји[34] које се односи на обавештење о немогућности испуњења.[35] Ово правило, у светлу промењених околности, значило би да је оштећена

27 В. коментар бр. 6 уз члан 6.2.3 у *UNIDROIT Principles of International Commerial Contracts 2010*, UNIDROIT, Rome, 2010, стр. 220.

28 В.: Ch. Brunner, *нав. дело*, стр. 489, где се констатује: „*If a party refuses to cooperate from the outset and does not provide justifiable reasons, the fact that the other party made an effort to initiate the renegotiation must suffice.*"

29 Ово начело изричито је предвиђено у члану 1.7 UNIDROIT Принципа.

30 Обавеза сарадње између уговорних страна предвиђена је у члану 5.1.3 UNIDROIT Принципа.

31 В. члан 2.1.15 став 2, који предвиђа да је страна која преговара или која прекине преговоре супротно начелу савесности и поштења одговорна за штету коју је због тога претрпела друга страна.

32 UNIDROIT Принципи, члан 6.2.3 став 1. Принципи европског уговорног права овај захтев не предвиђају изричито, али се он наводи у коментару члана 6.111, према коме: „*the party which will suffer hardship must initiate the negotiation within a reasonable time, specifying the effect of the changed circumstances have had upon the contract*", O. Lando, H. Beale, *нав. дело*, стр. 326.

33 В. коментар бр. 2 уз члан 6.2.3 у *UNIDROIT Principles*, *нав. дело*, стр. 219.

34 Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе из 1980. године.

35 Члан 79 став 4 Конвенције. В.: коментар I. Schwenzer, „Art 79" у: P. Schlechtriem, I. Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3e éd., Oxford, Oxford University Press, 2010, стр. 1081.

страна дужна да обавести другу страну о промењеним околностима и њиховом утицају на испуњењење обавезе у разумном року пошто је оштећена страна сазнала или морала сазнати за промењене околности. У тим оквирима, дужина времена у коме је потребно иницирати преговоре представља фактичко питање које се оцењује према околностима сваког конкретног случаја.[36] Последица пропуштања оштећене стране да покрене преговоре у овако одређеном року не огледа се у губитку права на захтев за преговорима. Ипак, ово пропуштање може утицати на одређење времена наступања промењених околности, као и утицаја промењених околности на испуњење уговорне обавезе.[37] Оштећена страна дужна је да другу уговорну страну обавести о разлозима услед којих захтева преговоре. То обавештење треба да буде детаљно у мери у која омогућава другој страни да оцени да ли је захтев за преговоре основан. Захтев за преговоре у коме нису садржани поменути основи третира се као задоцнели захтев, осим ако су промењене околности у конкретном случају у тој мери очигледне да их није потребно посебно наводити.[38] Захтев за преговорима сам по себи не овлашћује оштећену страну да задржи испуњење својих уговорних обавеза.[39] Према томе, преговори немају суспензивно дејство и све до тренутка док уговор не буде измењен или раскинут од стране суда, оштећена страна неће бити ослобођена од испуњења својих уговорних обавеза.

Униформна правила овлашћују сваку уговорну страну да се обрати суду са захтевом за измену или за раскид уговора уколико се у разумном року не постигне споразум о измени уговора услед промењених околности.[40] Ово овлашћење постоји како онда кад друга уговорна страна одбије да ступи у преговоре тако и онда кад су преговори вођени али нису резултирали одговарајућим споразумом између уговорних страна.[41]

4. Раскид уговора од стране суда

Раскид уговора због промењених околности представља правно средство широко прихваћено у националним законима и судској прак-

36 В. коментар бр. 2 уз члан 6.2.3 у: *UNIDROIT Principles*, *нав. дело*, стр. 219.

37 *Ibidem*.

38 В. коментар бр. 3 уз члан 6.2.3 у: *UNIDROIT Principles*, *нав. дело*, стр. 219.

39 UNIDROIT Принципи, члан 6.2.3 став 2. Принципи европског уговорног права овај захтев не предвиђају изричито, али се он наводи у коментару члана 6.111. В.: O. Lando, H. Beale, *нав. дело*, стр. 326.

40 UNIDROIT Принципи, члан 6.2.3 став 3, Принципи европског уговорног права, члан 6.111 став 3.

41 В. коментар бр. 6 уз члан 6.2.3 у *UNIDROIT Principles*, *нав. дело*, стр. 220.

си земаља које прихватају теорију о промењеним околностима, као и у изворима униформног уговорног права. За разлику од измене уговора од стране суда због промењених околности, правила која се односе на раскид уговора по овом основу не одликују се значајнијим разликама.

У начелу, решења се највише разликују у погледу питања које од два правна средства – измена уговора или раскид уговора – ужива приоритет у случају наступања промењених околности. Одређени извори, полазећи од потребе очувања уговора кад год је то могуће, предвиђају измену уговора као примарно односно редовно правно средство, а раскид дозвољавају само онда кад су све могућности за очување уговора исцрпљене (правно средство *ultima ratio*).[42] С друге стране, у одређеним изворима, раскид и измена уговора су предвиђени као два „равноправна", алтернативно постављена правна средства.[43] Насупрот томе, поједини правни системи предвиђају раскид уговора као редовно правно средство, а измену дозвољавају само изузетно, уз испуњење законом предвиђених услова.[44]

Раскид уговора због промењених околности подразумева *судски* раскид, што значи да судска одлука има конститутивно дејство.[45] Кад суд одлучи о раскиду уговора, он мора одредити дан у коме је уговор раскинут, као и услове раскида.[46] У зависности од одлуке суда, раскид може производити дејства само за убудуће (*ex nunc*), у ком случају се реституција односи само на обавезе које су извршене након дана који је суд одредио као дан раскида уговора или пак, може имати ретроактивно дејство (*ex tunc*).[47]

Правила упоредног права о правним дејствима промењених околности у највећем броју случајева не регулишу детаљније раскид уговора због промењених околности. Српски Закон о облигационим односима представља редак пример у том погледу. Поред општих правила о раскиду уговора због промењених околности, Закон уређује и друга питања

42 На пример, немачки Грађански законик, чл. 313. Више о овом питању уз преглед релевантне судске праксе у Немачкој, H. Beale, A. Hartkamp, H. Kötz, D. Tallon, *нав. дело*, стр. 630–637.

43 На пример грчки Грађански законик, члан 388, холандски Грађански законик, члан 6:258, UNIDROIT Принципи, члан 6.2.3 став 4, Принципи европског уговорносг права, члан 6.111 став 3.

44 Нпр. српско право и италијанско право.

45 В.: С. Перовић, *Облиīационо ūраво*, Београд, 1990, стр. 433.

46 В.: UNIDROIT Принципе, члан 6.2.3 став 4.а и Принципе европског уговорног права, члан 6.111 став 3.а.

47 Могућност да измена и раскид уговора због промењених околности имају ретроактивно дејство изричито је предвиђена у члану 6:258 холандског Грађанског законика.

од значаја за овај институт. Тако, Закон одређује критеријуме релевантне за одлучивање суда о раскиду, предвиђајући да се суд руководи начелима поштеног промета, водећи рачуна нарочито о циљу уговора, о нормалном ризику код уговора односне врсте, о општем интересу, као и о интересима обеју страна.[48] Поред тога, Закон предвиђа да ће суд, ако изрекне раскид уговора, на захтев друге уговорне стране обавезати оштећену страну да накнади другој страни правичан део штете коју је услед раскида претрпела.[49]

III Уговорно уређење правних последица промењених околности

Правила о промењеним околностима предвиђена националним законима и изворима униформног уговорног права, као и ставови судске праксе земаља које ово питање не уређују законским путем, одликују се значајним разликама у погледу прихваћености промењених околности, као и у погледу њиховог одређења и правних последица. Поред тога, правила закона о промењеним околностима су у великој мери уопштена, што оставља простор за различита тумачења и неизвесност уговорних страна у погледу читавог низа питања која се, у контексту промењених околности, у пракси могу поставити. Из тих разлога, уговорне стране ово питање често регулишу сагласношћу својих воља, уношењем у уговор клаузуле о промењеним околностима. У савременом уговорном праву, за означавање ове клаузуле широко је прихваћен термин „*hardship*“ клаузула.[50]

Клаузулом о промењеним околностима уговорне стране, по правилу, најпре одређују *услове* под којима ће наступање одређеног догађаја у конкретном случају бити прихваћено као промењена околност,[51] а затим предвиђају *правна дејства* промењених околности односно поступак који ће уследити након наступања промењених околности.

У том погледу, најчешће се предвиђа да уговорна страна погођена промењеним околностима обавештава другу уговорну стра-

48 Члан 135.

49 Члан 133 став 5.

50 О терминологији, в.: H. Beale, A. Hartkamp, H. Kötz, D. Tallon, *нав. дело*, стр. 653.

51 У том смислу, најчешће се поставља захтев да је наступање одређеног догађаја или околности довело до отежаног испуњења обавезе или осујећања сврхе уговора за једну уговорну страну, као и захтев да је реч о догађају који се није могао предвидети у време закључења уговора, који је изван контроле уговорних страна и који уговорне стране нису могле избећи или савладати. Детаљно о овим захтевима постављеним у оквиру клаузуле о промењеним околностима: M. Fontaine, F. De Ly, *нав. дело*, стр. 487–530.

ну о наступању промењених околности и позива је на преговоре о одговарајућим изменама уговора. Клаузулом би требало одредити рок, форму и садржину обавештења о промењеним околностима, питања на која се преговори односе, као и критеријуме којима ће се уговорне стране руководити током преговора о измени уговора. Међутим, у случају неуспеха у преговорима, решења уговорних клаузула разликују се од случаја до случаја. Мноштво различитих модалитета које уговорне стране предвиђају у погледу овог питања у начелу се може груписати у три основна система.

Према првом, клаузулом се предвиђа овлашћење оштећене стране (или овлашћење обеју страна) да се, у случају неуспеха у преговорима, обрати арбитражи са захтевом за измену или раскид уговора.[52] Оваквим клаузулама најпре се одређују услови обраћања арбитражи. Ти услови се најчешће односе се на: 1. неуспех у преговорима (нпр. „у случају да уговорне стране не постигну сагласност о изменама уговора, оштећена страна се може обратити уговореној арбитражи“) и 2. рок за обраћање арбитражи (нпр. „свака страна се може обратити арбитражи ако споразум о измени уговора није постигнут у року од 60 дана од дана упућивања захтева за преговоре“). Пошто одреде услове за обраћање арбитражи, уговорне стране утврђују арбитражу надлежну за решење овог питања. Најчешће, реч је о арбитражи која је предвиђена арбитражном клаузулом садржаном у истом уговору. У оваквим клаузулама посебно је значајно, како са становишта материјалног тако и са становишта процесног права, изричито предвидети овлашћење арбитара да измене или раскину уговор. Као пример у том смислу може се узети клаузула о промењеним околностима предвиђена Модел уговорима Међународног трговинског центра у Женеви, према којој „Суд односно арбитража имају овлашћење да учине било коју измену уговора коју сматрају праведном и правичном према околностима, или да раскину уговор на дан и под условима које одреде“.[53]

Основни проблем који се у том контексту може јавити односи се на овлашћење арбитара да измене уговор. Наиме, и у случају кад меродавно материјално право дозвољава измену уговора због промењених околности, поставља се питање *ūроцесноī* овлашћења од-

52 В. на пример клаузулу о промењеним околностима предвиђену Модел уговорима Међународног трговинског центра у Женеви (ITC), према којој: „*If the parties fail to reach agreement on the requested revision within____ (specify time limit if appropriate), a party may resort to the dispute resolution procedure...*“, *Model Contracts for Small Firms – Legal Guidance for Doing International Business, International Trade Centre*, Geneva, 2010.

53 „*The (court/arbitral tribunal) shall have the power to make any revision to this contract that it finds just and equitable in the circumstances, or to terminate this contract at a date and on terms to be fixed.*“

носно надлежности арбитара да измене уговор. У том погледу, широко је прихваћено да арбитри поменуто овлашћење имају уколико је оно изричито предвиђено арбитражном клаузулом[54] (односно клаузулом о промењеним околностима која упућује на арбитражну клаузулу). Ипак, арбитражним клаузулама то овлашћење се најчешће не предвиђа, па се питање мора ценити према процесном праву земље седишта арбитраже – *lex arbitri*.[55] Ако *lex arbitri* не дозвољава измену уговора од стране арбитара, овлашћења која у том погледу предвиђа материјално право могу се показати спорним.[56]

Кључна дилема односи се на питање да ли „спор" који се арбитражном клаузулом ставља у надлежност арбитраже постоји у случају кад је арбитража, на основу захтева уговорне стране, позвана да *измени* уговор због промењених околности.[57] Највећи број арбитражних клаузула, националних закона који се односе на арбитражу, као и одговарајућих униформних правила предвиђају надлежност арбитраже да реши „спор" између уговорних страна.[58] Из тих разлога, према појединим мишљењима, појам „спора" постоји само онда кад су арбитри позвани да одлуче о усвајању или одбијању тужбеног захтева, а не и онда кад треба да „креирају" уговор путем његових измена,[59] што је

54 Више: Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Paris, 1996, стр. 27–28.

55 Више: Ch. Brunner, *нав. дело*, стр. 493–498.

56 N. Blackaby and C. Partasides with A. Redfern and M. Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Student Version, fifth edition, Oxford University Press, 2009, стр. 537, где се констатује да у већини случајева арбитри „зазиру" да измене уговор због промењених околности, осим уколико на такву измену нису изричито овлашћени арбитражним уговором.

57 Ово питање предмет је живе дискусије у доктрини и пракси арбитражног права. В. на пример радове са петог међународног Конгреса ICCA (*International Council for Commercial Arbitration*) одржаног у Њу Делхију 1975, објављене у *Revue de l'arbitrage*, 1975, no I, стр. 3–140.

58 В. одредбе националних закона о арбитражи које се односе на одређење уговора о арбитражи. В. члан 9 српског Закона о арбитражи, који предвиђа да споразумом о арбитражи странке поверавају арбитражном суду на решавање своје будуће „спорове" или „спорове" настале из одређеног правног односа. В. у истом смислу и члан 7 (1) UNCITRAL Модел закона о међународној трговинској арбитражи.

59 У пракси, арбитри у начелу нису „наклоњени" измени уговора с обзиром да тим путем оригинална воља уговорних страна *de facto* бива замењена одговарајућом интервенцијом арбитара као трећих лица. Овај став адекватно је илустрован наводима арбитражног већа које је решавало случај настао поводом финансијске кризе у југоисточној Азији. У овом случају, арбитри су истакли: *„The arbitrators... have no political authority, and no right to presume to impose their personal view of what might be an appropriate negotiated solution. Whatever the purity of their intent, arbitrators who acted in such a fashion would be derelict in their duties, and would create more mischief*

право које припада искључиво уговорним странама.[60] Насупрот томе, према другом становишту, у правним системима чије материјално право познаје теорију о промењеним околностима и дозвољава измену уговора као могућу правну последицу промењених околности, државни судови имају овлашћење да измене уговор, те би арбитражу требало третирати на исти начин.[61]

Не улазећи у оцену оваквих ставова, потребно је констатовати да арбитражна одлука којом је уговор измењен од стране арбитара који за то нису имали овлашћење, може бити изложена ризику поништаја према *lex arbitri*, а признање и извршење такве одлуке може бити одбијено према Њујоршкој конвенцији.[62] Из тих разлога, уколико се уговорне стране определе да, у случају неуспеха у преговорима, измену уговора повере арбитрима, потребно је да то овлашћење изричито предвиде арбитражном клаузулом или клаузулом о промењеним околностима уз упућивање на арбитражну клаузулу.

Према другом систему, клаузулом се, у случају неуспеха у преговорима, предвиђа право оштећене стране (или право обеју страна) на раскид уговора, без даљих прецизирања. Ово решење предвиђено је на пример у ICC Модел клаузули о промењеним околностима, према којој је, у случају неуспеха у преговорима, страна погођена промењеним околностима „овлашћена на раскид уговора".[63] Бројне клаузуле садржане у уговорима међународног пословног промета усвајају сличан приступ.[64] Овакве клаузуле не дају одговор на бројна питања која се у контексту

than good...", нав. према N. Blackaby and C. Partasides with A. Redfern and M. Hunter, *нав. дело*, стр. 539.

60 В. на пример H. Motulsky, *Écrits – Études et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, Paris, 1974, стр. 47. Критика оваквог става, Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *нав. дело*, стр. 28, где се констатује: „*Malgré sa force théorique, une qualification aussi étroite de la fonction de l'arbitre ne correspond ni aux pratiques ni aux besoins actuels de certaines relations contractuelles internationales.*"

61 Такав приступ усвојио је и швајцарски Савезни суд у случају у коме је захтеван поништај арбитражне одлуке заснован на ставу да арбитража са седиштем у Швајцарској није овлашћена да, у одсуству изричитог овлашћења у арбитражном уговору, врши измене уговора на који се примењује белгијско право (Одлука од 19.12.2001, 4P.114/2001 у случају N.V. *Belgische Scheepvaartmaatschappij–Compagnie Maritime Belge* в. *N. B. Distrigas*, објављена у: Bulletin of the Swiss Arbitration Association, 2002:493 ff; нав. према Ch. Brunner, *нав. дело*, стр. 495).

62 В. члан V(1)(c) Њујоршке конвенције о признању и извршењу иностраних арбитражних одлука из 1958. године и члан 34.2.(iii) UNCITRAL Модел закона о међународној трговинској арбитражи.

63 Модел клаузула о промењеним околностима Међународне трговинске коморе у Паризу – ICC Hardship Clause 2003 (ICC Publication No. 650), тачка 3.

64 Примери оваквих клаузула, M. Fontaine, F. De Ly, *нав. дело*, стр. 518 и даље.

раскида уговора могу поставити, а пре свега на питање да ли је реч о судском или вансудском раскиду. Ако се тумачењем овакве клаузуле дође до закључка да су се уговорне стране определиле за вансудски раскид, даља питања се односе на оцену испуњености услова за раскид, реализацију (аутоматски раскид или раскид путем обавештења другој уговорној страни), као и правне последице раскида. Из тих разлога, овакве клаузуле се чине високо ризичним и потребно их је избегавати.

Трећи систем подразумева предвиђање да се, у случају неуспеха у преговорима, испуњење уговорних обавеза одлаже на одређено време. Дужину овог периода по правилу одређују саме уговорне стране, при чему оне или утврђују конкретно време (на пример 30 дана, три месеца, године дана и сл.) или се пак, опредељују за стандард „разумног рока". Уколико промењене околности трају и након истека уговореног периода, уговор се може раскинути. У погледу питања која страна има право на раскид, решења су различита. Некад уговорне стране предвиђају да право на раскид има страна погођена промењеним околностима, а некад да је то право на страни друге уговорне стране. Исто тако, могуће је да право на раскид имају обе уговорне стране.[65] У погледу овог система могу се констатовати исти недостаци као у претходно поменутом систему с тим што се овде опстанку уговора пружа још једна „шанса", одлагањем испуњења за одређени временски период.

IV Закључак

Правни системи који прихватају теорију промењених околности, полазе од општег принципа према коме промењене околности, кад се остваре потребни услови, представљају основ за измену или раскид уговора од стране суда, на основу захтева једне од уговорних страна. У оквиру овог општег принципа, упоредно право познаје различите модалитете поступања уговорних страна и суда у случају промењених околности. Основне разлике односе се на дозвољеност и услове измене уговора од стране суда по основу промењених околности, као и на претходне преговоре између уговорних страна, које униформна правила, за разлику од националних закона, предвиђају и детаљно регулишу.

Решења упоредног права о правним последицама промењених околности су у великој мери уопштена, што оставља простор за различита тумачења и неизвесност у погледу бројних питања која се у том погледу могу поставити. Из тих разлога, уговорне стране ово питање често регулишу сагласношћу својих воља, уношењем у уговор клаузуле о промењеним околностима. По одређењу услова који морају бити оства-

65 Примери оваквих клаузула, M. Fontaine, F. De Ly, *нав. дело*, стр. 519.

рени да би одређен догађај био прихваћен као промењена околност, овом клаузулом је потребно одредити правне последице промењених околности. У тим оквирима, уговорне стране могу предвидети раскид и измену уговора као могуће правне последице или се пак, определити само за раскид уговора. Ако су при томе предвиђени преговори о измени уговора, потребно је прецизирати услове, рокове и форму њиховог иницирања, критеријуме којима се стране руководе приликом преговарања, као и поступак за случај неуспеха у преговорима. Уколико је измена уговора поверена арбитражи, арбитражном клаузулом или клаузулом о промењеним околностима која упућује на арбитражну клаузулу потребно је изричито предвидети овлашћење арбитара да измене уговор. С друге стране, клаузуле којима се, у случају неуспеха у преговорима, предвиђа само раскид уговора без даљих прецизирања, потребно је избегавати с обзиром да не дају одговор на читав низ питања која раскид уговора у пракси може покренути. Таквим приступом уговорне стране обезбеђују виши степен правне сигурности у случају наступања промењених околности и минимизирају ризике спорних ситуација који из ових клаузула могу проистећи.

***Jelena* PEROVIĆ, PhD**
Associate Professor at the Faculty of Economics, University of Belgrade

TERMINATION AND ADAPTATION OF CONTRACT AS LEGAL EFFECTS OF HARDSHIP

Summary

This contribution offers an comparative analysis of the main rules and principles concerning the legal effects of hardship both from the perspective of the legislative solutions and the contract clauses dealing with hardship. In that respect, the analysis examines the requirements for renegotations of the original terms of contract with a view to adapting them to the changed circumstances, the conditions under which the parties may resort to the court and the court measures in case of hardship – termination and adaptation of contract.

