



УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА
У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ

ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7
ISSN 0354-3501

Београд
Година XLIX

Број
10-12

2012

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

ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7
ISSN 0354-3501

Београд
Година XLIX

Број
10-12
2012

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

Миле РАЧИЋ, Синиша ДОМАЗЕТ

Државна помоћ и систем трговине емисијама штетних
гасова у праву конкуренције ЕУ 7

Анеџа СПАИЋ

Медијација у осигурању 23

Зоран ИЛКИЋ

Примена европског извештаја о саобраћајној незгоди,
са освртом на трзајну повреду врата 40

Свешислав ЈАНКОВИЋ

Специфичности имовинске одговорности за штету
од изливања/избацивања нафте са брода у воду 52

Срђан СТОЈИЛКОВИЋ

Заложно право на броду у правном оквиру Републике
Србије 72

Јован ВУЈИЧИЋ

Опозивост понуде према униформним правилима 86

Јована ВЕЛИЧКОВИЋ

Одговорност за штету чланова управе привредног друштва
(члан 415 Закона о привредним друштвима) 108

СТРУЧНА МИШЉЕЊА

Гордана АЈНШПИЛЕР ПОПОВИЋ

Дејство одлуке Уставног суда I уз. 850/10 на започете
поступке „аутоматских стечајева“ 128

ПРИЛОЗИ

Љубинка КОВАЧЕВИЋ

Радно и социјално право..... 136

ПРИКАЗИ

Лука БРЕНЕСЕЛОВИЋ

Нова и важна књига о јапанском привредном праву
и правној култури: Handbuch Japanisches Handels- und
Wirtschaftsrecht, приредили: Harald Baum и Moritz Bälz;
Carl Heymanns Verlag 2011, LXXIV + 1726 стр.. 145

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ 150

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

<i>Mile RAČIĆ, Siniša DOMAZET</i> State Aid and Greenhouse Emissions Trading System in EU Competition Law	7
<i>Aneta SPAIĆ</i> Mediation of Insurance Disputes	23
<i>Zoran ILKIĆ</i> Implementation of the European Report on the Accident, with Emphasis on Whiplash Injury	40
<i>Svetislav JANKOVIĆ</i> Some Specific Aspects of the Civil Liability for Discharge and Spill the Oil from the Ships	52
<i>Srđan STOJILKOVIĆ</i> Lien on Ship in the Legal Framework of Republic of Serbia	72
<i>Jovan VUJIČIĆ</i> The Revocation of the Offer according to Uniform Rules	86
<i>Jovana VELIČKOVIĆ</i> Liability of Members of the Management Organs of Companies for Damage Caused to the Company (Art. 415 of the Act on Business Organizations)	108

COMMENTS

Gordana AJNŠPILER POPOVIĆ

The Impact of the Constitutional Court Decision I uz. 850/10 on
commenced “Automatic Bankruptcy” Proceedings 128

NOTES

Ljubinka KOVAČEVIĆ

Labour and Social Law 136

BOOK REVIEWS

Luka BRENESELOVIĆ

Handbuch Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Harald
Baum, Moritz Bälz (Hrsg.), Carl Heymanns Verlag 2011,
LXXIV + 1726 p. 145

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS 150

ЧЛАНЦИ

УДК 349.6(4-672EU)

др Миле РАЧИЋ
редовни професор Правног факултета у Источном Сарајеву

мр Синиша ДОМАЗЕТ
докторант на Правном факултету Универзитета у Нишу

ДРЖАВНА ПОМОЋ И СИСТЕМ ТРГОВИНЕ ЕМИСИЈАМА ШТЕТНИХ ГАСОВА У ПРАВУ КОНКУРЕНЦИЈЕ ЕУ*

Резиме

Аутори овој чланка се руководе са два различита метода. Први од њих је позитивно-правни метод који је намењен анализи позитивних правила у материји државне помоћи ЕУ. Други од њих је правно-логички метод индукције и дедуције, који је примењен у решавању многих правних и логичких проблема који се могу појавити као резултат веома сложене системе трговине дозволама за емисију гасова са ефектом спагнута у ЕУ. Државна помоћ укључена у системе трговине емисијама штетних гасова је, у основи, недопуштена у ЕУ, али уз одређене услове може бити компатибилна са унутрашњим тржиштем. У процени компатибилности ноификоване државне помоћи, Комисија користи такзвани балансирни тест, одмеравајући позитивне и негативне ефекте помоћи. Нарочито важну Европска комисија је осветлила оквиру под којим државе чланице могу компензовати одређене комисије за више

* Овај рад је део истраживачких пројеката под шифрама 47009 (Европске интеграције и друштвено-економске промене привреде Србије на путу ка ЕУ) и 176019 (Петрогенеза и минерални ресурси Карпато-балканида и њихов значај у заштити животне средине), финансираних од стране Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

широшкова електрична енергија која се очекују услед промена у шема трговине емисијама од 2013. године.

Кључне речи: *право, ЕУ, државна помоћ, заштитна животне средине, систем трговине емисијама.*

І Увод

Систем трговине емисијама штетних гасова Европске уније¹ (у даљем тексту: ЕУ) представља окосницу политике Уније у борби против климатских промена и служи као средство за смањење емисије гасова са ефектом стаклене баште. Поменути систем покрива преко 11.000 постројења у тридесет држава. Иако је претеча ове идеје делимично била уграђена у саму Оквирну конвенцију УН о промени климе, а разрађена Кјото Протоколом уз ову Конвенцију, ЕУ је првобитно развила свој систем трговине кредитима за емисију поменутих гасова независно од поменутих међународних механизма.²

Овај систем функционише тако што је установљен својеврсни лимит укупне вредности емисије гасова са ефектом стаклене баште који може бити емитован од стране фабрика или постројења у систему. То је такозвани принцип одређивања лимита и трговине („*cap and trade*“). У пракси, то значи да компаније могу купити дозволе за емисију од компанија које загађују животну средину у мањој мери од прописане, односно продати их онима које загађују више од прописаног нивоа.³ На овај начин, испоштован је принцип „загађивач плаћа“, будући да компаније које загађују више морају да купе дозволе, док се истовремено награђују компаније које чине напоре у области заштите животне средине.

На крају године, свака компанија мора да преда довољно дозвола да покрије све своје емисије. У супротном, изричу се велике казне. Ако компанија смањује своје емисије, она може да задржи вишак дозвола како би покрила своје будуће потребе, или их може продати другој компанији којој недостају дозволе. На овај начин, обезбеђује се да се емисије штетних гасова смање тамо где је то најисплативије. Број дозвола се временом смањује, тако да опада и укупан број емисија. 2020. године, емисије ће бити за 21% ниже него 2005. године.⁴

1 The EU Emissions Trading System (EUETS).

2 Александра Чавошки, „Систем кредита за емисију гасова са ефектом стаклене баште у Европској унији“, *Евројско законодавство*, бр. 27–28/2009, стр. 117–118.