Key words: *hardship, contract, renegotiations, adaptation, termination.*

др *Сандра* ФИШЕР-ШОБОТ
асистент Правног факултета Универзитета у Новом Саду

ПРАВИЛО ПРЕДВИДЉИВОСТИ ШТЕТЕ У ПРАВУ МЕЂУНАРОДНЕ И ДОМАЋЕ ПРОДАЈЕ*

Резиме

У праву међународне и домаће продаје се у случају повреде уговора накнада штете одмерава у складу са два основна принципа. Оштећена страна је овлашћена на потпуну накнаду штете, али је обим накнаде коригован принципом предвидљивости према коме накнада не може бити већа од губитка који је страна која је повредила уговор предвидела или морала предвидети у тренутку закључења уговора као могућу последицу повреде уговора, с обзиром на чињенице које су јој тада биле познате или морале бити познате.

Предмет анализе у овом раду је правно регулисање и примена правила о одмеравању накнаде штете и правила предвидљивости у праву међународне и домаће продаје робе у случају кад продавац повреди обавезу испоруке.

Кључне речи: *повреда уговора, накнада штете, правило предвидљивости штете.*

---

* Рад је настао као резултат истраживања на пројекту *Утицај европског и преседентног права на развој грађанског материјалног и процесног права у Србији и Војводини* који се финансира из средстава Покрајинског секретаријата за науку и технолошки развој.

I Уводне напомене

Ако једна уговорна страна из уговора о продаји повреди уговор страна верна уговору стиче право да захтева накнаду штете. У међународном и домаћем праву продаје постоје правила о одмеравању накнаде штете у случају повреде уговора. Накнада штете се одмерава у складу са два основна правила – правилом пуне накнаде штете и правилом предвидљивости.

Предмет истраживања у овом раду је одмеравање накнаде штете и примена правила предвидљивости у случајевима кад продавац повреди обавезу испоруке, а разматране су правне норме садржане у *Конвенцији УН о уговорима о међународној продаји робе*[1] (у даљем тексту: Бечка конвенција, БК), *Принципима европског уговорног права*[2] (даље у тексту: ПЕЦЛ), *УНИДРОИТ Принципима међународних трговинских уговора*[3] (у даљем тексту: УНИДРОИТ принципи, УПЦ) и *Закону о облигационим односима*[4] (у даљем тексту: ЗОО). Поред тога, рад садржи и анализу релевантне судске и арбитражне праксе.

II Начело потпуне накнаде штете

У праву међународне и домаће продаје је прихваћен принцип *потпуне* (*интегралне*, *целокупне*) накнаде штете. Начело потпуне накнаде штете значи да накнада мора бити толика да оштећени не трпи материјалне последице због неизвршења или неуредног извршења уговора. Према томе, са имовинске стране за купца мора бити исто да ли је уговор уредно извршен или је због кршења уговорне обавезе продавац платио накнаду штете. Горња граница штете која се накнађује је економска ситуација, која би постојала да је уговор уредно извршен. Начело целокупне накнаде значи да накнадом штете материјални положај оштећеног не сме бити погоршан, али ни побољшан. Дакле, накнада штете ни у ком случају не сме водити обогаћењу купца.

Бечка конвенција предвиђа да је у случају повреде обавезе испоруке накнада штете равна претрпљеном губитку и измаклој добити

1 Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе (*Службени лист СФРЈ*, бр. 10/1/84 од 31.12.1984; даље у фуснотама: БК).

2 Текст Принципа европског уговорног права (даље у фуснотама: ПЕЦЛ) је доступан на *http://frontpage.cbs.dk/law/ commission_on_european_contract_law/PECL%20engelsk/ engelsk_partI_og_II.htm*.

3 Текст УНИДРОИТ Принципа међународних трговинских уговора из 2010. године (даље у фуснотама: УПЦ) је доступан на *www.unilex.info*.

4 Закон о облигационим односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 57/89, 31/93; даље у фуснотама: ЗОО).

који су услед повреде настали за купца.[5] Принцип потпуне накнаде је прихваћен и у униформним правилима. Чл. 7.4.2 УПЦ, који носи назив Пуна накнада (*Full compensation*), у ставу (1) изричито предвиђа право оштећеног на пуну накнаду штете претрпљене услед неизвршења. Такође и чл. 9:502 ПЕЦЛ признаје оштећеном право на накнаду претрпљеног губитка и измакле користи. Разликовање стварне штете и измакле добити нема правне последице на одмеравање накнаде штете. Изричито навођење измакле добити у међународним изворима представља појашњење за оне државе чији правни системи не предвиђају накнадивост измакле добити или је повезују са рестриктивним условима. Принцип интегралне накнаде штете је прихваћен и у српском праву.[6]

III Правило предвидљивости штете

Продавац ће одговарати само за штете које је у време закључења уговора предвидео као могућу последицу повреде уговора. При том је потребно да продавац предвиди могућност наступања штете као последице повреде уговора.

Правило предвидљивости постоји вековима, а временом се показало као ефикасан и целисходан метод ограничења накнаде штете. Оно је данас широко прихваћено како у међународном трговинском праву, тако и у многим националним правима. Правило предвидљивости штете представља значајно ограничење одговорности продавца за штету, а познају га конвенције из области међународне продаје робе (чл. 82 УЛИС, чл. 74 БК), униформна правила (чл. 9:503 ПЕЦЛ, чл. 7.4.4 УПЦ), као и српско право (чл. 266(1) ЗОО). Наше право је ово правило преузело из чл. 82 УЛИС.

Накнада штете не може бити већа од губитка који је продавац предвидео или морао предвидети у тренутку закључења уговора као могућу последицу повреде уговора, с обзиром на чињенице које су му тада биле познате или морале бити познате.[7] Увођење правила предвидљивости у Бечкој конвенцији, као корелата обавезе гаранције за испуњење уговора до границе из чл. 79 БК,[8] је било неопходно с једне стране, јер је одговорност за штету постављена веома широко и не зависи од кривице, а с друге стране јер се и узрочна веза заснива на формули *conditio sine qua non* (енгл. *but for rule*).

5 Видети: чл. 74 БК.

6 Видети: чл. 155 ЗОО.

7 Видети: чл. 74 БК; чл. 82 УЛИС; чл. 266(1) ЗОО.

8 Rolf Herber, Beate Czerwenka, *Internationales Kaufrecht – Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den Internationalen Warenkauf*, München, 1991, стр. 333.

Концепт предвидљивости штете има корене у чл. 1150 француског Грађанског законика и енглеском случају *Hadley v. Baxendale* 9 Ex 341(1854).[9] Ограничење накнаде штете на предвидљиве штете (енгл. *foreseeability test*, *contemplation rule*) је општеприхваћено у *common law* земљама. Управо због тога, у практичној примени правила предвидљивости из БК, УПЦ и ПЕЦЛ треба имати на уму да оно у одређеним елементима одступа од *contemplation rule*. У англосаксонском праву се захтева да обе уговорне стране предвиде штету као могућу последицу повреде уговора, док је према решењима из БК, ПЕЦЛ, УПЦ и ЗОО правно релевантна предвидљивост штете од стране штетника.[10] Решење које постоји у међународним инструментима и у српском праву је боље из најмање два разлога. Прво, јер је усклађено са идејом алокације ризика која се односи на претпостављање ризика од стране штетника.[11] И друго, ако штетник наступање штете није предвидео она свакако неће бити накнадива.

Свака уговорна страна приликом закључења уговора на себе преузима одређени ризик са којим мора да рачуна. Основни циљ и смисао правила предвидљивости се огледа у томе да накнада штете треба да буде ограничена на ризике одговорности преузете при закључењу уговора.[12] Тест предвидљивости може у конкретном случају да доведе до накнадивости и нетипичних губитака, под условом да је штетник за њих знао у време закључења уговора.

Функција правила предвидљивости је подела ризика уговорних страна на разуман и фер начин. Страни која је у време закључења уговора предвидела или морала предвидети одређени губитак на располагању стоје различите могућности. Наиме, она може уговором да искључи или ограничи своју одговорност, да се осигура од потенцијалних ризика, да повећа корист коју очекује од уговора (нпр. повећање цене робе) или чак да одбије да закључи уговор.[13]

Продавац који је повредио уговор може бити одговоран само у мери у којој је његова одговорност у домашају тог уговора. Другим речима, смисао правила предвидљивости се огледа у томе да продавац

9 Видети више код Bruno Zeller, *Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, New York, 2005, стр. 92–95.

10 Видети више о томе код Heinz Georg Bamberger, Herbert Roth (Hrsg.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3, München, 2003, стр. 2880; Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer (ed.), *Commentary on the UN Convention of the International Sale of Goods (CISG)*, New York, 2005, стр. 764.

11 Видети више Djakhongir Saidov, *The Law of Damages in International Sales: The CISG and other International Instruments*, Hart Publishing, Oxford, 2008, стр. 103.

12 Burghard Piltz, *Internationales Kaufrecht, Das UN-Kaufrecht (Wiener Übereinkommen von 1980) in Praxisorienter Darstellung*, München, 1993, стр. 291.

13 Видети више код D. Saidov, *нав. дело*, стр. 102.

не треба да накнади штету за ризике које при закључењу уговора није узео у обзир или које није морао узети у обзир приликом прављења калкулације. Ограничавање накнаде штете на предвидљиви губитак служи томе да заштити продавца од неоправданих захтева купца.

1. Предвидљивост штете за продавца

Према Бечкој конвенцији и српском праву, предвидљивим се сматрају губици које је штетник (продавац) у тренутку закључења уговора предвидео или морао предвидети као *могућу последицу* повреде уговора. Према ставу домаће теорије, предвидљива је она штета која се обично дешава приликом повреде одређене врсте уговора.[14] *A contrario*, штете које само изузетно наступају код повреда уговора нису предвидљиве. Од продавца се не може захтевати да предвиди штету за коју постоји само теоријска могућност наступања.

С друге стране, чл. 9:503 ПЕЦЛ и чл. 7.4.4 УПЦ захтевају да се ради о губитку као *вероватној последици* повреде уговора. Очигледне разлике у формулацији између БК с једне и аутономних извора са друге стране, према ставу доктрине, не би требало да воде различитим резултатима у пракси.[15]

2. Тест предвидљивости

Правила садржана у БК и ЗОО не одређују шта дужник конкретно треба да предвиди. Неспорно је, међутим, да се захтев предвидљивости не односи на повреду уговора, односно повреду обавезе испоруке као такву, него на могуће последице повреде, које је продавац при закључењу уговора предвидео или морао предвидети. Не ради се о томе да ли је продавац предвидео или морао предвидети да ће нпр. задоцнити са испоруком или испоручити мању количину робе од уговорене, него да ли је могао предвидети стварно настали губитак као могућу последицу повреде.

Из чл. 74 БК се види да предвидљивост треба да се односи на губитак, који може бити могућа последица повреде уговора. У сваком случају, није довољно да је продавац предвиди да ће услед повреде уговора настати штета. У теорији међународне продаје постоји општа сагласност да није потребно да продавац предвиди све појединости око наступања штете, него се предвидљивост односи на обим накнаде.[16]

14 Слободан Перовић (ур.), *Коментар Закона о облигационим односима*, књига I, Београд, 1995, стр. 615.

15 Видети више код D. Saidov, *нав. дело*, стр. 121.

16 Тако Ulrich Magnus, *J. von Staudingers Kommentar zum Burgerlichen Gesetzbuch: Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Sellier-de Gruyter, Berlin 2005, стр. 728; Cezare Massimo Bianca,

Другим речима, ради се о томе да ли је продавац предвидео или морао предвидети да као последица повреде обавезе испоруке може наступити штета која по врсти и обиму одговара стварно наступелој штети.[17] У домаћој доктрини је прихваћен став да дужник треба да предвиди само почетну штету, а не и све наступеле штетне последице.[18] Поред тога, теоретичари су сагласни да продавац треба да предвиди врсту штетних последица које ће наступити услед повреде обавезе испоруке.[19] Насупрот томе, није потребно да продавац предвиди висину штете, јер то најчешће ни није могуће учинити унапред. Овакав став је логичан јер би правило предвидљивости изгубило практичан значај кад би продавац морао да предвиди тачан износ штете која ће наступити.

Видели само да је за процену да ли је наступање штете било предвидљиво према БК, ПЕЦЛ, УПЦ и ЗОО меродаван искључиво став дужника. Дужник одговара за губитке које је у време закључења уговора *предвидео,* али и за губитке које је *морао предвидети* (чл. 74 БК), односно *могао разумно предвидети* (чл. 7.4.4 УПЦ, чл. 9:503 ПЕЦЛ). Према томе, предвидљивост има *субјективну* и *објективну* компоненту.[20]

Продавац одговара за штете које је стварно предвидео, односно предвидљивост се најпре цени субјективно. У овом случају се предвидљивост штете процењује у односу на конкретног продавца и према околностима конкретног случаја. Ако купац при закључењу уговора укаже на конкретне ризике од штете сматраће се да је продавац имао позитивно знање и да је наступање штете предвидео. Субјективна предвидљивост игра улогу, пре свега, код неуобичајених ризика (нпр. неуобичајена употреба робе).[21] Ако је продавац знао да ће повреда уговора узроковати неуобичајену или неуобичајено високу штету, он за те

Michael Joachim Bonell (ed.), *Commentary on the International Sales Law – The 1980 Vienna Sales Convention*, Milan, 1987, стр. 541; Karsten Schmidt (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, München 2004, стр. 669; Fritz Enderlein, Dietrich Maskow, *International Sales Law*, Oceana Publications, 1992, стр. 301; Ingeborg Schwenzer (ed.), P. Schlechtriem, I. Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford, 2010, стр. 1020.

17 Тако Wolfgang Krüger, Harm Peter Westermann (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3, 4. Auflage, München, 2004, стр. 2627.

18 Јаков Радишић, *Облигационо право*, општи део, Београд, 2000, стр. 204.

19 Видети више С. Перовић (ур.), *нав. дело*, књига I, стр. 613; Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић (ур.), *Коментар Закона о облигационим односима*, књига I, Београд, 1980, стр. 771.

20 Видети више код Jelena Vilus, *Provisions Common to the Obligations of the Seller and the Buyer*, International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures, Oceana, 1986, Ch. 7, стр. 248; D. Saidov, *нав. дело*, стр. 103.

21 Видети више код Albert Kritzer, *Guide to Practical Application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Deventer, 1989, стр. 476, 477; F. Enderlein, D. Maskow, *нав. дело*, стр. 300, 301.

последице одговара, јер се сматра да је приликом закључења уговора узео у обзир све познате ризике.

Поред тога, продавац одговара и за штету коју је морао предвидети с обзиром на чињенице које су му у тренутку закључења уговора биле познате или су му морале бити познате. У овом случају се процена врши према објективном критеријуму, односно продавац мора рачунати са последицама, које би разумно лице у његовом положају у конкретним околностима предвидело као могуће.[22] Продавац је морао предвидети штетне последице које настану у уобичајеном трговинском промету. При том није од значаја да ли је продавац заиста предвидео последице повреде уговора, него да ли је објективно био у положају да их предвиди.

Уочљива је разлика у формулацији објективне предвидљивости у међународним инструментима, јер продавац одговара за губитке које је *морао предвидети* (чл. 74 БК), односно *могао разумно предвидети* (чл. 7.4.4 УПЦ, чл. 9:503 ПЕЦЛ). Формулација из БК представља строжији захтев у односу на онај који садрже аутономни извори. Међутим, није вероватно да ће ова разлика утицати на рестриктивнију примену правила садржаног у БК из два разлога. Прво, јер је узор при стварању аутономних извора била управо БК и друго, јер се у коментарима оба међународна инструмента наводи да је односне одредбе одговарају чл. 74 БК.[23]

У теорији је прихваћен став да се код правила предвидљивости не ради о емпиријском утврђењу вероватноће, него о нормативном концепту.[24] Због тога се при процени предвидљивости губитака морају узети у обзир и подела ризика према уговору и сврха самог уговора. На тај начин је судијама остављен значајан маневарски простор приликом доношења одлуке о предвидљивости штете и створена је могућност да се накнада одмери у складу са околностима случаја. У прилог наведеном иде и анализа праксе која показује да се судови и арбитраже при примени правила предвидљивости ослањају на пословно искуство штетника, пословање оштећене стране,[25] трајање пословног односа између уговорних страна, услове на тржишту где се роба продаје, врсту робе[26] итд.

22 Тако U. Magnus, *нав. дело*, стр. 729; W. Krüger, H. P. Westermann (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 2627; P. Schlechtriem, I. Schwenzer (ed.), *нав. дело*, стр. 765.

23 Видети више D. Saidov, *нав. дело*, стр. 104.

24 W. Krüger, H. P. Westermann (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 2627; P. Schlechtriem, I. Schwenzer (ed.), *нав. дело*, стр. 765; U. Magnus, *нав. дело*, стр. 729.

25 У једном предмету је утврђено да је продавац био дужан да узме у обзир да је купац продавац (дилер) половних аутомобила. Видети: Germany, 21 May 1996, *Appellate Court Köln* (*Used car case*) доступно на *http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960521g1.html*.

26 Арбитража је утврдила да је продавац морао знати да је гардероба сезонска роба и да доцња са испоруком значи да ће роба морати да се продаје ван сезоне по сниженим ценама и да купац неће остварити очекивани профит. ICC Arbitration Case

За разлику од чл. 74 БК, према чл. 266(1) ЗОО предвидљивост се односи само на оне штете које је продавац *морао предвидети*. Из формулације наведене одредбе следи да се предвидљивост цени према објективном критеријуму. То значи да се предвидљивост штете цени *in abstracto*, односно са становишта апстрактног дужника (добар привредник, добар стручњак).[27] Међутим, значај поред објективног има и субјективно мерило.[28] Наиме, док став (1) јасно упућује на објективно мерило, дотле је субјективни критеријум узет у обзир у чл. 266(2) ЗОО.

3. Предвидљивост одређених врста губитака

У теорији међународне продаје робе постоје различити ставови о томе да ли се одређене врсте губитака могу сматрати предвидљивим. Према првом ставу, доминантном у немачкој доктрини, одређени губици се генерално сматрају предвидљивим. Сви губици настали због повреде обавезе испоруке се могу поделити у три групе: губици због неизвршења, споредни и последични губици.[29]

Губици настали због неизвршења и споредни губици се, по правилу, претпостављају и сматрају се предвидљивим. Штета која настане због неизвршења испоруке, закашњења са испоруком и испоруке мањиве робе се у основи мора сматрати предвидљивом.[30] Код несаобразне испоруке, недостатком условљена смањена вредност робе је по правилу, предвидљива и накнадива. Будући да је, у случају испоруке несаобразне робе, купац овлашћен да предузме мере да робу доведе у саобразно стање, предвидљивим се сматрају и трошкови поправке.[31] Потребно је једино да су трошкови поправке разумни тј. да не прелазе вредност и цену робе. Такође су предвидљиви и трошкови прегледа робе, као и трошкови потребни за чување робе.[32] Накнадивим се сматра и разуман попуст који купац одобри својим муштеријама због недостатака робе.[33]

No. 8786 of January 1997 (*Clothing case*) доступно на: *http://cisgw3.law.pace.edu/cases/978786i1.html.*

27 Такав став је заузет у С. Перовић, Д. Стојановић (ур.), *нав. дело*, књига I, стр. 771.

28 Видети више С. Перовић (ур.), *нав. дело*, књига I, стр. 612 и 613.

29 Видети више С. Фишер-Шобот, „Право купца на накнаду штете због повреде обавезе испоруке у међународном и домаћем праву", *Правни живот*, бр. 11/2011, стр. 377–379.

30 Тако P. Schlechtriem, I. Schwenzer (ed.), *нав. дело*, стр. 766; I. Schwenzer (ed.), *нав. дело*, стр. 1024.

31 Видети предмет CISG-online 643, Austria, 14 January 2002, *Oberster Gerichtshof.*

32 Видети више код W. Krüger, H. P. Westermann (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 2628, 2629.

33 OLG Köln 21.5.1996, CLOUT № 168. Видети више код U. Magnus, *нав. дело*, стр. 730.

Измакла добит која се састоји у немогућности купца да робу препрода због повреде обавезе испоруке је без даљег предвидива.[34] Изузетно, ако је измакла добит неуобичајено висока, предвидљива је само код постојања посебних околности (нпр. ако је купац продавца на одговарајући начин обавестио при закључењу уговора).

Начелно се и последични губици, који се огледају у одговорности купца према трећим лицима, сматрају предвидљивим.[35] Међутим, предвидљивост ове врсте губитака губитака, се процењује спрам околности конкретног случаја.[36] Купац може изгубити муштерије, а такође, може му бити нарушен пословни углед. Накнадивост ових врста штета долази у обзир кад је продавац у време закључења уговора знао за релевантне околности (нпр. купац продавца обавести о посебним захтевима својих купаца) или би барем разумно лице у том положају морало да рачуна са њима. Према ставу заузетом у теорији и пракси, продавац ће бити одговоран само ако је знао да постоји ризик да купац изгуби муштерије или да му буде нарушен углед.[37]

Према мишљењу друге групе аутора, став немачке доктрине о предвидљивости одређених типичних губитака није користан, води деперсонализацији и негирању сврхе правила предвидљивости.[38] Сма-

34 Према ставу Врховног суда Аустрије кад је комерцијална роба продата трговцу препродаја се увек може претпоставити без даљих индикација. Видети предмет Austria, 6 February 1996, *Supreme Court* (*Propane case*) доступно на: *http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html*. Видети такође Germany, 21 May 1996, *Appellate Court Köln* (*Used car case*) доступно на: *http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960521g1.html*.

35 Видети више I. Schwenzer (ed.), *нав. дело*, стр. 1021.

36 Видети предмет CISG-online 643, Austria, 14 January 2002, *Oberster Gerichtshof*. Врховни суд Аустрије је заузео начелан став да су последични губици накнадиви. Међутим, у конкретном случају, је општим условима продавца изричито искључена накнадивост последичних губитака. Сходно томе, купац је остварио накнаду трошкова учињених ради поправке робе, али не и осталих губитака које је претрпео у односу са својим муштеријама услед повреде уговора од стране продавца.
Видети предмет Russia, 6 June 2000, *Arbitration proceeding 406/1998* доступно на: *http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000606r1.html*. Купац је захтев за накнаду штете засновао на уговору закљученим са трећим лицем према коме је цена робе била значајно виша од оне предвиђене у основном уговору са продавцем. Према ставу арбитраже продавац такав губитак није предвидео нити морао да предвиди као могућу последицу повреде уговора.

37 Видети више код U. Magnus, *нав. дело*, стр. 733; P. Schlechtriem, I. Schwenzer (ed.), *нав. дело*, стр. 767, 768.
Видети предмет Russia 24 January 2000 Arbitration proceeding 54/1999 доступно на: *http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000124r1.html*. Арбитража је утврдила да озбиљна повреда угледа на коју се позивао купац није могла бити предвидљива за продавца у време закључења уговора.

38 Видети више код D. Saidov, *нав. дело*, стр. 106.

трамо да је уз одређене напомене став немачких аутора прихватљив. Најпре треба имати на уму да се предвидљивост одређених врста штета односи само на објективно предвидљиве штете, односно на случајеве кад је продавац морао предвидети штету као могућу последицу повреде уговора. Према нашем мишљењу, одређивање конкретних случајева у којима је штета била предвидљива треба да олакша примену правила предвидљивости у пракси. Међутим, ради се само о помоћном критеријуму који може да помогне судијама при одмеравању накнаде штете и чија је примена оправдана само ако не води занемаривању околности конкретног случаја.

4. Околности које су од значаја за примену правила предвидљивости штете

Приликом процене да ли је за продавца који је повредио уговор штета била предвидљива потребно је узети у обзир одређене околности. Будући да је за процену предвидљивости меродаван став дужника мора се најпре узети у обзир његово знање. Друго, од значаја за примену теста предвидљивости може бити и кривица продавца.

а) Знање продавца

Према чл. 74 БК и чл. 266 ЗОО примена правила предвидљивости штете је директно повезана са знањем штетника, јер се предвидљивост цени спрам чињеница које су штетнику биле познате или морале бити познате у време закључења уговора. Видимо, дакле, да знање продавца који је повредио уговор може бити *стварно* (чињенице које су му биле познате) или *претпостављено* (чињенице које су му морале бити познате). Стварно знање продавца је значајно јер он може предвидети одређени резултат само ако има знање о релевантним чињеницама. Стварно знање је нарочито важно кад је конкретан губитак неуобичајен или неуобичајено висок.[39] С друге стране, претпостављено знање је оно знање које би разумно лице у истим околностима као продавац имало.

б) Кривица продавца

Иако БК, УПЦ, ПЕЦЛ и ЗОО садрже скоро идентична правила о предвидљивости штете, ипак између наведених прописа постоји једна значајна разлика. Према чл. 74 БК и чл. 7.4.4 УПЦ није од значаја да ли је продавац крив за повреду уговора, а у случају поступања са криви-

39 Видети више код D. Saidov, *нав. дело*, стр. 105.

цом, није од значаја степен кривице штетника. Стога ће чак и за губитак настао због преваре продавац одговарати само ако га је могао предвидети у време закључења уговора.

Наше право и ПЕЦЛ предвидљивост штете повезују са кривицом штетника и у одређеним случајевима проширују његову одговорност и на непредвидљиве штете. Правило предвидљивости се примењује само кад продавац поступа са обичном непажњом (*culpa levis*).[40] Насупрот томе, према чл. 266(2) ЗОО у случају преваре (*fraus*) или намерног неиспуњења (*dolus*), као и неиспуњења због крајње непажње (*culpa lata*), купац може од продавца захтевати накнаду целокупне штете која је настала због повреде уговора, без обзира што дужник није знао за посебне околности због којих је она настала.[41] Треба имати на уму да се претпоставља само обична кривица, док теже облике кривице оштећени мора доказати.

Према чл. 9:503 ПЕЦЛ накнада штете није ограничена на предвидљиве штете ако је повреда уговора извршена намерно или из грубе непажње. Решење српског права и оно које предвиђа ПЕЦЛ је, према нашем мишљењу, боље од правила из БК. Наиме, ако би се продавац могао позивати на ограничење накнаде штете и кад штету узрокује намерно или из крајње непажње, он би тиме био стављен у неоправдано добар положај. Такође, на тај начин би његово *mala fidei* понашање уживало правну заштиту, што је супротно начелу савесности и поштења.

5. Тренутак у ком се наступање штете мора предвидети

Продавац одговара за оне штете које је предвидео или морао предвидети као могућу (или вероватну) последицу повреде уговора у тренутку закључења уговора.[42] Дакле, за предвидљивост штете је меродаван тренутак закључења уговора. Насупрот томе, продавац неће одговарати за губитке које није могао предвидети у време закључења уговора. Наведено решење је добро јер, као што смо видели у претходним разматрањима, стране управо у време закључења уговора имају могућност да се на разне начине заштите од одређених ризика.

40 Тако С. Перовић, Д. Стојановић (ур.), *нав. дело*, књига I, стр. 771; Борис Визнер, *Коментар Закона о облиīационим односима*, књига 2, Загреб, 1978, стр. 1085.

41 Чл. 266(2) ЗОО гласи: У случају преваре или намерног неиспуњења, као и неиспуњења због крајње непажње, поверилац има право захтевати од дужника накнаду целокупне штете која је настала због повреде уговора, без обзира на то што дужник није знао за посебне околности због којих су оне настале. У наведеној одредби постоји језичка грешка и уместо речи *оне* требало би да стоји *она*, јер се заменица односи на целокупну штету насталу због повреде уговора.

42 Видети чл. 74 БК; чл. 9:503 ПЕЦЛ; чл. 7.4.4 УПЦ; чл. 266(1) ЗОО.

Према релевантним одредбама одговорност продавца за штету се не проширује ако он по закључењу уговора стекне одређена знања. Дакле, правно нема значај ако продавац након закључења уговора сазна или постане свестан додатних ризика. То значи да предвидљивост губитака након закључења уговора нема значај, а односне штете чини ненакнадивим.

Док се наступање штете мора предвидети у време закључења уговора, дотле се у пракси предвидљивост штете увек процењује *ex post facto* тј. након што је услед повреде обавезе испоруке настала штета. Према томе, ретроактивно се испитује да ли је продавац у време закључења уговора могао предвидети губитак.

Sandra **FIŠER-ŠOBOT, PhD**
Junior Faculty Member at the Faculty of Law, University of Novi Sad

FORESEEABILITY OF LOSSES IN INTERNATIONAL AND DOMESTIC SALES LAW

Summary

This paper provides an analysis of damages and foreseeability of losses when the seller is in breach of his delivery obligation in international and domestic trade law. The analysis is based on relevant provisions of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, the Principles of European Contract Law, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and Serbian Law on Obligations, as well as relevant case law.

In international commercial law instruments and in national legal systems damages are calculated in accordance with two basic principles – principle of full compensation and foreseeability of losses suffered by the aggrieved party. The aggrieved party is entitled to full compensation of damages, but scope of damages is limited by the foreseeability rule to the loss which the party in breach foresaw or ought to have foreseen at the time of conclusion of the contract, in the light of the facts and matters of which he then knew or ought to have known, as a possible consequence of the breach of the contract.

The foreseeability test is widely used as a method of limiting damages in domestic legal systems and in international commercial instruments, because it has proved to be a suitable method that corresponds to the demands of com-

mercial world. Foreseeability rule in international instruments should not be confused with the common law contemplation rule.

Foreseeability rule is an effective method that enables risk allocation between parties in fair and reasonable manner. Both in international and domestic law, the foreseeability of losses is assessed in accordance with subjective and objective criteria. Relevant time for the assessment of foreseeability is the time of conclusion of a contract.

Key words: *breach of contract, damages, foreseeability rule.*

***Марко* ЈОВАНОВИЋ, LL.M.**
асистент Правног факултета Универзитета у Београду

ОСВРТ НА СТАБИЛИЗАЦИОНУ КЛАУЗУЛУ У ЗАКОНУ О ЈАВНО-ПРИВАТНОМ ПАРТНЕРСТВУ И КОНЦЕСИЈАМА*

Резиме

У овом раду аутор анализира стабилизациону клаузулу садржану у Закону о јавно-приватном партнерству и концесијама, посматрајући је у контексту упоредноправних искустава са тим инструментом заштите улагачких права. Посебна пажња је посвећена системској анализи механизама заштите страних улагача у српском праву и интеракцији између стабилизационих клаузула у Закону о страним улагањима и Закону о јавно-приватном партнерству и концесијама. Аутор закључује да је стабилизациона клаузула из Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама по свом садржају најближа клаузулама економске равнотеже и указује на потенцијалне проблеме до којих би могло да дође у њеној примени.

Кључне речи: *стабилизациона клаузула, клаузула замрзавања, клаузула економске равнотеже, заштита страних улагања, јавно-приватно партнерство.*

* Овај рад је израђен у оквиру рада на пројекту „*Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске уније – правни, економски, политички и социолошки аспект (2012)*“ на Правном факултету Универзитета у Београду.

I Увод

Подстицање страних улагања представља важан економски циљ земаља у развоју. Сматра се да страна улагања нарочито погодују повећању укупног привредног развоја, стопе запослености, модернизацији и опоравку привреде кроз усвајање и примену нових знања и технологија.[1] Како би се показале привлачним одредиштима за улагање, државе у развоју морају за почетак да улагачу понуде могућност да улаже у делатностима и областима у којима је могуће остварити добит која по својој висини разумно мотивише на улагање. Поред саме могућности да улажу у економски привлачним секторима, улагачи морају да уживају правну сигурност у односу на сам улагачки подухват. Правна сигурност обухвата постојање одређеног корпуса права која улагач ужива у вези са својим улагањем и правних третмана којима ће бити подвргнуто његово улагање, али и ефикасних механизама заштите уколико до повреде заједмчених улагачких права ипак дође.[2]

Без обзира на јаку жељу држава у развоју да привуку страна улагања, не треба заборавити да би улагачки подухват требало да буде двострано добитан али и двострано теретан посао: и улагач и држава морају да испуне одређене обавезе и претрпе одређена ограничења како би и једна и друга страна на крају посла профитирале. Као што су државама у развоју потребни улагачи, и улагачима су потребне државе-пријемнице улагања, јер без пласмана свог капитала улагачи не могу да зараде. Међутим, погрешна представа да страна улагања могу да реше све проблеме привреда у развоју, па да стога улагачи треба да буду неограничено привилегована страна у улагачком односу, некада подстичу државе да улагачима обећају више погодности него што објективно могу да испуне. Такви пропусти држава пријемница улагања доводе до презаштићености страног улагача и, у крајњем исходу, штете држави пријемници улагања. Зато је важно да међусобна права и обавезе улагача и државе пријемнице улагања стоје у складу.

Подстицање улагања и побољшање инвестиционог амбијента постављено је као приоритетан задатак и у стратегијама привредног развоја Републике Србије.[3] Како би остварила овај задатак и створи-

1 R. Doak Bishop, James Crawford, W. Michael Reisman, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, The Hague, 2005, стр. 7.

2 Karl-Heinz Boeckstiegel, „Arbitration of Foreign Investment Disputes: An Introduction", у: Albert Jan van den Berg (ed.), *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond – ICCA Congress Series*, The Hague/London/Boston, 2005, стр. 126.

3 Видети у том смислу нарочито Стратегију подстицања и развоја страних улагања (*Службени гласник РС*, бр. 22/2006) и Стратегију и политику развоја индустрије Републике Србије од 2011. до 2020. године (*Службени гласник РС*, бр. 55/2011).

ла повољан правни амбијент којим ће привући пре свега стране улагаче, наша држава закључује уговоре о заштити и подстицању страних директних улагања[4] и доноси унутрашње прописе којима се регулише материја улагања.[5] Овим изворима права држава се, између осталог, обавезује према страним улагачима да ће им јемчити слободу улагања,[6] да ће их на тржишту једнако третирати као и домаћа лица,[7] да њихова улагања неће незаконито експроприсати,[8] да ће им омогућити слободан трансфер добити остварене по основу улагања,[9] итд.

---

4 Закључно са 15. априлом 2012. године, Србија је потписала 48 двостраних уговора о заштити и подстицању страних директних улагања, и то са: Албанијом, Азербејџаном, Аустријом, Белгијско-луксембуршком економском унијом, Белорусијом, Босном и Херцеговином, Бугарском, Ганом, Грчком, Гвинејом, Данском, Египтом, Зимбабвеом, Израелом, Индијом, Индонезијом, Ираном, Италијом, Казахстаном, Кином, Кипром, Демократском Народном Републиком Корејом, Кувајтом, Либијом, Литванијом, Мађарском, БЈР Македонијом, Малтом, Немачком, Нигеријом, Пољском, Португалијом, Румунијом, Руском Федерацијом, Словачком, Словенијом, Турском, Уједињеним Краљевством Велике Британије и Северне Ирске, Украјином, Финском, Француском, Холандијом, Хрватском, Црном Гором, Чешком Републиком, Швајцарском, Шведском и Шпанијом.

5 Материја страних улагања је на општи начин уређена Законом о страним улагањима (*Службени лист СРЈ*, бр. 3/2002 и 5/2003). Прописи од значаја за материју страних улагања садржани су и у бројним посебним законима.

6 Чл. 7 Закона о страним улагањима.

7 Чл. 84 ст. 4 Устава Србије; чл. 8 Закона о страним улагањима.

8 Чл. 9 ст. 3 Закона о страним улагањима; чл. 4 Споразума између Социјалистичке Федеративне Републике Југославије и Савезне Републике Немачке о узајамној заштити и подстицању улагања, са протоколом (*Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 7/90); чл. 4 Споразума између Владе Савезне Републике Југославије и Народне Републике Кине о узајамном подстицају и заштити улагања (*Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 4/96); чл. 5 Споразума између Савезне Владе Савезне Републике Југославије и Владе Републике Индије о узајамном подстицању и заштити улагања (*Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 23/2004); чл. 6 Споразума између Србије и Црне Горе и Државе Кувајт о узајамном подстицању и заштити улагања (*Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 2/2005); чл. 5 Споразума између Републике Србије и Краљевине Данске о подстицању и узајамној заштити улагања (*Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 105/2009); чл. 6 Споразума између Републике Србије и Републике Португал о узајамном подстицању и заштити улагања (*Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 1/2010); чл. 6 Споразума између Владе Републике Србије и Владе Републике Азербејџан о подстицању и узајамној заштити улагања (*Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 8/2011).

9 Чл. 12 Закона о страним улагањима; чл. 5 Споразума између Социјалистичке Федеративне Републике Југославије и Савезне Републике Немачке о узајамној заштити и подстицању улагања, са протоколом; чл. 6 Споразума између Владе Савезне Републике Југославије и Народне Републике Кине о узајамном подстицају и заштити улагања; чл. 7 Споразума између Савезне Владе Савезне Републике Југославије и Владе Републике Индије о узајамном подстицању и заштити улагања;

Једно од специфичних јемстава које наша држава даје улагачима је и заштита од сужења стечених права дејством закона и прописа који ступе на снагу након што је страно улагање уписано у одговарајући регистар. Ова тзв. стабилизациона клаузула у општој форми је садржана у Уставу Србије,[10] а конкретизована у Закону о страним улагањима.[11] У том контексту, наша пажња ће се у овом раду зауставити на недавно усвојеном Закону о јавно-приватном партнерству и концесијама,[12] и то на одредбу његовог члана 52, у чијем рубруму стоји одредница да се ради о стабилизационој клаузули. Та одредбе, међутим, по свом садржају и значењу одудара од претходно наведених одредаба Устава и Закона о страним улагањима. Како се судска пракса још увек није изјаснила о домашају и значењу наведене одредбе, настојаћемо да је протумачимо тако што ћемо најпре направити један кратак општи осврт на стабилизационе клаузуле у упоредном праву, затим покушати да утврдимо да ли члан 52 Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама има одлике „типичне" стабилизационе клаузуле, какав је смисао ове одредбе и, коначно, покушаћемо да оценимо сврсисходност овакве одредбе у светлу основне хипотезе да правила којима се регулишу улагања треба да буду постављена тако да омогућавају да међусобна права и обавезе улагача и државе пријемнице улагања стоје у складу.

II О стабилизационим клаузулама уопште

Стабилизационе клаузуле су се први пут појавиле међу институтима права страних улагања шездесетих година двадесетог века.[13] У првом тренутку, служиле су да заштите улагаче од опасности да држава пријемница улагања национализује предмет улагања након што је улагање остварено.[14] Међутим, током времена се поље примене ста-

чл. 7 Споразума између Србије и Црне Горе и Државе Кувајт о узајамном подстицању и заштити улагања; чл. 7 Споразума између Републике Србије и Краљевине Данске о подстицању и узајамној заштити улагања; чл. 8 Споразума између Републике Србије и Републике Португал о узајамном подстицању и заштити улагања; чл. 7 Споразума између Владе Републике Србије и Владе Републике Азербејџан о подстицању и узајамној заштити улагања.

10 Чл. 84 ст. 3 Устава Србије.

11 Чл. 9 ст. 2 Закона о страним улагањима.

12 *Службени ɩласник РС*, бр. 88/2011.

13 Thomas Waelde, *Stabilizing International Investment Commitments: International Law versus Contract Interpretation*, Dundee, 1994, стр. 1–3.

14 Дејство стабилизационе клаузуле као механизме одбране од национализације предмета улагања било је испитивано у познатим споровима поводом национализације либијских нафтних извора: *Texaco Overseas Petroleum Company v.*

билизационих клаузула проширило, тако да се оне данас користе како би отклониле читав низ некомерцијалних ризика којима су дугорочна страна улагања изложена. Уколико стабилизациона клаузула не садржи никаква ограничења у погледу своје примене *ratione materiae*, она ће штитити улагача од смањења или губитка стечених права до којег би дошло ступањем на снагу нових прописа у било којој области која се тиче предмета улагања: спољнотрговинском пословању (нпр. увођење нових прописа у области увоза сировина које улагач користи, што за последицу има повећање набавне цене сировина и, последично, смањење добити улагача), јавним финансијама (нпр. увођење додатних пореских оптерећења), радном праву (нпр. увођење нових прописа о заштити на раду чија примена изискује додатне трошкове), заштити животне средине (нпр увођење нових еколошких стандарда чија је примена скопчана са додатним издацима), итд.

Имајући у виду мноштво појавних облика стабилизационих клаузула у савременом праву страних улагања, стабилизациона клаузула би, на најопштији начин, могла да се дефинише као одредба којом се стечена права страног улагача чине имуним на промене законодавства државе пријемнице улагања до којих би могло да дође након што је улагачки подухват отпочео, односно након што је улагање уписано у одговарајући регистар.

Зависно од конкретног начина на који се улагач чини имуним на накнадне промене законодавства, могуће је разликовати неколико типова стабилизационих клаузула.

„Класичан" тип стабилизационих клаузула су тзв. „клаузуле замрзавања". Путем оваквих клаузула предвиђа се да ће се на улагање примењивати право државе пријемнице улагања, и то онакво какво је било у тренутку отпочињања улагачког подухвата. Другим речима, право државе пријемнице улагања се „замрзава" у стању у ком је било у тренутку отпочињања улагачког подухвата, тако да се било каква његова накнадна промена која би водила сужењу или гашењу улагачких права не примењује на улагача и његово улагање без улагачеве изричите сагласности. Пример за клаузулу замрзавања је члан 16 став 2 Уговора о концесији између Либијско-америчке нафтне компаније (*Libyan American Oil Company* – LIAMCO) и Либије, који гласи: „*На овај Уговор о концесији ће се, све време његовог важења, примењивати Закон о нафти*

Government of the Libyan Arab Republic (одлука од 19. јануара 1977. године, објављена у: *Journal du droit International*, 104/1977, стр. 350–389), *British Petroleum Exploration Company Ltd v. Government of the Libyan Arab Republic* (одлука од 10. октобра 1973. године, објављена у: *International Law Review*, бр. 52/1979, стр. 298–377) и *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic* (одлука од 12. априла 1977. године, објављена у: *Revue d'arbitrage* 1980, стр. 132–191).