3 Доступно на адреси: <http://www.sudes.rs>, 1.11.2012.

4 Доступно на адреси: <http://www.sudes.rs>, 1.11.2012.

Поменути систем разрађен је читавим низом легислативних аката, међу којима треба истаћи Директиву 2003/87/ЕС Европског парламента и Савета којом се установљава шема за дозволе за трговину емисијама гасова са ефектом стаклене баште у Унији,⁵ делимично измењеном Директивом 2004/101/ЕС Европског парламента и Савета, складу са механизмима Кјото Протокола,⁶ као и Директиву 2009/29/ЕС Европског парламента и Савета којом се унапређује и проширује шема за трговину дозволама за емисију гасова са ефектом стаклене баште Уније.⁷

- 5 Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 2003 establishing a scheme for greenhouse gas emission allowance trading within the Community and amending Council Directive 96/61/EC, *OJ* L275/32.
- 6 Directive 2004/101/EC of the European Parliament and of the Council of 27 October 2004 amending Directive 2003/87/EC establishing a scheme for greenhouse gas emission allowance trading within the Community, in respect of the Kyoto Protocol's project mechanisms, *OJ* L338/18.
- 7 Directive 2009/29/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 amending Directive 2003/87/EC so as to improve and extend the greenhouse gas emission allowance trading scheme of the Community, *OJ* L140/63. Поред ових аката, важни су и: Уредба Комисије 2216/2004 од 21. децембра 2004. за стандардизован и осигуран систем регистара, измењену: Уредбом Комисије (ЕЦ) бр. 916/2007 L 200 5 1.8.2007. и Уредбом Комисије (ЕЦ) бр. 994/2008 од 8. октобра – верзија примењива до 31. децембра 2011, *OJ* L386/1; Одлука Комисије 2006/780/ЕС од 13. новембра 2006. о избегавању двоструког рачунања смањења емисија гасова са ефектом стаклене баште под шемом трговине емисијама за пројектне активности у оквиру Кјото Протокола у складу са Директивом 2003/87/ЕС Европског парламента и Савета *OJ* L316/12; Одлука Комисије 2007/589/ЕС из 18. јула 2007. којом се установљавају смернице за мониторинг и извештавање о емисијама гасова са ефектом стаклене баште у складу са Директивом 2003/87/ЕС Европског парламента и Савета, измењене Одлуком Комисије 2009/73/ЕС и Одлуком Комисије 2009/339/ЕС, *OJ* L229/1; Директива 2008/101/ЕС Европског парламента и Савета од 19. новембра 2008. којом се мења Директива 2003/87/ЕС тако да укључује активности ваздухопловства у шеми за трговину дозволама емисија гасова са ефектом стаклене баште у Заједници, *OJ* L8/3; Одлука Комисије 2009/450/ЕС из 8. јуна 2009. о детаљној интерпретацији ваздухопловних активности наведених у Анексу 1 Директиве 2003/87/ЕС, *OJ* L149/69; Уредба Комисије (ЕЦ) бр. 748/2009 из 5. августа 2009. о листи ваздухопловних оператора који врше ваздухопловну активност наведену у Анексу 1 Директиве 2003/87/ЕС на дан или после 1. јануара 2006. којом се прецизира држава чланица администратор за сваког ваздухопловног оператора, *OJ* L219/1; Одлука Комисије из 24. децембра 2009. којом се одређује, у складу са Директивом 2003/87/ЕС Европског парламента и Савета, листа сектора и подсектора за које се чини да ће бити изложени значајном ризику од цурења угљеника, *OJ* L1/10; Уредба Комисије бр. 82/2010 из 28. јануара 2010. о листи ваздухопловних оператора којом се специфицира држава администратор, *OJ* L25/12; Уредба Комисије (ЕУ) бр. 920/2010 из 7. октобра 2010. за стандардизовани и осигурани систем регистрација у складу са Директивом 2003/87/ЕС Европског парламента и Савета и Одлуком бр. 280/2004/ЕС Европског парламента и Савета, *OJ* L270/1; Уредба Комисије (ЕУ) бр. 1031/2010 из 12. новембра о избору тренутка, управљању и другим аспектима аукције дозвола за емисију гасова са ефектом

С обзиром да системи трговине дозволама за емисију могу укључивати и државну помоћ у различитим облицима, као и чињеницу да је државна помоћ, у основи, инкомпатибилна са унутрашњим тржиштем ЕУ, Комисија је морала поставити критеријуме за оцену сваког појединачног случаја у пракси. У редовима који следе, биће више речи о изворима права, као и условима под којима ће државна помоћ у области система трговине дозволама бити допуштена.

II Правила о државној помоћи у области система трговине емисијама штетних гасова

1. Извори права

Државна помоћ у области система трговине дозволама за емисију штетних гасова у ЕУ уређена је *Смерницама о државној помоћи за заштити живуине средине*, донетих од стране Комисије 2008. године (у даљем тексту: *Смернице о животној средини*),⁸ као и *Смерницама о неким мерама државне помоћи у контексту шеме за трговину дозволама за емисију гасова са ефектом стаклене баште после 2012. године* (у даљем тексту: *Смернице о трговини дозволама*).⁹

Наведене смернице спадају у акте такозваног „меког“ права, али је Комисија успела да обезбеди њихову формално-правну обавезност, примењујући њихове одредбе приликом решавања конкретних случајева у пракси.¹⁰ Не сме се пренебрегнути чињеница да је државна помоћ

стаклене баште у складу са Директивом 2003/87/ЕС Европског парламента и Савета којом се установљава шема за трговину дозволама за емисију гасова са ефектом стаклене баште у Заједници, аукције дозвола за емисију гасова са ефектом стаклене баште у складу са Директивом 2003/87/ЕС Европског парламента и Савета којом се установљава шема за трговину дозволама за емисију гасова са ефектом стаклене баште у Заједници, *OJ L302/1*.

8 Community Guidelines on State Aid for Environmental Protection [2008], *OJ C82/01*.

9 Guidelines on certain State aid measures in the context of the greenhouse gas emission allowance trading scheme post 2012, [2012] *OJ C154/4*.