и други меродавни прописи који су били на снази на дан [...]. Измене или укидање ових прописа неће утицати на права која је Компанија овим Уговором стекла без њеног изричитог пристанка."[15]

Други појавни облик стабилизационих клаузула су тзв. „компензационе клаузуле". Компензационим клаузулама се предвиђа да ће држава обештетити улагача у вредности за коју су његова улагачка права умањена накнадним променама права државе пријемнице. Економски ефекат клаузула замрзавања и компензационих клаузула је, под непромењеним тржишним условима, исти – улагач на крају свог пословног подухвата излази са оноликим профитом колики би остварио да до промена права државе пријемнице улагања није дошло. Међутим, начин на који се долази до тог економског резултата је различит – код клаузула замрзавања накнадне промене права немају дејство на улагача, тако да он током целокупног трајања улагачког подухвата послује под непромењеним правним условима. С друге стране, у случају компензационих клаузула на улагача се примењује право државе пријемнице улагања какво је заиста на снази у сваком конкретном тренутку, али држава надокнађује улагачу штету коју је претрпео сужењем или губитком својих улагачких права услед примене накнадно промењених прописа. Пример компензационе клаузуле може се наћи у члану 26 став 2 оманског Модел-уговора о истраживању и подели производње из 2002. године, који гласи: „*У случају да било која одредба закона или других државних прописа постане несагласна са одредбама овог Уговора, Влада Омана ће предузети потребне кораке да надокнади Компанији сваки губитак проистекао из настале несагласности [...]*".[16]

Трећи начин испољавања стабилизационих клаузула су тзв. „клаузуле економске равнотеже". Оправданост клаузула економске равнотеже заснива се на полазној претпоставци да је један од фактора који одређују исплатљивост улагања правни оквир који је на снази у држави пријемници улагања. Иако је сама могућност промене права предвидљива, тачан садржај промене најчешће није, па улагач може да процењује ризик и исплатљивост улагања само у контексту правног оквира какав је на снази у тренутку када се процена ризика обавља. На основу такве процене ризика улагач дефинише обим и модалитете свог улагања, тако да на почетку улагачког подухвата улагачеве пројектоване обавезе и његова очекивања од државе пријемнице улагања стоје у одређеном складу. Ако би се тај склад пореметио накнадним променама права државе пријемнице које би ишле у правцу сужавања или гашења улагачевих права, клаузула економске равнотеже обавезује улагача и

15 Наведено према тексту одлуке доступном на адреси: *http://www.trans-lex.org/261400.*

16 Наведено према: R. D. Bishop, J. Crawford, W. M. Reisman, *нав. дело*, стр. 291.

државу да ступе у преговоре како би повратили почетни склад обавеза и очекивања. Клаузула економске равнотеже садржана је у члану 34 став 12 катарског Модел-уговора о истраживању и подели производње из 1994. године и гласи: „*Ако услед накнадног ступања на снагу закона и других прописа економски положај Компаније буде погоршан у односу на оно што је Компанија могла разумно да очекује на основу закона и прописа који су били на снази на дан [...], а нарочито ако царине пређу [...] процената, обе стране ће приступити преговорима у доброј вери у циљу проналажења правичног решења којим ће се очувати економска равнотежа овог Уговора.*“[17]

Коначно, још један облик стабилизационих клаузула су и тзв. „клаузуле поновног преговарања“ или „адаптационе клаузуле“. Као и клаузуле економске равнотеже, и адаптационе клаузуле обавезују улагача и државу да приступе преговорима у циљу редефинисања међусобних обавеза у случају накнадне промене права државе пријемнице улагања. Међутим, за разлику од клаузула економске равнотеже, које дефинишу жељени резултат преговора – поновно успостављање почетног склада улагачевих обавеза и очекивања од државе, адаптационе клаузуле остављају шири простор улагачу и држави да редефинишу свој однос у светлу свих околности које су се измениле током трајања улагачког подухвата. Адаптациона клаузула садржана је у члану 9 Додатног споразума између Владе Кувајта и Америчке независне нафтне компаније (*American Independent Oil Company* – AMINOIL) из 1961. године и гласи: „*Уколико се услед измене услова ове или неке касније одобрене Концесије дође до побољшања положаја државе, Компанија и Влада ће ступити у преговоре како би утврдили да ли би, у светлу свих релевантних околности и имајући у виду плаћања која Компанија оствари до тог тренутка, било правично изменити овај Споразум.*“[18]

Ако би се општа заступљеност стабилизационих клаузула кроз време шематски приказивала, дијаграм би имао приближно синусоидални облик. Након почетног продора међу институте инвестиционог права, употреба стабилизационих клаузула је опала у другој половини седамдесетих година двадесетог века. Разлог за ово, како ће се касније показати – привремено, затишје била је појачана активност Уједињених нација на реафирмисању суверенитета држава над природним богатствима.[19] Изражена су мишљења да принцип суверенитета

17 Наведено према: Klaus Peter Berger, „Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators“, *Vanderbilt Journal of International Law*, бр. 36/2003, стр. 1360.

18 Наведено према: Piero Bernardini, „Stabilization and Adaptation in Oil and Gas Investments“, *Journal of World Energy Law & Business*, бр. 1/2008, стр. 111.

19 Charter of Economic Rights and Duties of States, approved by UN General Assembly Resolution No. 3281 (XXIX) of 12 December 1974, UN General Assembly Resolutions

над природним богатствима представља *ius cogens* и да државе не могу да се одрекну својих права на природним богатствима или их ограниче, тако да би стабилизационе клаузуле, барем у односу на улагања у сектор енергетике практично требало да буду лишене правног дејства.[20] Међутим, већ крајем седамдесетих година арбитражна пракса је стала на становиште да гарантовање улагачу одређених права стабилизационом клаузулом не представља ограничење суверенитета већ, напротив, коришћење овлашћења која из суверенитета проистичу.[21] Зато се у последњих двадесетак година стабилизационе клаузуле враћају на инвестициону сцену, и то у већем броју модалитета него што је то био случај приликом њиховог првобитног појављивања.

Недавно су обављена два велика истраживања чији је циљ био да се испита заступљеност стабилизационих клаузула у модерним инвестиционим уговорима и законима, а нарочито њихов утицај на одрживи развој[22] и људска права.[23] Истраживања су утврдила да постоји разлика у формулисању стабилизационих клаузула у правима држава чланица Организације за економску сарадњу и развој (OECD) и правима држава које то нису. Док државе чланице OECD по правилу ограничавају материјално поље примене стабилизационих клаузула, државе које нису чланице OECD, у жељи да се учине што привлачнијим за стране улагаче, углавном шире формулишу поље примене стабилизационих клаузула.[24]

Колико год са практичне тачке гледишта стабилизационе клаузуле биле успешан механизам за привлачење страних улагача, у теорији

No. 1803 (XVII) of 14 December 1962 and No. 3171 (XXVIII) of 17 December 1973 affirming the permanent sovereignty of each State over its national resources.

20 T. Waelde, *нав. дело*, стр. 35, даљим упућивањима, P. Bernardini, *нав. чланак*, стр. 101, са даљим упућивањима.

21 Видети одлуку у случају *Texaco v. Libya*.

22 Овај извештај је представљен на Глобалном форуму о страним улагањима одржаног у организацији Организацији за економску сарадњу и развој (OECD), који је одржан у Паризу 27. и 28. марта 2008. године. Видети: Lorenzo Cotula, *Regulatory Takings, Stabilization Clauses and Sustainable Development*, доступно на адреси: *http://www.oecd.org/dataoecd/45/8/40311122.pdf*.

23 Овај извештај је саставила Андреа Шемберг, правни саветник специјалног представника генералног секретара Уједињених нација за пословна питања и људска права, у оквируистраживачког пројекта који су заједнички извели Међународна финансијска корпорација (IFC) и Уједињене нације 2008. године. Видети: Andrea Shemberg, *Stabilization Clauses and Human Rights – a research project conducted for IFC and the United Nations Special Representative to the Secretary General on Business and Human Rights*, доступно на адреси: *http://www.ifc.org/ifcext/enviro.nsf/AttachmentsByTitle/p_StabilizationClausesandHumanRights/$FILE/Stabilization+Paper.pdf*.

24 A. Shemberg, *нав. дело*, параграфи 115–116.

су њихова делотворност и сврсисходност често довођене у питање.[25] Па ипак, стабилизационе клаузуле се и даље укључују у текстове инвестиционих закона и уговора. Најновији пример у српском праву је Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама.

III Стабилизациона клаузула у Закону о јавно-приватном партнерству и концесијама

У настојању да створи правне претпоставке за ефикасно извођење крупних инфраструктурних пројеката повезивањем приватног и јавног сектора наша земља је крајем 2011. године донела Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама (у даљем тексту: ЗЈППК).[26] Тим Законом се уређују услови и начин израде, предлагања и одобравања пројеката јавно-приватног партнерства, одређују субјекти надлежни, односно овлашћени за предлагање и реализацију пројеката јавно-приватног партнерства, права и обавезе јавних и приватних партнера, облик и садржина уговора о јавно-приватном партнерству са или без елемената концесије и правна заштита у поступцима доделе јавних уговора, услови и начин давања концесије, предмет концесије, субјекти надлежни, односно овлашћени за поступак давања концесије, престанак концесије, заштита права учесника у поступцима доделе јавних уговора, оснивање, положај и надлежност Комисије за јавно приватно партнерство, као и друга питања од значаја за јавно-приватно партнерство, са или без елемената концесије, односно за концесију.[27] Ступањем на снагу Закона престао је да важи ранији Закон о концесијама из 2003. године.[28]

Члан 52 Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама насловљен је као „Стабилизациона клаузула“ и гласи:

„*У случају промене прописа након закључења јавног уговора које погоршавају положај приватног или јавног партнера, уговор се може изменити без ограничења, а у обиму који је неопходан да се приватни, односно јавни партнер доведе у положај у коме је био у моменту закључења јавног уговора.*“

Премда се по својој садржини не уклапа идеално ни у један од напред издвојених типова стабилизационих клаузула, члан 52 је својим

25 Видети уместо свих: M. Sornarajah, *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, 2000, стр. 49–51.

26 *Службени гласник РС*, бр. 88/2011.

27 Чл. 1 ЗЈППК.

28 Чл. 77 ЗЈППК.

језиком најближи клаузулама економске равнотеже. У том смислу, може се оценити да рубрум члана 52 није најсрећније одабран. Премда сматрамо да са теоретске тачке гледишта појам стабилизационе клаузуле обухвата (и) клаузуле економске равнотеже, са практичне тачке гледишта, по нашем уверењу, означење члана 52 ЗЈППК као стабилизационе клаузуле може да делује збуњујуће. Наиме, верујемо да је у свести наших правника-практичара семантичко поље термина „*стабилизациона клаузула*" одређено и обликовано већинским ставом српске правне доктрине која стабилизационе клаузуле изједначава са клаузулама замрзавања,[29] као и чињеницом да Закон о страним улагањима садржи стабилизациону клаузулу која је у облику клаузуле замрзавања. У том контексту, плашимо се да би рубрум члана 52 могао да утиче на погрешно тумачење суштине ове одредбе.

Важан елемент сваке клаузуле економске стабилности је дефиниција материјалног услова за њену примену. Наш законодавац се одлучио да примену члана 52 ЗЈППК подреди испуњењу једног општег чињеничног услова (накнадна промена било ког прописа на снази у Републици Србији) који производи одговарајућу последицу (погоршање положаја приватног или јавног партнера). За разлику од уобичајеног приступа при формулисању клаузула економске равнотеже, где се штити само приватни учесник у улагачком подухвату, треба похвалити приступ нашег законодавца који је предвидео да накнадна промена прописа може да наруши права и легитимне интересе не само приватног већ и јавног партнера чиме је, бар на први поглед, избегао да фаворизује приватног партнера у улагачком односу.

С друге стране, треба приметити да је материјални услов за примену члана 52 ЗЈППК прилично широко постављен, јер за отварање преговора захтева промену *било коī* прописа. У академским расправама се у последње време нарочито разматра (не)спојивост широко постављених стабилизационих клаузула са одређеним интересима државе, а нарочито њеним међународном обавезом да омогући одржив развој и штити људска права, међу којима је и право на живот у здравој средини.[30] У

29 Тако, нпр.: Александар Ћирић, Предраг Цветковић, „Стабилизациона клаузула у државним инвестиционим споразумима као инструмент заштите страних инвеститора", *Право и привреда*, бр. 5–8/2005, стр. 717; Маја Станивуковић, „Кишобран клаузула у билатералним инвестиционим споразумима (БИТ)", у: Маја Костић-Мандић (ур.), *Међународно приватно право и заштита страних инвеститора*, Подгорица, 2008, стр. 35; Тибор Варади, Бернадет Бордаш, Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Међународно приватно право*, 14. издање, Београд, 2012, стр. 474. За шире тумачење домашаја појма стабилизационе клаузуле видети: Владимир Стојиљковић, *Међународно привредно право*, Београд 2003, стр. 122.

30 Jorge Daniel Taillant, Jonathan Bonnitcha, „International Investment Law and Human Rights", у: Marie-Claire Cordonier Segger *et al.* (eds.), *Sustainable Development in World*

том смислу истакнуто је да би промене прописа у одређеним областима као што су социјална политика, безбедност на раду или заштита животне средине требало да буду ван домашаја стабилизационе клаузуле.[31]

Коначно, последње опажање у вези са текстом члана 52 ЗЈППК односи се на дефинисање циља измена јавног уговора – довођење приватног или јавног партнера у положај у коме је био *у моменту закључења* јавног уговора. Ова формулација, по нашем мишљењу, оставља простор за побољшање. Наиме, у моменту закључења јавног уговора улагачки подухват је био у својеврсној „нултој тачки" у којој ниједна страна још није остварила било какву корист од самог подухвата. Довођење приватног или јавног партнера у положај у коме је био у моменту закључења јавног уговора налагало би, плашимо се, својеврсно „враћање у пређашње стање" у односу на улагачи подухват, тако да би приватни или јавни партнер требало да врати све што је по основу јавног уговора примио и да буде обештећен за сва улагања и друга давања која је испуњавајући јавни уговор учинио. Овакав исход се, без сваке сумње, не може сматрати ни применљивим ни ефикасним, а разумно би било претпоставити да није ни био намера законодавца. Зато верујемо да би било пожељније да је, уместо захтева за довођењем приватног или јавног партнера у положај у коме је био у моменту закључења уговора, било примереније да је наш законодавац као циљ преговора поставио поновно успостављање првобитног економског склада међу странама-уговорницама или пак, преуређење уговорног односа на начин који би омогућио да, упркос примени нових прописа, обе стране постигну економске циљеве које су разумно могле да очекују под условима који су били на снази у тренутку закључења уговора.

IV Делотворност стабилизационе клаузуле у Закону о јавно-приватном партнерству и концесијама

У међународно-привредноправним односима одредбе које се тичу заштите улагача треба да испуне два основна циља. Из перспективе улагача ове одредбе треба да смање ризике којима је улагање изложено, нарочито када се ради о дугорочном улагању велике вредности са асиметричним распоредом фаза улагања и фаза остваривања добити, какви су инфраструктурни пројекти који ће се изводити у форми јавно-приватних партнерстава. Из перспективе државе, одредбе о заштити улагача треба

Investment Law, Kluwer Law International, 2011, стр. 57–80; Audley Sheppard, „Are Stabilization Clauses a Threat to Sustainable Development?" у: Marie-Claire Cordonier Segger *et al*. (eds.), *Sustainable Development in World Investment Law*, Kluwer Law International, 2011, стр. 333–350.

31 J. D. Taillant, J. Bonnitcha, *нав. дело*, стр. 78–80; A. Sheppard, *нав. дело*, стр. 348.

да буду постављене тако да се избегне презаштићеност страног улагача, јер презаштићеност улагача сужава поље радњи које држава сме да предузме према њему и његовом улагању што, у одговарајућем чињеничном склопу, може за последицу да има дискриминацију домаћих лица. Имајући у виду изложене циљеве, покушаћемо да оценимо сврсисходност и делотворност правног средства које учесницима у послу јавно-приватног партнерства ставља на располагање члан 52 ЗЈППК.

Прво питање које је од значаја за процену сврсисходности клаузуле економске равнотеже из Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама је однос клаузуле замрзавања садржане у Уставу и Закону о страним улагањима и члана 52 ЗЈППК. Циљ клаузула економске равнотеже је да заинтересоване стране у разумно кратком року преуреде свој правни однос на обострано задовољство, тако што ће одступити од неких елемената дотадашњег правног режима а, са друге стране, установити неке нове међусобне повољности.[32] При томе, обе стране имају унутрашњу мотивацију да дођу до брзог и одрживог компромиса: држава не жели да улагач у дужем периоду буде незадовољан и остварује мању добит у односу на првобитно пројектовану да се не би окренуо неком другом тржишту на коме може да лакше и брже да надокнади пословни и економски губитак. Са друге стране, и улагач жели да избегне дуге преговоре како не би гомилао губитке и, у крајњем исходу, био принуђен да чини нове временски и економски захтевне кораке – покреће поступак заштите права пред неким инвестиционим форумом и/или пресели своје улагање у неку другу државу. Временски и економски фактор су дакле, од примарне важности за мотивисање страна да буду конструктивне у преговорима о преуређењу међусобних односа. У том контексту, чини се да је, системски посматрано, члан 52 ЗЈППК ограниченог домета. Наиме, на преговарачки амбијент приватног и јавног партнера, поред економских фактора, утичу и клаузуле замрзавања садржане у члану 84 став 3 Устава и члану 9 став 2 Закона о страним улагањима. Клаузуле замрзавања штите улагача од ерозије његових улагачких права дејством нових прописа, чиме он губи мотив да конструктивно приступи преговорима. Све и ако преговори не донесу обострано жељени резултат улагач, због клаузуле замрзавања, остаје у дотадашњем правном режиму па није суочен са потенцијалним губитком као мотивационим фактором за брзо и ефикасно преуређење односа са државом.[33]

Системско тумачење од значаја је и за оцену делотворности материјалног услова за примену члана 52 ЗЈППК. Имајући у виду напред

32 M. Sornarajah, *нав. дело*, стр. 54.

33 За супротну аргументацију о клаузули замрзавања као поспешујућем фактору за преуређење модалитета правног односа између улагача и државе видети: А. Ћирић, П. Цветковић, *нав. чланак*, стр. 724.

наведене клаузуле замрзавања које постоје у српском праву, делује да клаузула економске равнотеже не додаје много у механизму заштите права приватног и јавног партнера. Наиме, услов за примену члана 52 ЗЈППК је ограничен само на погоршање положаја партнера који је условљен променом прописа, а не и неким другим околностима значајним за сектор у коме се пројекат јавно-приватног партнерства изводи. Пошто је питање дејства нових прописа у односу на улагача већ регулисано чланом 84 став 3 Устава Србије и чланом 9 став 2 Закона о страним улагањима, може се закључити да би клаузула економске равнотеже чија је примена била ограничена само на случај промене прописа, а не и других значајних околности, била излишна. Сврха клаузуле економске стабилности у ситуацији када право у коме је садржана познаје и клаузулу замрзавања требало би да буде очување правног односа јавног и приватног партнера динамичним за све време трајања јавно-приватног партнерства тако што би се тај однос учинио осетљивим и реактивним на *све* околности које утичу на економску равнотежу јавног и приватног партнера у датом сектору. Другим речима, клаузула економске равнотеже у праву које познаје и клаузулу замрзавања треба да буде ближа клаузули промењних околности да би учесницима јавно-приватног партнерства пружила додатну корист у односу на клаузулу замрзавања.

Коначно, члан 52 ЗЈППК пати од једне значајне мане која је инхерентна свим клаузулама економске стабилности. Наиме, под претпоставком да су клаузуле замрзавања садржане у Уставу и Закону о страним улагањима без дејства, поставља се питање шта се дешава у случају да преговори између јавног и приватног партнера не успеју. Дилема гласи: да ли члан 52 ЗЈППК обавезује на вођење преговора или на постизање одређеног резултата? Доктрина стоји на становишту да клаузуле економске равнотеже и адаптационе клаузуле обавезују само на вођење преговора у доброј вери.[34] Конкретно, то подразумева обавезу да се преговори воде у циљу отклањања економског несклада до којег је дошло ступањем на снагу тачно одређеног прописа, да се економски склад процењује у односу на одредбе постојећег уговора о јавно-приватном партнерству и претходне праксе међу партнерима, да се обе стране озбиљно труде да постигну компромис и показују заинтересованост и потребну флексибилност у поступку преговора, да свака страна учини доступним све информације од значаја за постизање компромиса, да не злоупотребљава евентуалне тренутне предности своје преговарачке позиције, итд.[35] Арбитражна пракса се експлицитно изјаснила да

34 P. Bernardini, *нав. чланак*, стр. 105–109 са даљим упућивањима.

35 Видети у том смислу K. P. Berger, *нав. чланак*, стр. 1365–1366 са даљим упућивањима.

арбитражно веће не може да „узурпира улогу представника државе или пословних људи“ тако што ће странама наметати решења и мењати уговор уместо њих.[36] Према томе, помињање обима измене уговора у члану 52 ЗЈППК треба схватити само као оквир и правац који се постављају уговорним странама у преговорима, а никако као овлашћење форуму за решавање спора да измени уговор тако што ће обавезати стране на давања која по његовом схватању одражавају поновно успостављање економске равнотеже. Члан 52 ЗЈППК, дакле, не обавезује партнере да нађу одређено решење већ само да приступе преговорима и воде преговоре на одређени начин. У ситуацији када је мотивација приватног партнера да води брзе и ефикасне преговоре умањена дејством клаузуле замрзавања, поставља се питање да ли клаузула економске равнотеже која обавезује само на вођење преговора у доброј вери, без икаквог временског ограничења и предвиђања последица неуспеха да се дође до решења, заиста равноправно штити интересе приватног и јавног партнера у улагачком подухвату.

V Закључак

Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама је још један израз системског настојања наше државе да правни амбијент у Србији учини примамљивијим за стране улагаче. У том смислу, законодавац се одлучио да у Закон укључи клаузулу економске равнотеже, којом овлашћује приватног и јавног партнера да измене уговор у обиму којим се поново успоставља склад њихових међусобних права и обавеза, уколико би након закључења јавног уговора у Србији ступио на снагу неки пропис којим се положај неког од партнера погоршава. Сама клаузула економске равнотеже садржи извесне похвале вредне елементе, као што је једнак третман приватног и јавног партнера у погледу права на активирање механизма преуређења уговорног односа, али и неке техничке мањкавости, као што је упутство да се јавни уговор може преуредити у обиму који је неопходан да се приватни, односно јавни партнер доведе у положај у коме је био *у моменту закључења* јавног уговора. Међутим, највећа потешкоћа везана за клаузулу економске равнотеже садржану у ЗЈППК проистиче из чињенице да је њена применљивост и ефикасност условљена и ограничена дејством клаузула замрзавања садржаним у Уставу и Закону о страним улагањима. Двоструко заштићен клаузулом замрзавања с једне и клаузулом економске равнотеже с друге стране, страни улагач-приватни партнер вероватно неће бити довољно

36 Одлука од 4. маја 1999. године у *ad hoc* арбитражи вођеној по UNCITRAL арбитражним правилима, објављена у: *Yearbook of Commercial Arbitration*, бр. 25/2000, стр. 61.

заинтересован да конструктивно приступи преговорима са јавним партнером и значајно допринесе редефинисању свог правног односа са њим. Зато сматрамо да је наш законодавац требало да пође опрезнијим путем који би допринео бољој заштити интереса државе али истовремено и јачем мотивисању улагача да буде конструктивни сауговорник. Тај пут би, према нашем виђењу, подразумевао одустајање од истовременог присуства клаузуле замрзавања и клаузуле економске равнотеже као законских принципа и давање предности исправно састављеној клаузули економске равнотеже или чак неком општем принципу заштите од дискриминаторског и вексаторског поступања државе пријемнице улагања, као што је клаузула правичног и равноправног третмана (енгл. *fair and equitable treatment*). У сваком случају, верујемо да ће о овом питању моћи аргументованије да се дискутује када се буде видело како се одредба члана 52 ЗЈППК спроводи у пракси и како ће је форуми за решавање инвестиционих спорова тумачити.

Marko JOVANOVIĆ, LL.M.
Junior Faculty Member at the Faculty of Law University of Belgrade

AN OVERVIEW OF THE STABILIZATION CLAUSE CONTAINED IN THE LAW ON PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP AND CONCESSIONS

Summary

In the present paper the author analyzes the stabilization clause contained in the Law on Public-Private Partnership and Concessions. This clause is examined in the light of comparative experiences related to that instrument of protection of investors' rights. A special attention is given to the holistic analysis of the protection mechanisms of investors' rights in Serbian law and the interaction between stabilization clauses contained in the Law on Foreign Investments and the Law on Public-Private Partnership and Concessions. The author concludes that the stabilization clause contained in the Law on Public-Private Partnership and Concessions is the most akin to the economic equilibrium clauses and puts forward potential problems that might arise with respect to the application of the said provision.

Key words: *stabilization clause, freezing clause, economic equilbrium clause, protection of foreign investments, public-private partnership.*

***Ивана* Б. ЉУТИЋ**
стручни сарадник Београдске банкарске академије, Универзитет Унион, Београд

МЕКО ПРАВО У ФУНКЦИЈИ КОНТРОЛЕ ТРАНСНАЦИОНАЛНИХ КОМПАНИЈА

Резиме

У овом раду се анализирају транснационалне компаније (ТНК) као моћна правна и организациона форма пословања и меко право у функцији њихове контроле. У појединим ситуацијама се чини да ТНК имају више права, него обавеза. Национална контрола ТНК је најнепосредније и као таква је ефективна. Но, захваљујући својој правној природи и особинама, ТНК успешно избегавају националне регулативе домицилне земље и земље домаћина. Са друге стране, међународна контрола се одређује као сувише широка, те се може десити да на крају и не постоји. Међутим, због значаја ТНК у светској привреди, без обзира на ниво трендова глобализације, неопходно је уредити ово питање на наднационалном нивоу, иако су та правила препоручујућег карактера. Аутор закључује да је регулисање понашања ТНК нормама меког права значајно, с обзиром да та област није нормирана на потпун начин.

Кључне речи: *меко право, контрола, транснационалне компаније, кодекси, ефективност.*

I Режим контроле транснационалних компанија на међународном нивоу

На почетку 21. века транснационалне компаније (ТНК) постају веома моћна правна и организациона форма пословања. У појединим ситуацијама се чини да имају више права, него обавеза.[1] Захваљујући својој правној природи и особинама успешно избегавају националне регулативе домицилне земље и земље домаћина.[2] Најчешће послују у земљама чији правни системи имају минималне стандарде или их уопште немају, док је основни мотив пословања максимизација профита. Један од најзначајнијих аспеката њихове правне контроле, данас, је у креирању обавезних међународних инструмената који би зауздале моћне ТНК. Таква правна и пословна пракса отвара значајна питања ефикасне међународне контроле ТНК и међународних извора права универзалног карактера.

Национална контрола ТНК је најнепосреднија и она је ефективна. Са друге стране, међународна контрола се у литератури одређује, у појединим ситуацијама, као сувише широка, те се може десити да на крају и не постоји.[3] Многа питања ове контроле одређена су као контроверзна, због природе кодекса, декларација и других докумената, чија је правна снага препоручујућа.[4] Обавезна правила и контрола на наднационалном нивоу не постоји као таква. Међутим, због значаја ТНК у светској привреди, као и њихових различитих аспеката пословања неопходно је уредити ово питање на наднационалном нивоу, чак, иако су та правила препоручујућег карактера.[5]

Чињеница да се ТНК не уклапају у традиционални правни систем, довела је до креирања посебне регулативе у оквиру међународних

1 J. C. Arias, Kate Patterson, „Relationships Between Corporate Social Responsabilities' Promotion and Corporate Performance in the Multinational Corporations", *Business Intelligence Journal*, Vol. 2 No. 1, 2009, стр. 95.

2 Ивана Б. Љутић, „Опорезивање трансакција мултинационалних компанија по трансферним ценама", *Правни живот*, бр. 11/2010, стр. 204–207.

3 Cynthia Day Wallace, *Legal Control of Multinational Enterprise*, Hague, 1983, стр. 295.

4 Дефиниција кодекса понашања као правног инструмента уследила је касније. Одређен је као скуп принципа и правила (норми) које усвајају државе чланице одређене међународне организације. Њихов основни циљ је успостављање стандарда и ограничења понашања међународних актера. Више види: A. A. Fatouros, „On the Implemntation of International Codes of Conduct: An Analysis of Future Experience", *The American University Law Review*, Vol. 30:941, стр. 943.

5 У САД је предложена и примена ISO стандарда за пословање на глобалном нивоу од стране непрофитне организације која представља више од 400 америчких мултинационалних компанија. Вид. Ray August**,** *International Business Law,* 4th edition, New Jersey, 2004, стр. 207–208.

организација. Субјект међународних економских односа промењен је у процесу глобализације. Централно место државе као субјекта замењено је транснационалним компанијама. Такве мреже пословања, на глобалном нивоу, су изван „регулаторних потенцијала" појединих држава.[6] Отуда се закључује да су ТНК, чак, без контроле.[7]

II Међународни извори права о транснационалним компанијама

Транснационалне компаније предмет су интересовања УН још од 1948. године, те се таква међународна контрола ТНК у литератури оцењује као најшира.[8] *Економски и социјални савет УН* основао је *Центар за транснационалне компаније* и *Комисију за транснационалне компаније*, која је усвојила *Кодекс понашања транснационалних компанија*.[9]

Постоје две основне позиције, односно приступа који се односе на питање правних аспеката и правне природе ових кодекса понашања. Прва позиција је максимална позиција, те је кодекс максимално обавезан инструмент, док је друга позиција минимална, односно кодекс није правно обавезан акт и примена је добровољна.[10] *Кодекс УН* и *Смернице за мултинационалне компаније OECD* су препоручујућег карактера, при чему централно место заузима само ТНК као једна врста пословног ентитета.[11] То је уједно и основни разлог њиховог ограничавајућег дејства

6 Вид. Емилија Вукадин, *Економска политика*, Београд, 2003, стр. 258.

7 Janet Dine, *The Governance of Corporate Groups*, Cambridge, 2000, стр. 174–175.

8 Миодраг Сукијасовић, *Мултинационално предузеће – Правни аспекти*, Београд, 1981, стр. 151.

9 Commission on Transnational Corporations, *Report on the Special Session* (7–18 March and 9–21 May 1983) Official Records of the Economic and Social Council, 1983, Supplement No. 7 (E/1983/17/Rev. 1), Annex II. *The United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations (УН Кодекс понашања транснационалних компанија)*, Current Studies, Series A (New York: United Nations) United Nations publication sales No. E.86. II.A.15, (ST/CTC/SER.A/4), Annex I, доступно на адреси: *http://www.unctad.org/en/docs/iteiit20059a2_en.pdf*, 17.11.2011.

10 У литератури се још наводе и тзв. „зебра кодекси", који као инструменти садрже и правно обавезујућа и препоручујућа правила, вид. Cynthia Day Wallace, *нав. дело*, стр. 300–301.

11 За ове врсте кодекса није јасно дата одредница њихове правне природе. Имају за циљ да дефинишу стандарде и принципе, као смернице понашања, онима којима су намењени, попут ТНК. Они су регулаторни инструменти и регулаторни одговори на изазове процеса глобализације светске привреде. Њихова правна приода, односно правна снага је препоручујућег карактера, пре него обавезујућег. Вид. Helen Keller, *Corporate Codes of Conduct and Their Implemenatation: The Question of*

за контролу ТНК. У основи ових активности регулисања понашања и контроле ТНК и од стране УН, OECD, као и других организација, који је започет седамдесетих година 20. века, је уверење да ТНК због своје величине, имају огромну моћ да утичу на националне политике.[12]

1. УН Кодекс понашања транснационалних компанија

Кодекс понашања транснационалних компанија УН (у даљем тексту: *Кодекс*) као важно полазно начело одређује да су компаније независне од држава и да државе не могу бити одговорне за њихово понашање.[13] Тиме је јасно указано да су за било какве злоупотребе одговорне саме ТНК, односно њихове централе (компаније-мајке), као и филијале у држави домаћину. Поштујући националне прописе, регулативе и административне праксе, ТНК су дужне да поштују национални суверенитет земаља у којима обављају пословне операције. Такође, право је сваке државе да регулише и надгледа активности енитета ТНК, који се налазе на њиховој територији. У циљу транспарентности њихових односа, дужне су да остављају релевантне, потпуне, јасне финансијске и друге информације о свом пословању, структури, политикама, активностима и операцијама ТНК као целине.

У оквиру УН поред наведеног *Кодекса*, значај у регулисању транснационалних компанија има и *Повеља о економским правима и обавезама*, као и *Резолуција (3514) „Мере против корупције у пракси транснационалних компанија и других корпорација, њихових посредника и других учесника у њиховим пословима"*.[14] Поред наведених докумената, важна су и *UNCTAD правила понашања код трансфера технологије* и *УН Глобални споразум* (*Global Compact*).[15]

Legitimacy, доступно на адреси: *http://www.yale.edu/macmillan/Heken_Keller_Paper.pdf*, 23.1.2012, стр. 3.

12 Seymor J. Rubin, „Transnational Corporations and International Codes of Conduct: A study of the Relationship Between International Legal Cooperation and Economic Development, Symposium: Codes of Conduct for Transnational Coporations", *The American University Law Review*, Vol. 30:903, стр. 908. Као прилог својој тврдњи аутор наводи следеће податке. Годишњи приход од продаје компаније *General Motors* већи је од бруто националног производа већине држава. Седамдесетих година процењено је да ће у будућности око 300 до 400 ТНК контролисати 60 до 70% индустријске имовине света.

13 Александар Ћирић, *Међународно трговинско право – Општи део*, Ниш, 2010, стр. 478.

14 Доступно на адреси: *http://www.uncjin.org/Documents/Corruption.pdf*, 17.11.2011.

15 Поред тога, значај има и *UN Global Compact* (УН Светски/Глобални споразум), који представља друга-чију стратегију и побољшање глобалног корпоративног управљања, без „тврдог права" и без потребе за националном регулативом. Ова

2. OECD Смернице за мултинационалне компаније

Сличним аспектима пословања транснационалних компанија поред УН, бави се и OECD. Ова организација усвојила је *Смернице за мултинационалне компаније*, као и *Декларацију о међународним инвестицијама и мултинационалним компанијама*.[16] Мотиви регулативе пословања мултинационалних компанија (МНК)[17] у оквиру OECD били су следећи: 1. МНК имају значајну улогу у привредама земаља-чланица и међународним економским односима, и 2. облик су концентрације велике економске моћи, коју могу злоупотребити и тако доћи у сукоб са циљевима националне политике. С обзрром да се велики број матичних, али и филијалних друштава налази на територији земаља-чланица OECD, успостављање њихове регулативе, као и контроле представљало је императив. *OECD Смернице за мултинационалне компаније* (у даљем тексту: *Смернице*) чине препоруке влада адресиране мултинационалним предузећима, односно оне су препоручујуће правне снаге.[18] Занемаривање стандарда и начела понашања у циљу добијања предности, штети угледу ТНК, као и њеном „добром корпоративном држављанству". Сарадња власти земаља-чланица неопходна је у циљу јачања међународног правног и политичког оквира, како би се остварила контрола.

Важан аспект регулативе и контроле МНК у овим *Смерницама* посвећен је коруптивним праксама ових компанија. Корупција нано-

иницијатива потекла је од Генералног секретара УН Кофи Анана 1999. године. у оквиру Светског економског форима у Давосу, који је тада позвао бизнис лидере да се укључе у овај споразум, одредивши десет кључних принципа који се односе на људска права, права запослених, заштиту животне средине, антикорупционе мере, итд. Владе држава не играју значајну улогу у примени овог инструмента, већ корпорације и њихове активности. Информације о таквим акцијама објављују се на *Web* страни *UN GLobal Compact*, доступно на адреси: *http://www.unglobalcompact.org*, 4.3.2012.

16 Декларација о међународним инвестицијама и мултинационалним предузећима (*OECD Declaration and Decisions on International Investment and Multinational Enterprises):* DAFFE/IME(2000)20, стр. 6, II.1; National Treatment, Third Revised Decision of the Council, December 1991, *http://www.oecd.org/dataoecd/32/21/1954854.pdf,* 25.5.2011.

17 На овом месту неопходно је указати да се термини „мултинационална" и „транснационална" компанија често користе као синоними, иако је неопходно направити разлику између ова два концепта. Термин „мултинационална" користи OECD, док се термин „транснационална" више користи у документима УН. Суштинска разлика између ова два концепта одређена је према броју држава порекла капитала, односно када је капитал пореклом из једне земље у питању је транснационална компанија, док се за мултинационалну компанију везује порекло капитала из више земаља. Вид. А. Ћирић (2010), *нав. дело*, стр. 470–471.

18 OECD Смернице за мултинационалне компаније из 2011. године (даље у фуснотама: OECD Смернице 2011, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*).

си штету демократским институцијама у друштву, али утиче и на корпоративно управљање у оквиру МНК. Контролом МНК на овом пољу, зауздава се њихова моћ у тој сфери. Најзначајнији аспекти контроле МНК, према овим *Смерницама*, односе се на делове о конкуренцији и опорезивању. Ови аспкети пословања детаљно су регулисани националним законодавствима.

Примена претходно анализираних одредби *Смерница* је добровољна, и њихово кршење не повлачи за собом санкције.[19] Имплементација[20] процедура *Смерница*, дата је у овом акту, кроз примену у свакој појединачној земљи-чланици OECD, уз наглашавање значаја и за земље-нечланице, као и кроз механизме OECD као организације (активности различитих одбора OECD).[21] Ове *Смернице* представљају специфичне препоруке компанијама, где је прва обавеза поштовање домаћих прописа државе седишта ентитета МНК. Оне нису јаче правне снаге од домаћег законодавства и регулативе, већ су допунског карактера, у циљу подстицања МНК да саморегулишу различите аспекте свог пословања. Тиме се остварују значајна побољшања у разумевању и анализи операција МНК, а самим тим се више постиже на терену њихове правне контроле.

III Оцена карактера и ефективности примене кодекса понашања

Основна сврха ових кодекса понашања је у обезбеђивању и успостављању савршене националне контроле над транснационалном компанијом. Таква контрола треба да служи задовољењу националних и међународних интереса. *УН Кодекс понашања транснационалних компанија* и *OECD Смернице за мултинационалне компаније* оцењени

19 Сукијасовић баш у тим карактеристикама види основ њихове примене од стране МНК, јер су према његовим речима оне „благе, необавезне и несанкционисане", док Смернице представљају „скроман, али реалан, необавезан, али примењив нормативни акт за обуздавање мултинационалних предузећа". Вид. М. Сукијасовић, *нав. дело*, стр. 138.

20 Фатоурос сматра да термин „имплементација" није неопходно одредити, како би се сагледала ефективна примена кодекса и смерница понашања. Но, он то ипак чини на један општи начин, те одређује концепт имплементације као меру извршења правног инструмента (кодекса или смерница или др.). Када се овај термин користи у вези са кодексима или смерницама, обично, нема строг правни смисао, и није законска обавеза. Тако се односи на све акције које предузима држава у циљу реализације циљева кодекса, тј. примена стандарда који су садржани у њима. Поред термина „имплементација", предложен је и термин „праћење", јер су неке државе пружале отпор употреби термину „имплементација", због његове конотације на законску обавезу. Вид. A. A. Fatouros, *нав. дело*, стр. 943.

21 OECD Смернице 2011, стр. 29–31.

су као алтернативни приступ увођењу дисциплине за мере које утичу на ток међународних инвестиција. Као механизам плуралистичког карактера и као мултилатерални процес, ови кодекси остварују равнотежу између економских, политичких, етичких, социјалних и других аспеката регулативе страних инвестиција, између великих и малих земаља, развијених и земаља у развоју.[22]

Основна предност ових споразума за ТНК је у стварању извесности, као и правне сигурности какав ће бити њихов третман везан за међународно пословање, јер су овим кодексима одређене и обавезе државе. Уколико се ТНК придржавају принципа и стандарда ових кодекса, избегавају се спорови. Основни недостатак је њихова препоручујућа правна снага, а имплементација је добровољна. Кодекси и смернице су релативно ефикасни, као комплементарни правни механизам контроле ТНК националној контроли у регулисању различитих аспеката понашања ТНК (пореско-правних, радноправних, аспекта управљања, финансијског извештавања и др.). Правна форма инструмента не одређује нужно његову ефективност, али уједно зависи од сложене интеракције низа фактора, опет правне форме, материјалног садржаја, језика, формулација, институционалне и процедуралне машинерије за имплементацију, и др.[23]

Посматрано на глобалном нивоу, смернице и кодекси су значајни, јер су оне међународни извори права о ТНК универзалног карактера. Иако постоји низ недостатака овог правног механизма контроле ТНК, они су важни, уз напомену да је у будућности неопходно тражити друге алтенативне механизме контроле ТНК.[24]

У одсуству међународне обавезне регулативе ТНК, чини се да расте њихова моћ. Таква ситуација проузрокована је различитим дерегулацијама, али и манипулативним радњама ТНК и злоупотребама законодавства различитих држава, које су у могућности да користе. Такође, моћ ТНК повећава се посебно у земљама, где процес приватизације још увек траје. Зато би свакако требало креирати систем обавезујућих правних норми за контролу ТНК. Оправдане су, у одређеној мери, критике да је важећи правни оквир незадовољавајући. Постизање контроле ТНК је дуг и сложен процес, а спровођење ових докумената у националној регулативи је неопходан корак за регулисање транснационалних предузећа.[25]

22 Michael J. Trebilcock, Robert Howse, *The Regulation of International Trade*, 2nd edition, Routledge, London – New York, 1999, стр. 355.

23 A. A. Fatouros, *нав. дело*, стр. 947–949. Чак и правно обавезан инструмент не повлачи аутоматски за собом ефективну примену.

24 Вид. Janet Dine, *нав. дело*, стр. 174–175.

25 Хепле наводи следећи став: „Богати су принципима, а слаби у примени.“ Bob Hepple, „Social and Labor Rights in a Global Context: International and Comparative

IV Меко право као модел контроле транснационалних компанија

Након анализе различитих докумената, попут кодекса, смерница, и правила понашања неопходно је, још једном, оценити њихов значај, али сада у светлу правне контроле ТНК. Кодекси и смернице заједно чине меко право (енг. *soft law*). Њихова правна природа је другачија. Правно дејство им је ограничено, јер није директно, већ је препоручујућег карактера. Одређени су као међународни извори права о транснационалним компанијама универзалног карактера.[26] Сматра се да су ови кодекси и смернице произашли као резултат неуспеха мултилатералне дипломатије у постизању традиционалних споразума и у области међународног инвестирања, као и да су они били глас јавног мнења шездесетих, седамдесетих и осамдесетих година 20. века, како би се наметнуле одговорности ТНК према заједници.[27]

У оквиру опште процене меког права у ЕУ, указује се да државе деле ауторитет са међународним организацијама, са једне стране, као и са мултинационалним компанијама и представницима цивилног друштва, са друге стране.[28] На основу ове поделе, можемо закључити да су ТНК један од кључних фактора у креирању регулативе која теба да их контролише.[29] Колико је добро да онај ко је добио сагласност од друштва за пословање, не ради максимизације профита, него ради задовољења друштвених тј. јавних потреба сам себе регулише, није друго питање, већ прво. По аналогији и сви остали учесници у привреди би требало да добију исто право да сами себе регулишу, просто што државе не региструју компаније због интереса акционара, него да би могле да учествују на тржишту и ефикасно послујући задовоље тржишне или неке друге потребе купаца и грађана. У међувремену су ТНК успеле да

Perspectives", Cambridge Univeristy Press, доступно на адреси: *http://assets.cambridge.org/97805218/excerpt/9780521818810_excerpt.pdf*, 11.9.2011, стр. 4.