10 Уколико држава чланица одбије да прихвати примену одредаба „меког права“, тада ће Комисија покренути поступак у односу на све мере државне помоћи које потпадају под дате одредбе. Такво поступање Комисије било је видљиво у случају када је Немачка одбила да се повинује новим Смерницама о регионалној помоћи за период од 2007–2013. године. Комисија је на овакав поступак Немачке реаговала тако што је покренула формалну истрагу *против свих шема* регионалне државне помоћи које је одобрила немачка влада. То је резултирало изричитим одобрењем поменутих Смерница од стране Немачке. Чврст став Комисије у погледу обавезујућег карактера одредаба „меког права“ о државној помоћи видљив је и приликом *преговора са кандидатима за чланство у ЕУ*. Тада државе кандидати морају да покажу да су у стању да се придржавају обавеза које проистичу из *acquis communautaire*,

a priori недопуштена чланом 107(1) Уговора о функционисању ЕУ (у даљем тексту: УФЕУ). То, међутим, не значи да се ради о апсолутној забрани. Од тога су могући одређени изузеци, предвиђени одредбама УФЕУ. С тим у вези, државна помоћ за заштиту животне средине првенствено ће бити оправдана на темељу члана 107(3)(ц) УФЕУ,¹¹ који говори да ће државна помоћ намењена омогућавању развоја одређених економских подручја или одређених привредних делатности, уколико не утиче негативно на трговинске услове супротно заједничком интересу, бити компатибилна са унутрашњим тржиштем. У том погледу, Комисија ће спровести такозвани „балансирни тест“ (*balancing test*, превод аутора), односно одмерити све позитивне ефекте на развој дате привредне области са (евентуалним) негативним ефектима на конкуренцију и трговину између држава чланица.¹² Треба нагласити да ће Комисија оцењивати компатибилност мере државне помоћи у контексту *Уније као целине*, а не на националном нивоу. То значи да се неће узимати у разматрање државна помоћ која оставља негативне ефекте искључиво на националном нивоу, већ само она која је од *интереса за ЕУ*. Такође, језичким тумачењем члана 107(3)(ц) УФЕУ извлачи се закључак да помоћ мора бити усмерена ка развоју датог подручја или привредне делатности. Стога, уколико би до развоја датог подручја, односно привредне активности дошло и у одсуству државне помоћи, тада се не би радило о изузетку садржаном у члану 107(3)(ц) УФЕУ.¹³

2. Балансирни тест

Као што је већ поменуто, систем по коме ће се утврдити да ли је мера државне помоћи у области система трговине дозволама компатибилна са унутрашњим тржиштем ослања се на балансирни тест и на први поглед делује прилично једноставно. Врши се у три фазе. Прво,

што укључује и акте који спадају у „меко право“ (смернице, оквири и слично). Дакле, ово би представљао још један начин на који Комисија обезбеђује формално-правну обавезност „меког законодавства“. О овоме види: Marise Cremona, „State Aid Control: Substance and Procedure in the Europe Agreements and the Stabilisation and Association Agreements“, *European Law Journal*, бр. 9/2003, стр. 265–287; Peter Schütterle, „State Aid Control: An Accession Criterion“, *Common Market Law Review*, бр. 39/2002, стр. 577–590; Michael Blauberg, „Compliance with rules of negative integration: European state aid control in the new member states“, *Journal of European Public Policy*, бр. 16:7, 2009, стр. 1030–1046.

11 Помоћ намењена омогућавању развоја одређених привредних делатности, уколико таква помоћ не утиче негативно на трговинске услове супротно заједничком интересу. О томе види: Смернице, т. 12.

12 Смернице, т. 16.

13 Alison Jones, Brenda Sufrin, *State Aid*, 2011, стр. 81.

Комисија ће утврдити да ли је дата мера помоћи усмерена ка остварењу неког циља од комунитарног значаја? У овом случају би такав циљ свакако представљао заштита животне средине, јер је то циљ од несумњиве комунитарне важности.

Друго, да ли је предмет намера помоћи у стању да испуни зацртани циљ (то јест, обезбеђење заштите животне средине)? У том смислу, Смернице постављају одређене стандарде поступања у овој ситуацији.

Пре свега, поставља се питање да ли је дата мера државне помоћи одговарајући инструмент? У одговору на ово питање, посебан значај има познато начело „загађивач плаћа“. У складу са поменутим начелом, загађивач је дужан да плати све трошкове настале као резултат загађења животне средине, укључујући притом и индиректне трошкове које сноси друштво. Његово поштовање и пуна применатеоријски обезбеђује да ће тржишни недостаци повезани са негативним екстерналијама бити исправљени. Стога, уколико би начело „загађивач плаћа“ било у потпуности примењено, не би била потребна државна помоћ за обезбеђење исхода тржишне ефикасности. То значи да се државна помоћ третира као друга најбоља опција, док начело „загађивач плаћа“ остаје главно правило.¹⁴ Употреба државне помоћи у контексту начела „загађивач плаћа“ уклонило би загађивачу терет плаћања трошкова властитог загађења. Због тога, државна помоћ може представљати неприкладан инструмент у заквим случајевима.¹⁵

Комисија је исправно констатовала да, услед незадовољавајућег нивоа заштите животне средине,¹⁶ државна помоћ може пружити позитиван подстицај предузетницима да предузму активности или изврше улагања која нису обавезујућа и која у супротном не би била извршена од стране профитно оријентисаних компанија. Поред тога, државна помоћ може представљати прикладан инструмент који омогућава државама чланицама да донесу националне прописе о заштити животне средине који су строжи од прописа Уније, смањујући оптерећења предузетницима највише погођеним таквим прописима и омогућавајући на тај начин спровођење прописа.¹⁷

Државна помоћ мора бити нужна и имати подстицајан ефекат. Суштина је у томе да се утиче на компанију примаоца помоћи да проме-

14 Смернице, т. 24.

15 *Ibidem*.

16 Као разлози за незадовољавајуће стање заштите животне средине наводе се тешкоће приликом одређивања тачне цене загађења, као и чињеница да би пребрзо повећање цена индустријских производа како би се преузели трошкови загађења довело до спољашњег шока и изазвало поремећаје на тржишту. О томе види: Смернице, т. 25(а) и 25(б).

17 *Ibidem*.

ни своје дотадашње понашање на тржишту у смислу заштите животне средине. Стога је довољно да достигнути квалитет заштите буде у квалитативном смислу *виши* него пре доделе помоћи.¹⁸ Подстицајни ефекат ће се идентификовати преко противречне анализе (*counter factual analysis*, превод аутора), упоређивањем нивоа намераване активности са државном помоћи и без ње. Тачно утврђивање противчињеничног сценарија је кључно за одређивање да ли државна помоћ има подстицајан ефекат или не.¹⁹

Најзад, потребно је утврдити и да ли је државна помоћ пропорционална. Мера државне помоћи неће бити компатибилна са унутрашњим тржиштем уколико се истоветан резултат могао постићи доделом мањег износа компанији примаоцу. У томе лежи суштина принципа пропорционалности. Дакле, висина помоћи мора бити сведена на минимум неопходан за постизање циљева заштите животне средине. Изузетно, пропорционалност помоћи може зависити и од степена селективности мере.²⁰

Износ државне помоћи се, према Смерницама, рачуна са ослонцем на такозване прихватљиве трошкове (*eligible costs*, превод аутора). Ради се о додатним, екстра (нето) трошковима нужним за испуњавање циљева заштите животне средине. Међутим, кад је реч о помоћи у области система трговине дозволама, примењује се нешто другачији режим. Наиме, у овим случајевима пропорционалност ће бити остварена кроз услове и критеријуме, који ће обезбедити да корисник помоћи не добије прекомерне предности и да је селективност мере ограничена на најмањи износ.²¹

Најзад, треће, Комисија ће утврдити да ли ће негативни ефекти помоћи предузећу (изражени кроз нарушавање конкуренције и утицај на трговинске токове/размену) бити ограничени, тако да је свеукупна равнотежа позитивна. Уколико је укупан биланс предметне мере позитиван, мера државне помоћи ће бити проглашена компатибилном са унутрашњим тржиштем и обрнуто. Свакако ће ризик од нарушавања конкуренције бити много већи у случајевима када се мером државне помоћи настоје само вештачки одржати економски неефикасне компаније. Давање „вештачког дисања“ компанијама није суштина државне помоћи, већ је да се помогне здравим привредним субјектима како би постигли више стандарде заштите животне средине.

18 Смернице, т. 27.

19 Смернице, т. 28.

20 Смернице, т. 30–31.

21 Смернице, т. 33.

3. Решења Смерница о државној помоћи за заштиту животне средине у области система трговине дозволама за емисију штетних гасова

Државна помоћ у области система трговине дозволама за емисије штетних гасова може бити додељена у различитим облицима. Класичан пример представља додела дозвола и права од стране државе чланице испод њихове тржишне вредности. Битно је да се такво давање може приписати држави чланици.²² Приписивост помоћи држави чланици представља услов за поступање Комисије у сваком појединачном случају. Уколико се дата мера не може приписати држави чланици, неће се радити о државној помоћи у смислу члана 107(1) УФЕУ. Одредница да се помоћ може приписати држави чланици посебно долази до изражаја када се помоћ не додељује непосредно од стране државе чланице, већ посредним путем, преко неких других тела (на пример, органа територијалне аутономије или јединица локалне самоуправе, привредних субјеката под контролом државе и слично). Тада Комисија мора да докаже да је помоћ додељена од стране државе чланице или посредно, из државних извора, што понекад неће бити једноставан задатак.

Уколико је укупан износ дозвола које је издала држава чланица мањи од очекиваних потреба предузећа, укупан ефекат на ниво заштите животне средине биће позитиван. У том погледу, ако додељена права не покривају у целини очекиване потребе датог предузећа, оно ће смањити своје загађење, чиме ће допринети побољшању заштите животне средине, или ће купити допунска права на тржишту, плаћајући тако накнаду за загађење.²³ Дакле, на овај начин се непосредно реализује начело „загађивач плаћа“. У циљу заштите правилног функционисања унутрашњег тржишта, никаква прекомерна расподела права неће бити оправдана, док се прописима мора избећи стварање неоправданих препрека за улазак на тржиште.²⁴

Државна помоћ укључена у системе трговине дозволама за емисију штетних гасова биће компатибилна са унутрашњим тржиштем, у смислу члана 107(3)(ц) УФЕУ, уз претходно испуњење више услова.

Прво, системи трговине дозволама за емисију морају се успоставити на начин да остварују циљеве заштите животне средине изнад оних који се требају постићи на основу стандарда Уније који су обавезни за дата предузећа. Друго, расподела се мора извршити на транспарентан на-

22 Смернице, т. 139.

23 Смернице, т. 55.

24 *Ibidem*.

чин, мора бити заснована на објективним критеријумима и на изворима података највећег доступног квалитета. Укупан износ дозвола или права додељених сваком предузећу по цени испод тржишне вредности не сме бити виши од очекиваних потреба таквог предузећа, како се процењује за ситуацију непостојања система система трговине дозволама. Треће, методологија расподеле не сме фаворизовати одређена предузећа или одређене секторе, сем уколико је то оправдано логиком заштите животне средине у самом систему трговине, или уколико су таква правила неопходна из разлога доследности са другим политикама заштите животне средине. Четврто, нови учесници на тржишту, начелно, не добијају дозволе или права по повољнијим условима од постојећих предузећа која делују на истим тржиштима. Додела већег броја помоћи постојећим постројењима у поређењу са новим учесницима не би требала проузроковати стварање неоправданих баријера за улазак на тржиште.²⁵

Комисија ће проценити нужност и пропорционалност државне помоћи укључене у системе трговине дозволама за емисију у складу са неколицином критеријума.

Тако, избор корисника државне помоћи мора бити заснован на објективним и транспарентним критеријумима, а помоћ мора, у начелу, бити додељена на идентичан начин за све предузетнике у датом сектору, односно на истом релевантном тржишту ако се налазе у истој чињеничној ситуацији. Друго, потпуна продаја на аукцији мора довести до значајног повећања производних трошкова за сваки сектор или категорију појединих корисника. Треће, значајно повећање производних трошкова не може се пренети на потрошаче без појаве знатних смањења прихода од продаје. Та анализа може се спровести на основу процена еластичности цена производа у предметном случају. Поменуте процене се врше на релевантном географском тржишту. У циљу утврђивања да ли се повећање трошкова из система трговине дозволама може пренети на потрошаче, Комисија може користити процене изгубљене добити од продаје, као и њихов утицај на профитабилност компаније. Најзад, четврто, није могуће да само поједини предузетници у сектору изврше смањење нивоа емисија како би цена дозвола за емисију била прихватљива. Пружањем података о нивоима емисија који произлазе из најефикасније методе у Европском економском простору и коришћењем истих као мерило, могуће је доказати да се потрошња не може смањити. Свако предузеће које постигне најефикаснију технику може највише остварити право које одговара повећању производних трошкова произашлих из система трговина дозволама коришћењем најефикасније методе, а које се не може пренети на потрошаче. Сваки предузетник који

25 Смернице, т. 140(а)–140(д).