26 А. Ћирић, *нав. дело*, стр. 478.

27 Cynthia Day Wallace, *The Multinational Enterprise and Legal Control: Host State Sovereignty in an Era of Economic Globalization*, 2002, стр. 1094–1096.

28 Ulrika Mörth, „Soft Law nad new modes of EU Governance, Soft Law in Governance and Regulation-An Interdisciplinary Analysis", у: Ulrika Mörth-Edward Elgar (ed.), 2004, доступно на адреси: *http://www.mzes.uni-mannheim.de/projekte/typo3/site/fileadmin/research%20groups/6/Papers_Soft%20Mode/Moerth.pdf*, 29.11.2011, стр. 2.

29 Тако се у литератури наводи да ТНК отворено користе сваку прилику да политичко мишљење превлада у њихову корист. Иако су у позицији да, својим понашањем, утичу на прописе државе домаћина, суверена моћ, а самим тим и контрола и даље остаје унутар њених граница. Вид. Ransella Pereira, „Power Imbalances In Mediations Beetween Transantional Corporations and Host State", доступно на адреси: *http://pegasus.rutgers.edu/~rcrlj/articlespdf/pereira.pdf*, 9.2.2012, стр. 16.

свој интерес учине толико снажним и обезбеде могућност да саме себе контролишу, али опет остаје отворено питање ко контролише контролоре?

Инкорпорацијом стандарда међународних извора права понашања ТНК у унутрашње право норме меког права, постају норме тврдог права, и остварује се ефикасна и ефективна контрола ТНК. Закључно, дакле, ефикасност примене меког права у функцији правне контроле ТНК зависи од степена развијености механизма имплементације и снаге сопственог решења. Ако их ТНК поштују ови кодекси и смернице могу чинити добру трговачку праксу и постати општи трговачки обичај. Међутим, у процесу глобализације ТНК су успеле да обезбеде своја права и стекну велику економску моћ, те још увек нису постале прави обвезници, односно немају довољно обавеза које би се довеле у равнотежу са њиховим правима, како такве моћи не би злоупотребљавале. Питање које се тренутно намеће, на основу претходног је, да ли су ТНК без контроле. Како би се то спречило позитивне стране пословања треба да преовладају негативне, јер су користи доласка ТНК за економију држава не могу оспорити у контексту прилива свежег капитала, страних инвестиција, запошљавања, преноса развијених технологија, *know-how*, итд. Зато је посебно важно учинити ТНК одговорним за кршење међународних стандарда и националних правних система, наметањем обавезујућих норми понашања. Такве обавезујуће норме треба да буду усвојене на међународном нивоу, с обзиром да појединачне државе не могу да регулишу понашање ТНК које послују у више земаља.

V Закључак

Анализирани кодекси и смернице јесу солидан покушај успостављања равнотеже између права и обавеза ТНК. Њихово доношење је први корак напред, али им је примена добровољна, те недостају механизми ефективног спровођења, како би се постигла корпоративна усаглашеност. Остаје отворено питање механизма обезбеђења поштовања оваквих норми, као и санкција у случају неусаглашености са захтевима меког права.

Регулисање понашања ТНК нормама меког права је значајно с обзиром да та област није нормирана на потпун начин.[30] Степен обавезности различитх докумената у примењивању ових норми може се знатно разликовати. Меко право може претходити тврдом праву, уз особину флексибилности и праћења брзих промена у процесу глобализације. Посматрано са аспекта суверене државе, норме меког

30 А. Ћирић (2010), *нав. дело*, стр. 73.

права нису обавезне.[31] Но, средства масовних комуникација креирају свест у јавности о значају поштовања норми меког права, те се посредно може остварити и утицај на законодавца. Однос између тврдог и меког права у области правне контроле ТНК зависи у ширем контексту од међународне сарадње, моћи кључних учесника (мисли се на државе и на ТНК како између, тако и међусобно), степена сукоба између њих, као и воље за политичком и правном имлементацијом.[32]

Остају отворена следећа питања. Покушаји стварања тврдог права и хармонизације регулатива ТНК нису постигли успех, јер је њихово блокирање било ефикасно од стране пословних алијанси и развијених државних интереса. Регулаторна контрола активности ТНК појединих држава и ширење дејства националног права, такође, нису дали одговарајуће резултате, као ни *УН Кодекс* и *OECD Смернице*, као примери меког права. Може ли се онда прихватити став да су ТНК суштински без контроле, осим у теоријском аспекту, односно у бројној литератури где су пословање и активности ТНК централно питање.

***Ivana* B. LJUTIĆ, LL.M., MA**
PhD Candidate
Junior Faculty Member at the Faculty "Belgrade Banking Academy", Union University

SOFT LAW IN A ROLE OF CONTROL OF TRANSNATIONAL CORPORATIONS

Summary

In this paper the author examines transnational corporations (TNC) as a powerful legal and business organizational forms in the context of a soft law in a role of their legal control. Under the certain circumstances it seems that the TNCs have and grabbed more rights than obligations. The national regulatory control of TNCs is the most direct form of a control and in that manner

31 Larry Catá Backer, „Multinational Corporations, Transnational Law: The United Nation's Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations as Harbinger of Corporate Social Responsibility in International Law", *Column Hum. RTS. L. Rev.*, бр. 37/2005, стр. 70.

32 Gregory C. Shaffer-Mark A. Pollack, How Hard and Soft Law Interact In International Regulatory Governance: Alternatives, Complements and Antagonists, Society of Interational Economic Law, 2008, доступно на адреси: *http://ssrn.com/abstract=1156867*, 6.3.2012, стр. 54.

it is the most effective one. Thanks to their more than robust legal nature and qualities TNCs are very successful in avoiding the national regulation regime of the domicile and host country. Observed from a different perspective the international control is to broadly defined, also contributing to a conclusion that it does not exist at all.The importance and big influence of TNCs on international economy regardless of the level of globalization trends, it is necessary to regulate this area at the international level, although the rules and guidelines are not legally binding. The author concludes that the soft law approach to a regulation of TNCs is significant taking into account the fact that this area is not fully and thoroughly well regulated.

Key words: *"soft law", control, transnational corporations, codes of conduct, effectiveness.*

мр *Горан* РАКИЋ
судијски сарадник Привредног суда у Зрењанину

ТРАНСФЕР КАПИТАЛА У ОБЛАСТИ СТРАНИХ УЛАГАЊА – РИЗИЦИ И ПРАВНА ЗАШТИТА –

Резиме

Успостављањем обавезе земље домаћина да дозволи унос, конверзију и репатрицију капитала који се односи на инвестицију, омогућава се инвеститору да користи добит од свог улагања.

Уговори о страним улагањима без изузетка гарантују да ће држава домаћин омогућити слободан трансфер капитала који се уноси у земљу или износи из ње. Трансфер се односи на капитал који потиче од инвестиције или је у вези са њом, као што су: профит, дивиденде, камате итд. Уговори о страним улагањима често обезбеђују и право државе домаћина да ограничи трансфер капитала за време поремећаја на девизном тржишту или за време платнобилансних тешкоћа. Ове одредбе указују да слобода трансфера генерално не треба бити ограничена, али да су ограничења у извесним околностима неопходна.

Кључне речи: *страна улагања, трансфер капитала, трансферни ризици.*

I Увод

Улагање капитала у иностране државе подразумева изложеност великом броју ризика. Уз ризик, који прати сваки дугорочни послов-

ни однос, страна улагања су изложена и различитим врстама ризика, који произилазе из околности да се правни однос заснива ван оквира домаћег правног система и да у великој мери зависи од аката стране државе, као и од прилика које у њој владају.[1] За ефикасну правну заштиту страних улагања неопходно је размотрити којим врстама ризика су изложене инвестиције, односно инвеститори, а потом применити одговарајуће правне механизме у циљу отклањања ризика и њихових последица.

Према уобичајеној класификацији, ризици се деле на комерцијалне и некомерцијалне. У савременој пословној пракси се наведена подела све више замењује концептом ризика земље (*country risk*).

Према традиционалној подели на комерцијалне и некомерцијалне, сматра се да први произилазе из редовног пословања. Стога је могуће издвојити велики број ризика којима су изложени инвеститори приликом заснивања и реализације правних односа поводом својих улагања. Међу најзначајнијим се издваја ризик рентабилности улагања. У комерцијалне ризике се убраја и повреда уговора, као и ризик наплате потраживања.[2] У ову групу ризика спадају и валутни ризици, који се састоје у могућности промене курса валуте.

Последице које настају услед комерцијалних ризика су уобичајене за пословне односе и по правилу се избегавају уговарањем одговарајућих средстава обезбеђења и осигурањем.

Некомерцијални ризици се састоје у могућности промене правног положаја инвеститора, која је последица фактора некомерцијалног карактера.[3] У пракси се ови ризици остварују као промена стечених права и обавеза инвеститора без његове воље.[4]

Некомерцијални ризици се могу поделити у неколико категорија. Једна од првих класификација је настала у оквиру OECD-а.[5] Према овој класификацији некомерцијални ризици се деле у три категорије. У прву категорију спадају:

– национализација, експропријација, конфискација и друге мере, које се могу изједначити са национализацијом и конфискацијом;

1 Јелена Вилус, Славко Царић, Стеван Шогоров, Душанка Ђурђев, Драго Дивљак, *Међународно привредно право*, Нови Сад, 2008, стр. 3138.

2 Вид. James Carter, „Пословне процене у функцији страних улагања", у: Милорад Божић (уредник), *Страна улагања*, Ниш, 2001, стр. 134.

3 Вид. Thomas Walde, „Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty: An Overview of Selected Key Issues Based on Recent Litigation Experience", у: Norbert Horn (уредник), *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, The Hague, 2004, стр. 193.

4 Вид. Драго Дивљак, „Некомерцијални ризици и страна улагања", *Правни живот*, бр. 11/2003, стр. 397–413.

5 OECD, *Investing In Developing Countries*, Pariz, 1978, стр. 11.

– ратни ризици, који укључују револуцију, грађанске немире, устанак, побуне;
– трансферни ризици, којима се онемогућава управљање и располагање уложеним средствима.

Касније настале класификације се не разликују у значајној мери од класификације OECD-а. Националне институције за осигурање од ризика имају своје поделе, према којима се некомерцијални ризици претежно деле на ризике у вези са експропријацијом, ратом и трансфером добити. У ове ризике се увршатава и ризик од елементарних непогода.

За потребе овог рада ће се у наставку анализирати трансферни ризици, као питање од битног значаја у области међународноправне заштите страних инвестиција, али и као питање од значаја у погледу заштите права државе домаћина и очувања њеног суверенитета.

II Трансферни ризици

Трансферни ризици се односе на немогућност репатрицијe капитала страног улагача.[6] Ови ризици се остварују као последица мера државе домаћина којима се ограничава или забрањује трансфер капитала. Стога се трансферни ризици могу дефинисати као некомерцијални ризици настали као последица мера државе домаћина, којима се онемогућава или отежава слободан трансфер добити и ретрансфер уложених средстава.[7] Тим пре уколико се мере државе домаћина доносе на дискриминаторски, арбитраран или неправичан начин.

Према Сеулској конвенцији под ризиком трансфера валута подразумева се свако увођење рестрикција на трансфер валуте од стране владе домаћина изван земље домаћина у конвертибилну валуту или другу валуту прихватљиву за носиоца гаранције, што обухвата и нереаговање у разумном року, на захтев за такав трансфер.[8]

Уколико су такве мере усмерене против конкретног улагача, узимајући у обзир њихово трајање и интензитет, као и последице у погледу проузроковане штете, могуће је те мере оквалификовати и као индиректну експропријацију.

Трансферни ризици поред немогућности или ограничења преноса средстава подразумевају и ризике у вези са немогућношћу избора валуте трансфера, курса замене валута и временског трајања трансфера.

---

6 Вид. Радован Вукадиновић, *Међународно йословно йраво,* Крагујевац, 2005, стр. 320.

7 Д. Дивљак, *нав. чланак*, стр. 410.

8 Сеулска конвенција, чл. 11–1.

У међународним изворима инвестиционог права се као елемент слободе трансфера често захтева да трансфер буде извршен у конвертибилној валути. Овакви захтеви су карактеристични за билатералне споразуме о подстицању и заштити страних улагања.[9]

У предлогу MAI споразума је предвиђено да трансфер мора бити извршен у слободно трансферибилној валути.[10] Слична правила садрже Повеља о енергији[11] и NAFTA споразум.[12] Према Водичима Светске банке трансфер се врши у валути у којој је извршено улагање, уколико је она конвертибилна, у другој валути која се сматра конвертибилном према критеријумима Међународног монетарног фонда, или у валути коју је прихватио инвеститор.

Приликом замене валута по правилу се захтева исплата по тржишном курсу који важи на дан трансфера.[13] Поред тога се захтева и реализација трансфера без одлагања, тј. у што краћем року.[14] Сматра се да рок почиње да тече оног дана када је поднет захтев за одобрење трансфера и да истиче протеком рока који је уобичајен за извршење таквог трансфера у међународном финансијском промету.

III Заштита слободе трансфера у међународном инвестиционом праву

Ризици код страних улагања упућују на потребу постојања одговарајућих правних средства и механизама којима се сваки од ризика може предупредити или којима се њихове последице могу у што већој мери отклонити. У циљу ефикасне заштите права развијени су посебни правни стандарди, који се користе управо са циљем да се инвеститори обезбеде од ризика којима су изложени.

Правни стандарди заштите страних улагања су принципи на којима су заснована права страних инвеститора.[15] Принципи који обезбеђују

9 Модел уговора о страним улагањима Аустрије, чл. 5 ст. 1, Модел уговора о страним улагањима Холандије, чл. 5 ст. 1, Модел уговора о страним улагањима САД, чл. 4 ст. 2.

10 Предлог MAI споразума, чл. 4.2.

11 *Energy Charter Treaty*, чл. 14 ст. 2.

12 NAFTA, чл. 1109 ст. 2.

13 Модел уговор о страним улагањима САД, чл. 4 ст. 3, Билатерални споразум о страним улагањима СРЈ и Италије, чл. 6 ст. 2, Водич III Светске банке, чл. 6 ст. 2, NAFTA, чл. 1109 ст. 2.

14 Модел уговора о страним улагањима Немачке, чл. 7 ст. 2, Модел уговора о страним улагањима Холандије, чл. 5 ст. 1, Модел уговора о страним улагањима Велике Британије, чл. 6, Модел уговора о страним улагањима САД, чл. 4 ст. 1.

15 Вид. Christoph Schreuer, *Standards of Investment Protection*, Oxford, 2008, стр. 1.

заштиту од трансферних ризика обухваћени су правним стандардом слободе трансфера.

Слобода трансфера (*Transfer of Funds*) је кључно питање за стране инвеститоре, али и за државу у коју се врши улагање.[16] Инвеститор најпре треба да унесе капитал у земљу домаћина како би отпочео реализацију своје инвестиције.[17] Репатриција капитала је за њега питање од круцијалног значаја.[18] Држава домаћин, са друге стране жели да управља монетарним токовима на сопственом тржишту. Велики валутни трансфери морају бити контролисани, како би се очувала стабилност монетарне политике. Изненадни краткорочни прилив и нарочито одлив велике количине стране валуте могу изазвати нестабилност на домаћем финансијском тржишту.[19]

Стога интереси страног инвеститора и државе домаћина у погледу слободе трансфера могу бити сасвим супротни. Управо из тог разлога је ово питање редовно регулисано инвестиционим споразумима. Поред тога и државе домаћини, у циљу стварања повољне инвестиционе климе, својим законодавством обезбеђују права инвеститора на слободан трансфер капитала и опреме.[20]

Слобода трансфера средстава може бити ограничена у оправданим случајевима, као што су превазилажење озбиљних платнобилансних тешкоћа, али и у тим случајевима ограничења морају бити привремена. У сваком случају, ограничења се могу примењивати врло рестриктивно. У супротном се отвара могућност злоупотребе од стране државе домаћина. Уобичајено се захтева да мере државе која ограничава слободу трансфера буду у сагласности са Статутом Међународног монетарног фонда, да се примењују само оне мере које су неопходне за превазилажење насталих тешкоћа и да те мере имају привремени карактер.[21]

Слобода трансфера је прокламована и актима Европске уније.[22] Сматра се да је правилима о слободи кретања капитала, садржаним у Спо-

16 Вид. Р. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 320.

17 Вид. Будимир Стакић, *Приручник за страна улагања у Југославији*, Београд, 1989, стр. 30.

18 Abba Kolo, Thomas Walde, „Capital Transfers Restrictions under Modern Investment Treaties", у: August Reinisch (ed.), *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, 2008, стр. 205.

19 Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2008, стр. 191.

20 Вид. Мирослав Пауновић, *Право страних улагања у Југославији*, *Коментар Закона о страним улагањима*, Београд, 1995, стр. 103.

21 Предраг Цветковић, *Међународноправна заштита страних инвестиција од некомерцијалних ризика*, докторска дисертација, Ниш, 2005, стр. 88.

22 Вид. Радован Вукадиновић, *Право Европске уније*, Крагујевац, 2006, стр. 417–439.

разуму из Мастрихта, остварена највећа либерализација у овој области.[23] Поменутим споразумом је начелно забрањена свака рестрикција у погледу трансфера капитала између држава чланица и између држава чланица и трећих држава.[24]

Иако је ограничење трансфера израз државног суверенитета, чему се прибегава по правилу када се држава домаћин суочава са платнобилансним тешкоћама, у међународном инвестиционом праву постоји снажна тенденција за успостављањем веома рестриктивних критеријума за могућност ограничавања трансфера. Разлог за то је тежња да се спрече злоупотребе и да се заштите права страних улагача.

Критеријуми за оцену легалности забране трансфера се односе на следеће чињенице: неопходност такве мере, примена мере у складу са стварним потребама, недискриминација, степен оптерећења страног улагача. Државном мером којом се ограничава пренос средстава не сме се вршити опструкција страних инвеститора и морају се поштовати принципи установљени међународним правом.[25]

IV Заштита слободе трансфера у домаћем праву

Правни систем наше земље у значајној мери обезбеђује заштиту страних улагача од трансферних ризика. Заштита је утврђена Законом о страним улагањима[26], Законом о девизном пословању[27] као и Законом о јавно-приватном партнерству и концесијама.[28]

Према нашем Закону о страним улагањима страни улагач може слободно и без одлагања, у конвертибилној валути, трансферисати у иностранство сва финансијска и друга средства у вези са страним улагањима, а посебно:

1) добит остварену по основу страног улагања (профит, дивиденде и др.);
2) имовину која му припадне после престанка предузећа са страним улогом, односно на основу престанка уговора о улагању;
3) износе добијене од продаје акција или удела са страним улогом;

23 A. Kolo, T. Wälde, *нав. чланак*, стр. 210.

24 Споразум у Мастрихту, чл. 56.

25 Вид. A. Kolo, T. Wälde, *нав. дело,* стр. 153.

26 Закон о страним улагањима (*Службени лист СРЈ*, бр. 3/2002 и 5/2003 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља).

27 Закон о девизном пословању (*Службени гласник РС*, бр. 62/06 и 31/2011).

28 Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама (*Службени гласник РС*, бр. 88/2011).

4) износе добијене по основу смањења основног капитала предузећа са страним улогом;
5) допунске уплате;
6) накнаде за имовину која је била предмет експропријације или друге мере са једнаким дејством.

Трансфер финансијских и других средстава може се извршити по измирењу обавезе плаћања пореза на добит предузећа, пореза на дивиденде и других законом прописаних обавеза по основу јавних прихода, везаних за износ који се трансферише.

Износи добијени по основу смањења основног капитала предузећа са страним улогом могу се трансферисати само ако је држави претходно уплаћен царински дуг за део опреме увезене без царине који након смањења основног капитала предузећа остане непокривен страним улогом.[29]

Поред тога је гарантована и могућност конверзије и слободе плаћања. Тако је прописано да страни улагач може, у погледу сваког плаћања везаног за страно улагање, слободно конвертовати домаћу валуту у страну конвертибилну валуту.[30]

Предузеће са страним улогом може слободно вршити плаћање у међународним пословним односима.[31]

Такође, предузеће са страним улогом може страну валуту држати на девизном рачуну код овлашћене банке и тим средствима слободно располагати.[32]

Према Закону о девизном пословању плаћање и пренос капитала по основу директних инвестиција нерезидената у Републици врши се слободно, у складу са законом који уређује страна улагања.[33]

Законом о јавно-приватном партнерству и концесијама је предвиђено да се приватном партнеру гарантују права утврђена законом, јавним уговором, уговором о финансирању пројекта, а страним лицима и права утврђена међународним уговорима о подстицању и заштити улагања који су на снази.[34]

Додатна сигурност страним улагачима се гарантује и стабилизационом клаузулом, која је прописана Законом о јавно-приватном партнерству и концесијама. Према овој одредби, у случају промена прописа након закључења јавног уговора које погоршавају положај приватног

29 Вид. Закон о страним улагањима, чл. 12 и чл. 9 ст. 3 и 5.