има лошију ефикасност заштите животне средине оствариће мање права, сразмерно својој ефикасности у заштити животне средине.²⁶

4. Државна помоћ у светлу одредаба Смерница о трговини дозволама за емисију штених гасова

Као што је већ поменуто, у првој половини 2012. године Комисија је усвојила Смернице о неким мерама државне помоћи у контексту шеме за трговину дозволама за емисију гасова са ефектом стаклене баште после 2012. године. У Смерницама су садржане одредбе о: а) државној помоћи за индиректне емисионе трошкове; б) инвестиционој помоћи високо ефикасним електрицима; в) помоћи укљученој у категорију прелазне беспилотне дозволе за модернизацију производње електричне енергије; г) помоћи укљученој у искључење малих постројења и болница из система ЕУ о трговини дозволама за емисију гасова са ефектом стаклене баште.

На поменуте облике државне помоћи не примењују се Смернице о животној средини и сви наведени облици државне помоћи морају се нотификовати Комисији. Притом, у Смерницама о трговини дозволама за емисију постављени су критеријуми за процену њихове компатибилности са унутрашњим тржиштем. Као и код Смерница о животној средини, Комисија ће примењивати балансирни тест, при чему је примарни циљ контроле државне помоћи у области система трговине емисијама обезбеђење већег степена смањења емисије гасова са ефектом стаклене баште, него што би био случај у одсуству помоћи. Државна помоћ мора бити нужна и ограничена на минимум неопходан постизање циљева заштите животне средине, без нарушавања конкуренције и трговине на унутрашњем тржишту.²⁷

За разлику од Смерница о животној средини, у Смерницама о трговини дозволама за емисију Комисија за утврђивање висине дозвољене помоћи користи концепт оправданог трошка (*eligible cost*, превод аутора). Интензитет помоћи варира у зависности од облика помоћи.

Тако, у погледу помоћи за индиректне емисионе трошкове, интензитет помоћи не сме прелазити 85% оправданих трошкова претрпљених у периоду од 2013–2015, 80% оправданих трошкова претрпљених у периоду од 2016–2018. и 75% оправданих трошкова претрпљених од 2019–2020.²⁸ Када је реч о државној помоћи за високоефикасне електране, оправдани трошкови ће бити ограничени на укупне трошкове инвестиције у нова постројења (материјалну и нематеријалну имовину)

26 Смернице, т. 141(а)–141(д).

27 Смернице о трговини емисијама, т. 5.

28 Смернице о трговини емисијама, т. 26.

који су стриктно нужни за изградњу нове електране. Притом, интензитет помоћи не сме прелазити 15% оправданих трошкова, уз неке изузетке када она не сме да прелази 10%, односно 5% оправданих трошкова.²⁹ Највећи интензитет резервисан је за државну помоћ укључену у *официоне прелазне бесилајне дозволе за модернизацију производње електричне енергије*, који износи 100% оправданих трошкова.³⁰ Оправдани трошкови биће ограничени на укупне инвестиционе трошкове (материјална или нематеријална имовина), као што је наведено у националном плану који кореспондира тржишној вредности бесплатних дозвола датих по кориснику, без обзира на оперативне трошкове и користи одговарајућег постројења.³¹

Дакле, може се закључити да нова правила уз помоћ којих државе чланице могу компензовати енергетски интензивне кориснике за више трошкове чије се наступање очекује од 2013. године, услед преласка на систем шеме за трговину емисијама, теже да ублаже утицај индиректних трошкова за емисију CO₂ за најосетљивије секторе привреде, уз истовремено спречавање појава које би могле да подрију ефективност целокупног система трговине дозволама у ЕУ.³²

III Контрола државне помоћи у области система трговине емисијама штетних гасова од стране Комисије

Контрола државне помоћи у области система трговине дозволама за емисију штетних гасоварегулисана је чланом 108. УФЕУ, који, практично, предвиђа две процедуре. Прва од њих представља *прелиминарно испитивање* дате мере државне помоћи у области система трговине дозволама, док се друга односи на *испитивни испитивањак*. Кад је реч о прелиминарном испитивању, држава чланица има обавезу да нотификује предметну помоћ Комисији. Притом, нотификација помоћи није ствар добре воље држава чланица, већ то представља њихову обавезу. Мера државне помоћи за коју постоји обавеза нотификације не сме бити спроведена, пре него што Комисија донесе или се сматра да је донела одлуку којом се дата помоћ одобрава (*standstill clause*).³³

29 Смернице о трговини емисијама, т. 35–39.

30 Смернице о трговини емисијама, т. 42.

31 Смернице о трговини емисијама, т. 41.

32 European Commission, *State aid: Commission adopts rules on national support for industry electricity costs in context of the EU Emission Trading Scheme*, Brussels, 22 May 2012, IP/12/498.

33 Council Regulation (EC) No 659/1999 of 22 March 1999 laying down detailed rules for the application of Article 93 of the EC Treaty OJ L83/1. Неслужбена (консолидована) верзија са амандманима из 2003. и 2006. се може наћи на сајту: <http://eur-lex.europa.eu>.

Међутим, од обавезе нотификације постоје неки изузеци. Тако, нотификација неће бити потребна уколико је дата мера државне помоћи обухваћена Општом уредбом о блок-изузећу.³⁴ Поред овог случаја, нотификација неће бити потребна ни кад предметна помоћ потпада под Уредбу о примени чланова 87 и 88 Уговора *de minimis* помоћ³⁵ (такозвана *de minimis* Уредба), као ни у ситуацији када се ради о појединачној помоћи додељеној преко одобрене шеме помоћи, ако висине тих појединачних помоћи не прелазе било које одређене прагове.

Након окончања фазе прелиминарног испитивања плана за доделу државне помоћи у области система трговине емисијама, Комисија може заузети неколико различитих ставова. Пре свега, може закључити да се у предметном случају уопште не ради о државној помоћи, па ће онда донети такву одлуку која ће бити саопштена држави чланици. Друго, Комисија може закључити да, у погледу предложене мере државне помоћи, не постоје било какве примедбе, па ће у тој ситуацији сматрати да је нотификована мера помоћи компатибилна са унутрашњим тржиштем (*decision not to raise objections*). Најзад, Комисија може, након завршетка ове прелиминарне фазе, да закључи да постоје сумње у погледу компатибилности нотификоване мере помоћи са унутрашњим тржиштем, што значи да ће у том случају покренути другу фазу поступка, фазу испитног поступка.

Између два поступка, који временски следе један после другог, постоје одређене битне разлике. Суштина прве процедуре, односно прелиминарног испитивања, је у томе да Комисија стекне *uvis* (*prima facie*) и формира мишљење о компатибилности мере државне помоћи са унутрашњим тржиштем, док друга процедура има за циљ да Комисија стекне потпуни увид у чињенице *целокуйној случаја*, како би донела коначну одлуку.

Након окончања испитног поступка, доноси се одлука, која може бити у различитој форми. Тако, Комисија може заузети став да се у предметном случају нотификована мера не може окарактерисати као државна помоћ, јер не испуњава услове предвиђене чланом 107(1) УФЕУ. Друго, Комисија може утврдити да су сумње у погледу предложене мере државне помоћи отклоњене од стране државе чланице, па ће предметну меру помоћи прогласити компатибилном са унутрашњим тржиштем (такозвана „позитивна одлука“). Треће, Комисија може условити доношење позитивне одлуке испуњавањем одређених уна-

34 Commission Regulation (EC) No 800/2008 of 6 August 2008 declaring certain categories of aid compatible with the common market in application of Articles 87 and 88 of the Treaty (General Block Exemption Regulation)[2008] OJ L214/3.

35 Commission Regulation (EC) No 1998/2006 of 15 December 2006 on the application of Articles 87 and 88 of the Treaty to *de minimis* aid, [2006] OJ L379/5.

пред постављених услова и обавеза које морају бити испуњене („условна одлука“). Најзад, четврто, Комисија може предметну меру државне помоћи прогласити инкомпатибилном са унутрашњим тржиштем („негативна одлука“).³⁶ Кад је реч о условној одлуци, уколико држава чланица додели помоћ, не повинујући сепостављеним условима, тада ће се радити о незаконитој помоћи и Комисија, али и друге заинтересоване државе чланице, ће моћи да покрену поступак пред судовима Уније због кршења одредби УФЕУ. Слично је и са неспровођењем негативних одлука о државној помоћи.

Уколико је Комисија након окончања поступка донела одлуку о инкомпатибилности мере државне помоћи у области система трговине дозволама са унутрашњим тржиштем, наложиће држави чланици да предузме све неопходне мере, у циљу *повраћаја незаконитије помоћи* која је њеном кориснику додељена. Под незаконитом помоћи се подразумева: а) помоћ која није била нотификована Комисији; б) помоћ која је била нотификована, али је реализована у време трајања поступка пред Комисијом (било да се ради о прелиминарном испитивању или формалној истрази); в) помоћ која је додељена супротно условно компатибилној одлуци Комисије; г) помоћ која је реализована, иако је Комисија донела негативну одлуку, односно одлуку о њеној инкомпатибилности са унутрашњим тржиштем.

Ипак, пракса је показала да процес повраћаја незаконито додељене државне помоћи не тече ни лако ни брзо. Државе чланице се доста нерадо опредељују на овакав корак, иако су на то обавезане, постављајући често националне интересе испред интереса Уније. То је директна последица више различитих узрока.

Пре свега, у многим случајевима државе чланице су *искључиво одговорне* за кашњење у реализацији одлуке Комисије о повраћају незаконито додељене државне помоћи. Поред овог разлога, за закашњење у извршавању одлука о повраћају помоћи као узрок се наводе и *недостатак прецизности* у одлукама о повраћају (било да се ради о идентификацији компаније која мора да врати помоћ, или о висини износа који је предмет повраћаја), али и *дуготрајне процедуре повраћаја помоћи*, које се спроводе у складу са националним законодавством односно државе чланице.³⁷

Како би избегле да помоћ у области система трговине дозволама буде окарактерисана као инкомпатибилна са унутрашњим тржиштем, државе чланице често прибегавају различитим облицима *неформал-*

36 Уредба о поступку, чл. 7.

37 О овоме види више у: Nuria Mariñas, „Enforcement of State aid recovery decisions“, *Competition Policy Newsletter*, бр. 2/2005, стр. 18–19.

них консултација у вези са мером помоћи која ће бити нотификована Комисији. То се, у пракси, чини пре него што је покренута фаза прелиминарног испитивања. Овакви састанци би се могли окарактерисати као „предпрелиминарна фаза“ поступка, иако она није нигде поменута ни у Уговору о функционисању ЕУ, нити Уредби о поступку. Њихова сврха лежи у разјашњавању недоумица у погледу дате мере помоћи у области система трговине дозволама, размени ставова и мишљења, и слично. Овакви неформални „сусрети“ су нарочито значајни кад је реч о озбиљнијим и тежим случајевима, будући да државе чланице још на самом почетку имају могућност да сазнају став Комисије о многим питањима. То им омогућава да на много бољи начин припреме нотификацију или, евентуално, изврше измене мере помоћи у области система трговине дозволама коју намеравају да доделе. Осим тога, на овај начин се избегавају потенцијални спорови држава чланица и Комисије, штеди време и финансијски и људски ресурси. Иако би овакви неформални састанци могли представљати кршење принципа да се прелиминарна фаза поступка одвија искључиво између Комисије и дате државе чланице, она се у пракси показује као веома корисна, па зато од ње не треба бежати.³⁸

У пракси је било више случајева када су институције Уније испитивале помоћ у области система трговине дозволама.

Тако, Комисија је разматрала нотификовану шему помоћи британске владе о трговини, у циљу смањења емисија гасова са ефектом стаклене баште. Шема помоћи је била нотификована на период од пет година, а састојала се у давању подстицаја компанијама у замену за апсолутно смањење емисија и установила је систем трговине емисијама који омогућава трговину емисионим дозволама у циљу смањења емисија испод одређених вредности. Комисија је разматрала нотификовану шему помоћи на бази тада важећег члана 87(3)(ц) Уговора о ЕЗ (сада 107(3)(ц) УФЕУ) и дошла до закључка да је она компатибилна са унутрашњим тржиштем.³⁹ Касније је Комисија одобрила и нотификоване модификације поменуте шеме помоћи.⁴⁰

38 О овоме види шире у: Миле Рачић, Синиша Домазет, „Повраћај незаконите државне помоћи у праву конкуренције ЕУ“, 9. Међународно саветовање „Октобарски правнички дани“, 12–13. Октобар 2012, Бања Лука, *Правна Ријеч*, бр. 33/2012, стр. 145–156.

39 State aid No N 416/2001 – United Kingdom Emission Trading Scheme, C (2001) 3739 fin.

40 State aid No N 104/A/2002 – United Kingdom, *Emission Trading Scheme – Modification to Commission decision State aid N 416/2001 of 28 November 2001– raise of maximum share of the incentive per company* C (2002) 685.