30 Закон о страним улагањима, чл. 10 ст. 1.

31 Закон о страним улагањима, чл. 10 ст. 2.

32 Закон о страним улагањима, чл. 10 ст. 3.

33 Закон о девизном пословању, чл. 11 ст. 2.

34 Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама, чл. 59 ст. 2.

или јавног партнера, уговор се може изменити без ограничења, а у обиму који је неопходан да се приватни, односно јавни партнер доведе у положај у коме је био у моменту закључења јавног уговора.[35]

Стабилизационом клаузулом су заштићени инвеститори од сваке накнадне промене прописа којом се погоршава њихов положај. Из тога произилази да би се инвеститори могли позвати на ову одредбу Закона и у случају промене прописа којом се ограничава слобода трансфера капитала.

V Закључак

На основу оваквих законских решења могло би се закључити да је страним улагачима у нашој земљи обезбеђен висок ниво заштите од трансферних ризика.[36] Норме које су прописане у нашем законодавству одговарају савременим међународним правилима о заштити од ове врсте ризика.[37] Осим тога, оваква решења су и у складу са савременим стандардима о заштити инвестиција.[38]

Свакако да либерализација прописа и стварање правног амбијента у којем је обезбеђен висок степен заштите страних улагача позитивно утиче на тзв. инвестициону климу земље домаћина, што за последицу има привлачење страних инвестиција. Ипак, неопходно је прописима установити оптималан баланс између интереса страних инвеститора и државних интереса земље домаћина.

Иако право на трансфер капитала страног улагача не сме бити доведено у питање у уобичајеним околностима, ово право не би смело бити ни неприкосновено, јер би онемогућавање државе домаћина да предузима одговарајуће мере монетарне политике у кризним ситуацијама могло проузроковати озбиљну нестабилност на њеном финансијском тржишту.

Стога је упутно да се прецизно одреди у којим околностима слобода трансфера средстава може бити ограничена. У сваком случају, ограничења би требало примењивати врло рестриктивно. Оправдано би било да се примењују само оне мере које су неопходне за превазилажење насталих тешкоћа и да те мере имају привремени карактер.

---

35 Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама, чл. 52.

36 Вид. Д. Дивљак, *нав. чланак*, стр. 409–411.

37 Вид. Правила Међународног монетарног фонда, чл. VI (3).

38 Вид. *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment, Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*, Vol. II, 1992, стр. 39.

Mag. *Goran* RAKIĆ
Assistant Judge, Commercial Court, Zrenjanin

TRANSFER OF FUNDS IN FOREIGN INVESTMENTS FIELD – RISKS AND LEGAL PROTECTION –

Summary

By establishing a host country's obligation to permit the payment, conversion and repatriation of amounts relating to an investment, a transfer provision ensures that a foreign investor will be able to enjoy the financial benefits of investment.

Investment treaties almost invariably provide that the Host State shall permit all transfers related to an investment to be made freely and without any delay into or out of its territory. Such transfers usually cover any amounts derived from or associated with an investment, such as profits, dividends, interest, etc. Treaties often reserve the Host State's right to restrict transfers of funds during periods of limited availability of foreign exchange or due to balance of payments problems. These provisions reflect a recognition that, while restrictions on transfers will generally not be the preferred in certain circumstances they may be necessary.

Key words: *foreign investments, transfer of funds, transfer risk.*

***Јован* ВУЈИЧИЋ**
стручно-технички сарадник Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

ПРЕВАРЕ И ПРИВРЕМЕНЕ МЕРЕ КОД ГАРАНЦИЈА НА ПОЗИВ

Резиме

Концепт преваре код гаранција на позив развијан је кроз судску праксу, при чему су узимани у обзир различити критеријуми за примену овог изузетка од правила по коме је гарант обавезан да изврши плаћање по презентацији документата који по свом изгледу представљају усклађену презентацију. Само у малом броју земаља ово питање је законски регулисано. У циљу проналажења одговарајућег решења, у раду ћемо анализирати одредбе међународних акатa унификације, као и појединих националних прописа којима су регулисани случајеви преваре, као и привремене судске мере код гаранција на позив.

Кључне речи: *гаранције на позив, неоправдани позиви за плаћање, привремене судске мере.*

I Увод

Издавањем гаранције на позив,[1] гарант преузима самосталну и неопозиву обавезу да кориснику гаранције исплати гарантни износ по

1 У раду је коришћен појам „гаранција на позив", а не „банкарска гаранција на позив", јер се у међународноправном промету као гарант може појавити и осигуравајуће друштво или друго правно или физичко лице, а не само банка. Такав појам је у складу са усвојеним међународним актима унификације којима је регулисан овај

презентацији позива који је у складу са одредбама и условима гаранције. Да би корисник остварио право из гаранције, довољно је да гаранту благовремено поднесе захтев за плаћање у предвиђеном месту плаћања. Захтев се најчешће подноси у писаној форми,[2] заједно са изјавом корисника којом се указује у ком погледу је налогодавац повредио своје обавезе из основног посла.

Једноставним и брзим начином реализације остварује се функција ликвидности гаранције на позив. Гаранција на позив представља замену за готовинске депозите, који су раније коришћени као средство обезбеђења, али су са развојем међународне трговине постали претерано скупи.[3] Очигледне погодности које гаранција на позив пружа корисницима допринеле су њеном масовном коришћењу у унутрашњем и међународноправном промету. Међутим, олакшан начин остварења права из гаранције на позив пружа могућност да гарантни износ буде наплаћен, без обзира на то да ли је ризик покривен гаранцијом остварен и да ли је позив за плаћање оправдан.

Неоправданим позивом за плаћање (*unfair calling*) корисник гаранције врши злоупотребу права (*abuse of right*), јер своје право врши противно циљу због кога је оно законом признато или установљено. Истовремено, такав позив представља и превару (*fraud*), јер се њиме друга страна доводи у заблуду у погледу његове оправданости. У теорији се ови појмови употребљавају као синоними, па ће као такви бити коришћени и у овом раду.

Стварни ефекти плаћања по неоправданом позиву погодиће налогодаваца, који ће гаранту надокнадити исплаћени износ на основу њиховог уговорног односа. Налогодавац би могао у редовном судском поступку захтевати повраћај неоправдано наплаћеног износа од корисника гаранције, као друге стране из основног посла. Међутим, када су у питању спорови са елементом иностраности, дуготрајност поступка и

правни посао. Видети: Једнообразна правила за гаранције на позив из 1992. године (*ICC Uniform Rules for Demand Guarantees*, *ICC Publication No. 458*; даље у фуснотама: *URDG 458*), чл. 2 ст. а и Конвенција УН о независним гаранцијама и *stand-by* акредитивима из 1995. године (*United Nations Conventions on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit*; даље у фуснотама: *UN Convention*), чл. 2 ст. 1.

2 Према праву Саудијске Арабије гарант је дужан да плати на корисников усмени захтев, упркос јасној одредби у гаранцији којом се захтева писани позив. Boris Kozolchyk, „Bank Guarantees and Letters of Credit: Time for Return to the Fold", *University of Pennsylvania Journal of International Business Law*, Vol. 11, 1989, стр. 8.

3 Roy Goode, *Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees, ICC Publication N° 510*, Paris, 1992, стр. 8.

проблеми у вези са признањем и извршењем страних судских и арбитражних одлука могу привремену угроженост претворити у коначну и ненадокнадиву штету.[4]

Поштовање начела самосталности гаранцијске обавезе, без изузетка, могло би довести до неприхватљиве правне заштите преваре. Због тога је у свим правним системима, у складу са максимом *Fraus omnia corumpit*, признат изузетак од обавезе гаранта да изврши плаћање по презентацији докумената који по свом изгледу представљају усклађену презентацију.

Признавањем таквог изузетка, конституише се посебан појам преваре у послу гаранције на позив. Проблем, међутим, настаје приликом одређивања критеријума на основу којих се оцењује постојање преваре. Основно питање у вези са преваром у послу гаранције на позив је у ком правном односу превара мора постојати, да ли у основном послу или у правном односу између гаранта и корисника гаранције.[5] Друго питање је каквог интензитета превара мора бити да би се обуставило плаћање по гаранцији.[6] У циљу проналажења одговарајућег решења, у раду ће бити анализиране одредбе међународних аката унификације, као и појединих националних прописи којима је ово питање регулисано.

II Једнообразна правила Међународне трговинске коморе

1. Једнообразна правила за уговорне гаранције

Међународна трговинска комора из Париза је 1978. године објавила Једнообразна правила за уговорне гаранције. Циљ ових правила је успостављање праведне равнотеже између легитимних интереса сва три учесника у послу гаранције.[7] Покушано је да се проблем неоправданих позива за плаћање реши захтевањем од корисника да, приликом подношења захтева за плаћање, поднесе и судску или арбитражну одлуку којом је утврђено да је налогодавац, као дужник из основног посла повредио своје обавезе, или писану изјаву налогодавца којом се

4 Radovan D. Vukadinović, „Granice korišćenja prava u bankarskim garancijama na prvi poziv – s posebnim osvrtom na nemačku sudsku praksu", *Правни живот*, бр. 3–4/1992, стр. 525 и даље.

5 Branko Vukmir, „Razlozi za obustavu isplate bankarskih garancija na poziv", у: Stanko Petković (urednik), *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu,* poseban broj, Zagreb, 2006, стр. 266.

6 *Ibid.*, стр. 267.

7 Једнообразна правила за уговорне гаранције из 1978. године (*ICC Uniform Rules for Contract Guarantees, ICC Publication No 325*; даље у фуснотама: *URCG 325*), Увод.

саглашава са захтевом и његовим износом.[8] На овај начин се желело подстаћи поверење у такве гаранције и омогућити им да буду широко прихваћене у међународној трговини.[9]

Ипак, и поред оваквог очекивања правила нису била прихваћена у пракси. Несумњиво да се овакавим обликом гаранција доприноси већој правној сигурности, али управо због везаности за основни посао оне имају велике недостатке.[10] Претходно решавање спора између налогодавца и корисника гаранције, као страна из основног посла, повезано је са великим трошковима и губитком времена, чиме се онемогућава остварење основне функције која се од гаранције очекују у правном промету, „...да њиховим корисницима омогући по поступку и условима једноставан и брз, а по сигурности поуздан начин наплате гарантног износа...“[11] Као разлог неприхватања, наводи се и то што у њиховој изради нису учествовали представници корисника гаранција (инвеститори и извозници), већ углавном представници банака и других лица, која су најпре штитили интересе гараната и налогодаваца.[12] То је за последицу имало правну заштиту гараната и налогодаваца од неоправданих позива за плаћање, и занемаривање интереса корисника гаранције. Неприхватању Једнообразних правила за уговорне гаранције допринело је и то што њима нису биле обухваћене гаранције на позив, које су у међународној банкарској пракси биле највише заступљене.[13]

2. Једнообразна правила за гаранције на позив

Једнообразна правила за гаранције на позив из 2010. године представљају ревизију истоимених правила из 1992. године. За разлику од решења предвиђеног за уговорне гаранције, од корисника се не захтева да приликом остварења права из гаранције доказује да је наступио ризик покривен гаранцијом. Довољно је да поднесе потписани документ којим захтева плаћање по гаранцији, који ће бити подржан другим документима,[14] као што је у гаранцији наведено, и у сваком

8 *URCG 325*, чл. 9.

9 *URCG 325*, Увод.

10 Božidar Pavićević, *Bankarska garancija u teoriji i praksi*, Beograd, 1999, стр. 172.

11 Radovan Vukadinović, Cvijeta Anđelković, Dragoslav Vuković, *Garancije na poziv u međunarodnoj praksi*, Београд, 1995, стр. 21.

12 B. Vukmir, *нав. чланак*, стр. 262.

13 *URCG 325,* Увод.

14 О значају других докумената чије је подношење одређено као услов наплате гаранције, и њиховом утицају на начело самосталности гаранција на позив, видети у: Радован Д. Вукадиновић, „Банкарске гаранције на први позив према

случају изјавом корисника којом се указује у ком погледу је налогодавац повредио своје обавезе из основног посла.[15]

Прописивањем оваквих услова за реализацију гаранција на позив желела се постићи равнотежа између различитих интереса корисника гаранције, који у случају повреде основног посла од стране налогодавца има потребу да на брз и једноставан начин наплати гарантни износ, и налогодавца коме је неопходна правна заштита у случају неоправданих позива за плаћање. Захтевањем од корисника да изричито изјави да је друга страна повредила своје уговорне обавезе, и у чему се та повреда састоји, опасност од неоправданих позива је на неки начин смањена,[16] јер ће корисник можда оклевати пре него што гаранту поднесе лажну изјаву којом оправдава свој позив.[17] Ипак, заштита која се на овај начин пружа налогодавцу је ограничена, будући да изјаву даје корисник, а не неко треће независно и објективно лице.

Елементи правне заштите налогодавца се могу наћи и у обавези гаранта да без одлагања обавести инструктодавца[18] о сваком позиву по гаранцији.[19] На овај начин се налогодавцу омогућава да гаранту достави доказе о постојању евентуалне преваре на страни корисника гаранције. За разлику од решења предвиђеног Једнообразним правилима за гаранциије на позив из 1992. године, новим правилима се не захтева од гаранта да инструктодавцу достави и корисников захтев за плаћање и друге поднете документе. Тиме се налогодавцу умањује шан-

Једнообразним правилима из 1992. године", *Право и привреда*, бр. 5–6/1994, стр. 65 и даље.

15 Једнообразна правила за гаранције на позив из 2010. године (*ICC Uniform Rules for Demand Guarantees, ICC Publication No. 758*; даље у фуснотама: *URDG 758*), чл. 15 ст. а.

16 Norbert Horn, *The United Nations Convention on Independent Guarantees and the Lex Mercatoria*, Roma, 1997, стр. 10.

17 R. Goode, *нав. дело*, стр. 93.

18 Инструктодавац је банка, институција или друго лице, по чијим инструкцијама је издата гаранција, и које поступа по захтеву свога клијента, тј. налогодавца. *UN Convention*, чл. 2 ст. 2(б). Слична дефиниција инструктодавца дата је и у Једнообразним правилима за гаранције на позив из 2010. године. Инструктодавац је лице, које није контрагарант, које даје инструкције да се изда гаранција или контрагаранција и одговорно је за обештећење гаранта или, у случају контрагаранције, контрагаранта. Инструктодавац може али не мора бити налогодавац. *URDG 758*, чл. 2 алинеја 21. Инструктодавац се најчешће јавља у међународноправном промету код индиректних гаранција, када корисник захтева да гаранција буде издата од локалне банке. Ако налогодавац не послује са таквом банком, обратиће се својој банци са захтевом да обезбеди издавање гаранције од банке у корисниковој држави. У циљу извршења таквог налога, налогодавчева банка даће упутства за издавање гаранције банци у корисниковој држави.

19 *URDG 758*, чл. 16.

са да оспори захтев за плаћање, имајући у виду да је гарант дужан да унутар кратког рока од пет радних дана који следе дану презентације испита поднети позив и одлучи да ли ће платити или одбити захтев за плаћање.[20]

Питање превара и привремених мера није регулисано Једнообразним правилима за гаранције на позив. То је у складу са њиховом уговорном природом. Њима, као и осталим правилима Међународне трговинске коморе, регулисана су само она питања која ваљано могу бити регулисана споразумом између странака.[21] Тиме се, међутим, не искључује примена правила и начела националног права која се односе на преваре или очигледне злоупотребе или неоправдане позиве за плаћање.[22]

III Национални прописи

Иако је гаранција на позив у правном смислу одвојена од основног посла, њена независност није потпуна.[23] У свим правним системима признаје се да доказ о превари од стране корисника гаранције представља основ за одбијање плаћања по гаранцији. Концепт преваре код гаранција на позив углавном је развијан кроз судску праксу, при чему су, чак и у оквиру исте државе, примењивани различити критеријуми.[24] Постојање преваре није ограничавано само на случајеве у којима је корисник гаранције имао преварну намеру, већ је ширено и на случајеве који су противни начелу савесности.[25]

Од националних прописа, питање превара и привремених мера регулисано је Једнообразним трговачким закоником Сједињених Америчких Држава. Члан 5. којим је ово питање решено, односи се на документарне акредитиве и *standby* акредитиве, али се по аналогији може применити и на гаранције на позив, будући да су *standby* акредитиви и гаранције на позив са правне тачке гледишта синоними.[26] Да су у питању

20 *URDG 758*, чл. 20 ст. а.

21 R. Goode, *нав. дело*, стр. 25.

22 *URDG 458,* Увод.

23 R. Goode, *нав. дело*, стр. 43.

24 За немачку судску праксу видети: R. D. Vukadinović, „Granice korišćenja prava u bankarskim garancijama na prvi poziv – s posebnim osvrtom na nemačku sudsku praksu", стр. 523–540; за судску праксу Сједињених Америчких Држава, Велике Британије, Канаде и Аустралије видети: Gao Xiang, Ross P. Buckley, „A Comparative Analysis of the Standard of Fraud Required Under the Fraud Rule in Letter of Credit Law", *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 13, 2003, стр. 293–336.

25 R. Goode, *нав. дело*, стр. 23.

26 *Ibid.*, стр. 8.

само различити појавни облици истог правног посла, у чијој основи је апстрактна и самостална обавеза, сведочи и јединствена Конвенција Уједињених нација којом су регулисане независне гаранције и *stand-by* акредитиви.[27]

Ако је учињена презентација по свом изгледу усклађена са одредбама и условима акредитива, али је захтевани документ фалсификован или битно преваран, или би хонорисање презентације олакшало битну превару издаваоца или налогодавца од стране корисника, издавалац, који делује у доброј вери, може одбити да хонорише презентацију.[28]

Шта се подразумева под битном преваром (*material fraud*), није одређено Једнообразним трговачким закоником. У циљу објашњења овог појма, у Званичном коментару Једнообразног трговачког законика је наведено да, када су у питању *standby* акредитиви, битна превара постоји једино када корисник ни наизглед нема право да очекује хонорисање и када не постоји чињенична основа којом би се подржало такво његово право.[29] Уколико би на основу околности конкретног случаја, захтев за плаћање макар наизглед био основан, постојао би само спор из основног посла који не представља довољан основ за одступање од правила прво платити, а затим расправљати (*pay first, argue later*).

За разлику од оваквог схватања, у америчкој судској пракси стандард битне преваре је у појединим случајевима неоправдано уско тумачен, и примењиван само ако корисников захтев за плаћање није уопште имао чињеничну основу.[30] Такође, постоје и случајеви у којима је стандард битне преваре изједначаван са повредом обавезе поступања у доброј вери, што је потпуно неодговарајуће, јер се на тај начин овај стандард тумачи сувише широко.[31]

Ни Једнообразним трговачким закоником, нити Званичним коментаром се не захтева да корисникова преварна намера мора бити до-

27 Радован Д. Вукадиновић, *Међународно пословно право, посебни део*, Крагујевац, 2009, стр. 489.

28 Једнообразни трговачки законик Сједињених Америчких Држава из 1962. године (*Uniform Commercial Cod*; даље у фуснотама: *UCC*), чл. 5. пар. 5–109(a), доступно на адреси: *http://www.law.cornell.edu/ucc/ucc.table.html*, 1.4.2012..

29 Званични коментар члана 5 Једнообразног трговачког законика, пар. 3. Наведено према: G. Xiang, R. P. Buckley, *нав. чланак*, стр. 317.

30 Видети судске одлуке у споровима: *Western Surety Co. v. Bank of Southern Oregon*, 1999 U.S. Dis. LEXIS 8863 (D. Or. June 9, 1999), aff'd, 257 F.3d 933 (9th Cir. 2001) и *New Orleans Brass v. Whitney National Bank and the Louisiana Stadium and Exposition District*, La. App. LEXIS 1764 (La. Ct. App. 4th Cir. May 15, 2002). Наведено према: G. Xiang, R. P. Buckley, *нав. чланак*, стр. 319–321.

31 Видети судску одлуку у спору: *Mid– America Tire v. PTZ Trading Ltd. Import and Export Agents*, 2000 Ohio App. LEXIS 5402 (Ohio Ct. App. Nov. 20, 2000). Наведено према: G. Xiang, R. P. Buckley, *нав. чланак*, стр. 321–322.

казана. Из тога закључујемо да је битна тежина преваре и њен утицај на трансакцију, а не корисникова намера.[32] Превара мора бити тако озбиљна да корисник без ње не би имао могућност да наплати износ из гаранције.[33]

Није битно да ли превара постоји у правном односу између гаранта и корисника гаранције или у основном послу. У оба случаја се може позивати на превару. Постоје схватања према којима је овакво питање сувишно, јер се превара не може односити само на презентацију докумената, а да истовремено не постоји и у основном послу.[34] Применом концепта преваре и на основни посао, угрожава се начело самосталности гаранцијске обавезе. Међутим, посматран са аспекта правне сигурности, овакав приступ је похвалан, нарочито у случају гаранција на позив којима се осим захтева за плаћање и изјаве корисника којом се указује у ком погледу је налогодавац повредио обавезе из основног посла, не захтевају и други документи (гаранције „на први позив", „без приговора"). У противном, концепт преваре би био без значаја јер би постојање преваре практично било немогуће доказати.