Слично је било и у случају када су холандске власти нотификовале Комисији правни оквир за шему трговине емисијама за атмосферске загађиваче NOx. У складу са холандским системом трговине емисијама NOx, нове компаније које желе експанзију на тржишту не морају да траже дозволе, већ само треба да се ускладе са релативним стандардом емисије. Систем није био на добровољној бази, већ се свако постројење морало ускладити са емисионим стандардом. Притом, смањење емисија у облику NOx кредита било би понуђено на емисионом тржишту од стране постројења чије су емисије испод постављеног емисионог стандарда. Укупна емисија NOx од стране постројења за годину дана морала је бити компатибилна са дозвољеном емисијом, заснованом на униформном емисионом стандарду постављеном за годину дана и количином утрошене енергије од стране постројења. Дакле, апсолутна дозвољена гопдишња емисија се израчунавала уз помоћ релативног стандарда емисије и количине енергије утрошене од стране постројења. У складу са поменутом шемом, холандске власти би контролисале на крају сваке године да ли је постројење испунило постављену апсолутну емисију, при чему би свако постројење само одлучивало да ли ће да размењује смањења емисије за дату годину или будућу годину. Након спроведеног поступка, Комисија је закључила да је нотификована помоћ компатибилна са унутрашњим тржиштем.⁴¹

IV Закључак

На основу свега реченог, може се закључити да је систем трговине дозволама у ЕУ изузетно развијен. Он представља не само израз жеље за што бољом заштитом животне средине, већ и настојања да се испоштују одредбе Кјото Протокола у вези са емисијом гасова са ефектом стаклене баште. Државна помоћ у области система трговине дозволама може примити различите облике, што не значи да ће у коначном исходу бити допуштена од стране Комисије. Услови за компатибилност помоћи са унутрашњим тржиштем садржани су у одговарајућим актима „меког“ права (у овом случају, смерницама), чије одредбе Комисија примењује приликом одлучивања о сваком од облика нотификоване помоћи. Као и код других облика помоћи, тако и у овој ситуацији Комисија захтева да помоћ буде нужна, пропорционална и да опада током времена. Проблеми који се могу јавити у имплементацији одредаба Смерница о заштити животне средине и Смерница о трговини емисијама односе се на избегавање нотификације помоћи, неспровођење евентуалне одлуке

41 О овоме видети шире у: Melvin Könings, „Emission trading – why State aid is involved: NOx trading scheme“, *Competition Policy Newsletter*, бр. 3/2003, стр. 77–79.

о повраћају помоћи, али и тешкоће у вези са прецизним утврђивањем износа оправданих трошкова. Најзад, Комисија је у Смерницама о трговини емисијама посебан нагласак ставила на секторе који су изложени значајном ризику од цурења угљеника, поставивши услове под којима ће помоћ за компензацију по основу трошкова дозвола за емисију бити компатибилна са унутрашњим тржиштем.

Mile RAČIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law, University of Istočno Sarajevo

Mag. Siniša DOMAZET

PhD student of the Faculty of Law, University of Niš

STATE AID AND GREENHOUSE EMISSIONS TRADING SYSTEM IN EU COMPETITION LAW

Summary

The authors of this article are governed by two different methods. The first of these is a positive-legal method that is designed for the analysis of positive policies in matter of state aid. The second one is legal and logical method of induction and deduction, which is applied in solving many legal and logical problems that may arise as a result of a complex system of trade allowances to emit greenhouse gases in the EU. State aid included in the greenhouse emissions trading system is, basically, inadmissible in the EU, but under certain conditions can be compatible with the internal market. In assessing the compatibility of notified state aid, the Commission uses the so-called balancing test, weighing the positive and negative effects of aid. Particular attention European Commission devoted to framework under which Member States can compensate some of the companies for electricity costs that are expected due to changes in the emissions trading scheme from 2013.

Key words: law, EU, state aid, environmental protection, emissions trading system.

УДК 347.965.42:368

др **Анеџа СПАИЋ**
доцент Правног факултета Универзитета у Црној Гори

МЕДИЈАЦИЈА У ОСИГУРАЊУ

Резиме

Анализа релевантне правне регулативе и актуелне праксе указује на изражен тренд рјешавања комплексних спорова у осигурању путем медијације. Овај инструмент се све више перципира као дио корпоративне културе која подразумијева исти као ирелиминарни корак у рјешавању сваког насталог спора. Истовремено, конвенционе методе рјешавања спорова као веома скупе и споре, се занемарују, а медијација се, ради обезбјеђивања повјерљивости, контроле у спору, наставака коректних и фер пословних односа, намеће као рационалан и логичан избор пословних ентитета за рјешавање насталих спорова.

Кључне речи: медијација, привредни спор, осигурање.

Осигурање као веома важна друштвена област, која у себи садржи механизме економско-правне природе, представља правни институт најједноставније изражен кроз специфични концепт накнаде штете настале у друштву, стихијски усљед дејства природних сила или усљед наступања несрећних случајева. Овај институт пружа економску заштиту осигураницима од штетних дејстава и економских поремећаја до којих долази увијек када наступи осигурани случај, а који често за посљедицу има спор између осигуравајуће куће и осигураника. Рјешавање ових спорова, усљед односа трајне пословне сарадње и економске повезаности субјеката, је веома погодно за данас све присутнији фаворизовани инструмент односно технику рјешавања насталих спорова – медијацију.

Разлози за прихватање медијације у осигурању се углавном могу свести на предности медијације у односу на друге начине рјешавања спорова, нарочито имајући у виду питање повјерења.

I Правни посао осигурања

Концепт осигурања почива на улагању новчаних средстава неодређеног броја физичких и правних лица у осигуравајуће друштво које се обавезује да исплати новчану накнаду, суму осигурања или учини нешто друго, у случају штете на имовини, уништења или оштећења ствари, смрти или повријеђивања тијела или нарушења здравља, због наступања неког догађаја који се унапријед није могао предвидјети, односно чије се наступање није могло спријечити или избјећи услед протека времена, на основу уговора о осигурању (полисе) и услова који су унапријед прописани од осигуравајућег друштва.¹ Било да је ријечи о његовом мандаторном или добровољном облику, осигурање се заснива на уговору, којим се прецизирају обавезе двије уговорне стране – осигураника који се обавезује да плаћа премију осигурања и осигуравајуће куће да сноси посљедице остварења евентуалног ризика, односно наступања осигураног случаја што подразумијева исплату накнаде из осигурања или осигуране суме. Осим овако постављених темељних обавеза одређених уговором, законско или уговорно прецизирање овог посла обично садржи и неке од сљедећих обавеза: прихват понуде код обавезних осигурања, издавање полисе осигурања, предају општих и посебних услова осигурања (обавезе осигуравача), пријаву околности значајних за оцјену ризика и промијењене околности од којих зависи ризик, обавјештавање о настанку осигураног случаја и предузимање мјера спашавања (обавезе осигураника и уговарача осигурања).²

1 У националном црногорском оквиру: Закон о облигационим односима Црне Горе (*Службени лист Црне Горе*, бр. 47/08), Закон о осигурању Црне Горе (*Службени лист Црне Горе*, бр. 78/06), Закон о поморској и унутрашњој пловидби (*Сл. лист СРЈ*, бр. 12/98). На међународном плану: Јорк-Антверпенска правила (1950 и ревизија из Хамбурга 1974 и 1994), INCOTERMS правила, Лојдова полиса (допуњена посебним клаузулама: FPA, WA, AAP).