Одбијање плаћања по гаранцији у случају битне преваре предвиђено је као право, а не обавеза гаранта. Истовремено, налогодавцу који тврди да је захтевани документ фалсификован или битно преваран, или да би хонорисање презентације олакшало битну превару издаваоца или налогодавца од стране корисника, дато је право да од надлежног суда захтева да издаваоцу привремено или трајно забрани хонорисање презентације или одобри сличну меру према издаваоцу или другом лицу.[35]

IV Конвенција Уједињених нација о независним гаранцијама и *stand-by* акредитивима

Имајући у виду да је Конвенција УН о независним гаранцијама и *stand-by* акредитивима (у даљем тексту: Конвенција) намењена за међународну употребу, редактори Конвенције су избегли да у Конвенцији употребе термине „превара" и „злоупотреба права", јер о њиховом значењу постоје различита схватања у националним правима. Уместо тога, Конвенцијом су набројани случајеви у којима се сматра оправданом примена изузетка од правила по коме је гарант дужан пла-

32 G. Xiang, R. P. Buckley, *нав. чланак*, стр. 318.

33 B. Vukmir, *нав. чланак*, стр. 267.

34 *Ibid.*, стр. 266 и даље.

35 *UCC*, чл. 5 пар. 5–109(б).

тити по презентацији позива који је по свом изгледу усклађен са одредбама и условима гаранције. На тај начин су обухваћени „чињенични обрасци" покривени у различитим правним системима појмом „преваре" и „злоупотребе права".[36]

Гарант који послује у доброј вери има право да кориснику ускрати плаћање ако је очигледно и јасно да:

а) било који документ није оригиналан или је фалсификован;

б) на основу захтева за плаћање и пратећих докумената обавеза плаћања није доспела; или

в) судећи на основу врсте и сврхе гаранције, захтев нема прихватљиву основу.[37]

Због јасноће, дати су примери ситуација у којима се сматра да захтев за плаћање нема прихватљиву основу: када ризик покривен гаранцијом очигледно није остварен; када је обавеза налогодавца из основног посла судском или арбитражном одлуком проглашена непуноважном, осим ако је и такав ризик покривен гаранцијом; када је обавеза из основног посла несумњиво испуњена; када је испуњење обавезе из основног посла јасно спречено намерним пропустом корисника.[38] Набрајање ситуација није исцрпно, већ само илустративно. Свакако, оно је од изузетног значаја, јер је њиме установљен јасан међународни стандард, уског обима којим се несумњиво обезбеђују корисне смернице националним судовима приликом одлучивања о изузецима од обавезе гаранта да изврши плаћање по гаранцији.[39]

Из захтева да постојање „преваре" мора бити очигледно и јасно, при чему се не тражи да корисникова намера буде доказана, закључујемо да се Конвенцијом, као и Једнообразним трговачким закоником, наглашава природа таквог понашања, а не намера лица које га врши.[40] У сваком случају, само знање издаваоца није довољно, већ је потребно применити објективни критеријум, којим се инсистира на стварном стању поднетог захтева за плаћање.[41] Међутим, тиме се не искључује могућност да у различитим државама буду примењени различити стан-

36 *Explanatory note by the UNCITRAL secretariat on the United Nation Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit*, пар. 46, доступно на адреси: *http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/payments/guarantees/guarantees.pdf*, 1.4.2012.

37 *UN Convention*, чл. 19 ст. 1.

38 *UN Convention*, чл. 19 ст. 2.

39 G. Xiang, R. P. Buckley, *нав. чланак*, стр. 333.

40 *Ibid*.

41 Radovan D. Vukadinović, „Standby akreditiv i njegovo izvršenje u međunarodnom prometu", *Правни живот*, бр. 11–12/1993, стр. 1742.

дарди у погледу извесности постојања „преваре". Како правилна примена Конвенције зависи од националних судова и њихове спремности да се приликом тумачења одредаба Конвенције не ослањају искључиво на појмове и теорије унутрашњег права, већ да воде рачуна о њеном међународном карактеру и потреби унапређења њене једнообразне примене,[42] остаје да се види која је права вредност ових правила.[43]

Дилема да ли је превара од значаја само ако постоји у правном односу између гаранта и корисника гаранције, или се на њу може позивати и ако је присутна у основном послу, решена је на исти начин као у Једнообразном трговачком законику, прописивањем да ће превара бити узета у обзир у оба случаја.

Давањем права, а не наметањем обавезе, гаранту да у случају преваре одбије да кориснику исплати износ из гаранције, Конвенцијом се наглашава независна улога гаранта, а истовремено оставља могућност да реализација гаранције буде усклађена са стварним стањем основног посла. На тај начин се жели постићи равнотежа између различитих интереса учесника у овом правном послу. Омогућавањем дискреције гаранту који поступа у доброј вери, Конвенцијом се уважава забринутост гаранта за очување поузданости коју гаранција има у правном промету као обећање независно од основног посла.[44]

На овај начин се налогодавцу не ускраћује право, које би могао имати из уговорног односа са гарантом, да гаранту одбије да надокнади исплаћени износ.[45] Ово право налогодавца може се заснивати на повреди обавезе гаранта да поступа по налозима и упутствима налогодавца, будући да су код гаранција на позив упутства по природи ствари императивна.[46] Међутим, гаранти традиционално настоје да у својим општим условим пословања или индивидуалним уговорима ограниче или искључе своју одговорност за поједине пропусте који се налазе у сфери њихове пословне делатности.[47] Таква тенденција изражена је и у Једнообразним правилима за гаранције на позив, којима је, поред осталог, искључена одговорност гаранта за фалсификат било ког потписа или документа који му је презентован.[48]

42 *UN Convention*, чл. 5.

43 За сада нема пријављених случајева у којима је примењена Конвенција УН о независним гаранцијама и *stand-by* акредитивима. Видети: Case Law on UNCITRAL Texts (CLOUT), доступно на адреси: *http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html*, 1.4.2012.

44 *Explanatory note by the UNCITRAL secretariat on the United Nation Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit*, пар. 48.

45 *UN Convention*, чл. 17 ст. 2.

46 В. Pavićević, *нав. дело*, стр. 43.

47 *Ibid.*, стр. 44.

48 *URDG 758*, чл. 27а.

Истовремено, Конвенцијом се предвиђа да налогодавац има право да од суда захтева издавање привремених мера.[49] Овим се правилно препознаје да је улога суда, а не гаранта, да истражује чињенице из основног посла.

Због потребе одлучивања о издавању привремене мере у кратком року, докази морају бити одмах поднети суду. Суд ће одлучивати само на основу непосредно доступних доказа, без упуштања у расправљање о предмету спора. Овакво решење је у складу са функцијом ликвидности гаранције на позив. Међутим, у сложеним случајевима, за налогодавца може бити изузетно тешко да одмах поднесе доказе о „превари".

У погледу јачине доказа, Конвенцијом је предвиђено да докази морају бити јаки, тј. такви да се њима са великом вероватноћом указује да, у вези са захтевом за плаћање који је поднет, или се очекује да ће бити поднет, од стране корисника, постоји нека од „преварних" или „злоупотребљавајућих" околности предвиђених чланом 19 став 1. Висок стандард у погледу доказа о постојању „преваре" заснива се на чињеници да би у противном могла бити нанета ненадокнадива штета, не само поверењу које гарант ужива, већ и пословном угледу корисника гаранције који је оптужен за „превару".

Захтев за издавање привремене мере може поднети налогодавац или инструктодавац. Уколико је од стране овлашћеног лица поднет захтев за издавање привремене мере уз одговарајуће доказе, суд може одредити привремену меру којом ће се производити правно дејство и према гаранту и према кориснику гаранције, у зависности да ли је плаћање по гаранцији извршено или не. Ако исплата није извршена, суд може издати привремену меру којом се корисник спречава да прими износ, укључујући и меру којом се гарант обавезује да задржи износ из гаранције.[50] Када је плаћање извршено, суд може издати привремену меру којом се средства примљена од стране корисника блокирају, уз испуњење додатног услова. У таквом случају, узеће се у обзир и да ли би налогодавац у одсуству такве мере вероватно претрпео озбиљну штету.[51]

Приликом издавања привремене мере, суд може захтевати од лица које је такву меру тражило да пружи средство обезбеђења које суд сматра одговарајућим.[52] На тај начин се у извесној мери штите интереси савесног корисника гаранције који би због одлагања плаћања по гаранцији могао претрпети штету.

49 *UN Convention*, чл. 19 ст. 3.

50 *UN Convention*, чл. 20 ст. 1(а).

51 *UN Convention*, чл. 20 ст. 1(б).

52 *UN Convention*, чл. 20 ст. 2.

Конвенцијом је мешање суда у правне односе учесника у послу гаранције изричито ограничено на тачно предвиђене случајеве. Од овог правила постоји изузетак у случају коришћења гаранције у криминалне сврхе. Конвенцијом није одређено шта се поразумева под овим појмом, па ће то питање бити решено у складу са меродавним правом.

Прописивањем услова за издавање привремених мера, процесно право држава уговорница може бити значајно измењено. То даље може довести до уздржаности држава од ратификовања Конвенције,[53] и њеног званичног признања као извора права. Независно од тога, у теорији су присутна схватања према којима Конвенција одражава *communis legis opinio* међународне заједнице у погледу принципа потребних и адекватних да заштите међународну трговину од неоправданих позива за плаћање.[54] Стога, ови принципи могу служити као водичи за тумачење и међународну примену независних гаранција и *stand-by* акредитива као део *lex mercatoria*.[55]

V Закључак

Начин реализације гаранција на позив пружа могућност да ова врста гаранција буде злоупотребљена у правном промету. Стварни ефекти плаћања по неоправданом позиву погодиће налогодаваца, који ће гаранту надокнадити исплаћени износ на основу њиховог уговорног односа. Због наведене опасности, налогодавци су заинтересовани да им се обезбеди правна заштита заснована на обавези гаранта да у случају неоправданих позива за плаћање одбије исплату кориснику гаранције. Са друге стране, корисници гаранције желе једноставан и брз начин реализације, којим се остварује функција ликвидности гаранције на позив. Гаранти су, такође, заинтересовани за доследно поштовање документарног карактера гаранција на позив. Они не желе да утврђују стварно стање основног посла, већ само да, на основу испитивања да ли захтев за плаћање и поднети документи по свом изгледу представљају усклађену презентацију, изврши плаћање или одбије исплату по гаранцији. Сукоб различитих интереса учесника у послу гаранције дошао је до изражаја и приликом међународне унификације правила којима се регулишу гаранције на позив.

---

53 Конвенцију је до сада ратификовало осам држава: Белорусија, Еквадор, Ел Салвадор, Габон, Кувајт, Либерија, Панама и Тунис. Сједињене Америчке Државе су потписале Конвенцију, али је нису ратификовале. Доступно на адреси: *http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/payments/1995Convention_guarantees_status.html*, 1.4.2012.

54 N. Horn, *нав. дело*, стр. 19.

55 *Ibid.*

Изузетак од обавезе гаранта да плати по презентацији усклађеног позива у случају неоправданог позива за плаћање мора бити уско тумачен (*exceptiones sunt strictissimae interpretationis*). Приликом одређивања граница његове примене, чини се прихватљивим стандард битне преваре предвиђен Једнообразним трговачким законом Сједињених Америчких Држава. Међутим, како овај стандард у пракси може бити различито тумачен, потребно је комбиновати га са решењем из Конвенције УН о независним гаранцијама и *stand-by* акредитивима. У члану 19 став 2 наведене су врсте ситуација у којима се сматра да захтев за плаћање нема прихватљиву основу, чиме су дате корисне смернице учесницима у овом правном послу, као и судовима приликом одлучивања о постојању изузетка од начела самосталности гаранције на позив.

***Jovan* VUJIČIĆ**
Teaching Assistant at the Faculty of Law, University of Kragujevac

THE FRAUD AND PROVISIONAL COURT MEASURES IN DEMAND GUARANTEES

Summary

The concept of fraud in demand guarantees was being developed through the legal practice, besides the different criterious were being taken into consideration for the use of this exception of the guarantor's obligation to pay on presentation of complying demand. This issue is regulated by the law just in several countries. Because of finding an appropriate solution, in this paper we are going to analyze acts of international unification of law, as well as some national regulations wich regulate the cases of fraud and provisional court measures in demand guarantees.

Key words: *demand guarantees, unfair calling, provisional court measures.*

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Чланак не би требало да буде дужи од 16 страна од 28 редова са 66 знакова у реду, односно 28.800 знакова, фонт *Times New Roman* 12.

Чланак на српском језику треба да буде писан ћирилицом, осим страних речи и речи на латинском језику, које се пишу латиницом и курзивом (косим словима, односно италик).

Чланак мора да на почетку садржи резиме, са основном садржином и резултатима рада, као и кључне речи на српском језику, а на крају такође резиме и кључне речи на енглеском језику. Резиме може да има највише 15 редова, док кључних речи може да буде највише седам.

Наслов чланка се пише на средини, великим словима. Наслови унутар чланка морају да имају следећи формат.

1) *Први ниво наслова* – на средини; нумерација: римски број (нпр. I, II, III, итд.); прво слово велико, а остала мала.
2) *Други ниво наслова* – са леве стране; нумерација: арапски број са тачком (нпр. 1., 2., 3., итд.); прво слово велико, а остала мала.
3) *Трећи ниво наслова* – са леве стране; курзив (коса слова, италик); нумерација: мало слово азбуке са затвореном заградом (нпр. а), б), в), итд.); прво слово велико, а остала мала.
4) *Четврти ниво наслова* – са леве стране; нумерација: арапски број са затвореном заградом (нпр. 1), 2), 3), итд.); прво слово велико, а остала мала.

Пример:

I Појам

1. Терминологија

а) Терминолоīија у уīоредном īраву

1) Немачко право

Чланак се предаје у електронском облику.

Редакција часописа задржава право да чланак прилагоди јединственим стандардима уређивања и правописним правилима српског и енглеског језика.

ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

1. Књиге

а) Књиге се цитирају на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, наслов дела наведен курзивом, евентуално редни број издања, место издања, година издања, скраћеница стр., број стране.

Пример: Мирко Васиљевић, *Трīовинско īраво*, 9. издање, Београд, 2006, стр. 100.

Roy Goode, *Commercial Law*, 3rd edition, London, 2004, стр. 429.

б) Када се цитира књига више аутора, њихова имена и презимена се раздвајају зарезом.

Пример: Драгиша Слијепчевић, Слободан Спасић, *Коменīар Закона о сīечајном йосīуйку*, Београд, 2006, стр. 67.

Hubert de Vauplane, Jean-Pierre Bornet, *Droit des marchés financiers*, 3e édition, Paris, 2001, стр. 243.

в) Књига коју је неко лице приредило као уредник се цитира тако што се након његовог имена и презимена у загради наводи ознака „уредник“ или скраћеница „ур.“, односно одговарајућа ознака на језику на ком је књига објављена.

Пример: Мирко Васиљевић (уредник), *Акционарска друштва, берзе и акције*, Београд, 2006, стр. 27.
Fidelis Oditah (editor), *The Future for the Global Securities Market*, Oxford, 1996, стр. 74.
Heinz-Dieter Assmann, Rolf A. Schütze (Hrsg.), *Handbuch des Kapitalanlagerechts*, München, 1990, стр. 55.

г) Када се цитира једна књига одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, након чега се додаје скраћеница *нав. дело* курзивом, потом стр. и број стране.

Пример: М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 102.
R. Goode, *нав. дело*, стр. 431.

д) Када се цитира више књига истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, након чега се наводи пун наслов књиге курзивом, потом стр. и број стране.

Пример: Н. Јовановић, *Емисија вредносних папира*, стр. 107.

2. Чланци

а) Чланци се цитирају на следећи начин:
име аутора, презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, назив часописа курзивом, број и година издања, скраћеница стр., број стране.

Пример: Зоран Арсић, „Учешће у скупштини акционарског друштва“, *Право и привреда*, бр. 1–4/2005, стр. 23.
Klaus J. Hopt, „Aktionärskreis und Vorstandsneutralität“, *Zeitschrift für Ünternehmens– und Gesellschaftsrecht*, Nr. 4/1993, стр. 535.

б) Када се цитира чланак више аутора, њихова имена и презимена се раздвајају зарезом.

Пример: Бошко Живковић, Катарина Вељовић, „Квалитет корпоративног управљања и тржиште корпоративне контроле у условима транзиције“, *Право и привреда*, бр. 1–4/2005, стр. 43.
Michael C. Jensen, William H. Meckling, „Ţheory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Stucture“, *Journal of Financial Economics*, Vol. 3, 1976, стр. 307.

в) Када се цитира један чланак одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, након чега се додаје скраћеница *нав. чланак* курзивом, потом стр. и број стране.

Пример: В. Радовић, *нав. чланак*, стр. 164.

г) Када се цитира више чланака истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, отворени наводници, пун наслов чланка, затворени наводници, потом стр. и број стране.

Пример: В. Радовић, „Стечајни исплатни редови“, стр. 184.

д) Рад, односно чланак објављен у оквиру зборника радова или књиге, коју је неко друго лице приредило као уредник, се цитира на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, ознака „у:“, име уредника, презиме уредника, назив зборника радова, односно књиге, евентуално редни број издања, место издања, година издања, скраћеница „стр.“, број стране.

Пример: Небојша Јовановић, „Отварање и затварање привредних друштава“, у: Мирко Васиљевић (уредник), *Акционарска друштва, берзе и акције*, Београд, 2006, стр. 307.

3. Прописи

а) Прописи се цитирају на следећи начин:

пун назив прописа, отворена заграда, гласило у коме је пропис објављен курзивом, број гласила и година објављивања, затворена заграда, скраћеница чл., ст., тач., односно пар. и број одредбе.

Пример: Закон о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 125/2004), чл. 15.

б) Ако ће наведени закон поново бити цитиран у раду, приликом првог цитирања се после броја гласила и године објављивања наводи скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати.

Пример: Закон о регистрацији привредних субјеката (*Службени гласник РС*, бр. 55/2004 и 61/2005; даље у фуснотама: ЗРПС), чл. 3 ст. 1.

в) Члан, став и тачка прописа означава се скраћеницама чл., ст. и тач., а параграф скраћеницом пар.

Пример: чл. 24 ст. 1 тач. 5 или пар. 14.

г) Приликом поновљеног цитирања одређеног прописа наводи се његов пун назив, односно скраћеница уведена приликом првог цитирања, скраћеница чл., ст., тач. или пар. и број одредбе.

Пример: Закон о привредним друштвима, чл. 7.
ЗРПС, чл. 25.

д) Прописи на страном језику се цитирају на следећи начин:

пун назив прописа преведен на српски језик, година објављивања, односно усвајања, отворена заграда, пун назив прописа на оригиналном језику курзивом, евентуално скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати, затворена заграда, скраћеница чл., ст., тач. или пар. и број одредбе.

Пример: немачки Трговачки законик из 1897. године (*Handelsgesetzbuch*), пар. 29.
британски Компанијски закон из 2006. године (*Companies Act*; даље у фуснотама: CA), чл. 67.

ђ) Прописи Европске уније се цитирају на начин прописан Приручником за превођење правних аката Европске уније из 2009. године, који је доступан на сајту Канцеларије Владе Републике Србије за европске интеграције (*www.seio.gov.rs*).

4. Извори са Интернета

а) Извори са Интернета се цитирају на следећи начин:

име и презиме аутора, односно организације која је припремила текст, назив текста, евентуално место и година објављивања, ознака „доступно на адреси:“, адреса Интернет странице курзивом, датум приступа страници, евентуално скраћеница „стр.“ и број стране.

Пример: Giovannini Group, Cross-Border Clearing and Settlement Arrangements in the European Union, Brussels, 2001, доступно на адреси: *http://ec.europa.eu/internal_market/financial-markets/docs/clearing/first_giovannini_report_en.pdf*, 21.10.2008, стр. 18.

б) Приликом поновљеног цитирања извора са Интернета наводи се прво слово имена аутора са тачком и презиме аутора, односно назив

организације која је припремила текст, и назив текста, а евентуално и скраћеница „стр.“ и број стране.

Пример: Giovannini Group, Cross-Border Clearing and Settlement Arrangements in the European Union, стр. 6.

СУСРЕТ ПОДРЖАВАЈУ

Привредна комора Србије

Привредна комора Београда

Правни факултет Универзитета у Београду

GIZ Правна реформа у Србији

Intermex

АГРОБАНКА Пољопривредна банка а. д., Београд

„Енергопројект Холдинг“ а. д., Београд

RUDNAP Group а. д.

Компанија „Дунав осигурање“ а. д. о., Београд

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

347.7

ПРАВО и привреда : часопис за привредноправну теорију и праксу / главни и одговорни уредник Мирко Васиљевић. – Год. 31, бр. 1/2 (1993) – . – Београд : Удружење правника у привреди Србије, 1993– (Београд : Досије студио). – 24 cm

Тромесечно. – Је наставак: Privredno pravni priručnik =
ISSN 0032-9002
ISSN 0354-3501 = Право и привреда
COBISS.SR-ID 101774343

Тема:

ЗАКОНИ И ПРИВРЕДА

Тематске области:

1. **Основна тема**
2. **Привредна друштва**
3. **Стечај и приватизација**
4. **Финансијска тржишта**
5. **Право потрошача**
6. **Привредни криминал**
7. **Међународно привредно право**

Претплата за 2012. 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“