Основна идеја која лежи иза осигурања је повезивање ризика великог броја лица у један фонд. Наиме примјеном закона математике – закона вјероватноће, само релативно мали број неповољних догађаја деси се у једној години.

2 Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, 9. издање, Београд, 2006, стр. 133–149; Радомир Ђуровић, *Међународно привредно право*, Београд, 2004, стр. 347–359.

У зависности од ризика – предмета коме је ризик изложен, броју предмета и мјесту његове реализације, разликујемо, неколико категорија осигурања. Водећи се критеријумом предмета односно интереса који се покривају осигурањем, послови осигурања се дијеле на осигурање *имовине* и осигурање *лица*. И док осигурање

Анализа овог посла у пракси диференцира посао осигурања од самог уговора о осигурању. Како је посао осигурања шири од самог уговора о осигурању, број спорова који се могу јавити из овог посла је много већи, јер се исти односе на сва, *de facto* и *de iure*, питања која могу произаћи из посла осигурања, а не само она која директно проистичу из уговорног односа. Уговор о осигурању, који представља *iustus titulus* сваког посла осигурања се закључује у форми уговора на основу учињене писмене понуде. Двострано је обавезан што значи да је осигураник дужан да плаћа премију осигурања, а осигуравач да испуни уговорну обавезу исплатом осигуране своте након наступања осигураног случаја. За закључење уговора о осигурању потребно је испунити одређене услове, чије неиспуњење може довести до спора између страна, односно до санкције рушљивости, како је предвиђено у већини упоредних националних законодавстава. Непоштовање елемената уговора о осигурању, као што су ризик, предмет осигурања – ствари или лица које се осигуравају, трајање осигурања, осигурани случај, сума осигурања, накнада осигурања, интерес осигурања и премија осигурања, представља основ за потенцијални спор између уговорних страна.³

имовине обухвата осигурање ствари и осигурање од одговорности, осигурање лица се дијели на осигурање *живојша* и осигурање од *посљедица несрећног случаја*. Полазећи од критеријума обавезности осигурања, разликујемо обавезна, која су за одређене категорије лица предвиђена као таква, и добровољна, која настају на основу воља уговорних страна. Дјелимично повезано са овом подијелом је и разликовање на индивидуална и колективна осигурања, у зависности од броја лица која закључују уговор у зависности од мјеста реализације ризика разликујемо: копнено, ваздушно, и пловидбено осигурање. Такође, према критеријуму начина организовања осигурања разликујемо премијско и узајамно осигурање.

- 3 Да бисмо уопште могли говорити о осигурању, немогуће је не говорити о *ризик*у, као кључном, будућем, неизвјесном догађају који је, са аспекта времена и обима његовог наступања, у моменту закључења уговора непогуће предвидјети. Дакле, из парадигме правне конструкције овог посла, ризик се сматра конститутивним елементом, *conditio sine qua non* осигурања, док се са економског аспекта може рећи да је у питању могућност настанка нежељеног, економски штетног догађаја који, ако наступи, ствара обавезу осигуравача према осигуранику из закљученог уговора о осигурању или на основу закона (на пример, у саобраћају на основу обавезног осигурања). Да би се ризик осигурао, потребно је да је могућ, неизвјестан, да не зависи од воље осигураника или трећих лица, да је случајан и да повређује цјеловитост имовине или личности наносећи им штету. Ризици од кога се осигуравају уговорне стране се одређују тачним набрајањем, или општим одређивањем врсте ризика, који се у теорији и пракси углавном препознају као основни и допунски ризици. Под *осигураним случајем* се подразумева догађај, унапријед одређен законом или уговором, чије наступање значи настајање главне обавезе осигуравача, односно исплате накнаде, осигуране суме или чињења нечег другог. *Осигурана сума* или *сума осигурања* је новчани износ који осигуравач исплаћује усљед наступања осигураног случаја. Осигурана сума је и горња граница обавезе осигуравача, при чему висина осигуране суме зависи од висине премије.

Када је ријеч о пословним субјектима који закључују посао осигурања најважнији су осигуравач (друштво за осигурање), уговорач осигурања и корисник осигурања. Сваки од набројаних актера овог посла има своје правне и економске специфичности које, по опсежности и значају у овом послу, могу представити предмет једног самосталног обимног рада.⁴

1. Природа спорова у осигурању

У уговорима о осигурању, као и у свим другим привредним пословима, неиспуњење или неуредно испуњење обавеза на које су се стране обавезале, има за посљедицу генерисање спорова веће или мање вриједности.⁵ Спорови могу настати тако што уговорне стране не изврше неку од уговорних обавеза која се може односити на: а) исплату осигуравајуће суме усљед наступања осигураног случаја; б) неплаћања премије осигурања; в) достављања фалсификованих докумената; г) преузимања нелегалних радњи као што је на примјер уништавање имовине од стране осигураника како би истом била исплаћена сума осигурања.⁶ Од недавно, спорови поводом ових и других разлога се могу рјешавати и поступком медијације. Како предмет осигурања може покривати велики број *de facto* и *de iure* питања, тако су и спорови проистекли из њих веома разноврсни, а могу се односити на: а) закључење и извршење уговора о осигурању имовине и лица; б) закључење и извршење уговора о реосигурању и саосигурању; в) мјере за спречавање и смањивање ризика који угрожава осигурану имовину и особе. Послови осигурања такође могу обухватати: а) послове посредовања у уговарању осигурања; б) заступање у осигурању; в) снимање и процјену

Дакле, што је већа премија већа је и осигурана сума. Не мање значајан дио уговора је и *полиса осигурања*, која садржи битне одредбе које се тичу уговорних страна, њихових личних података, трајања осигурања, премија осигурања и слично. Надаље, полиса осигурања представља доказ да је уговор склопљен те због тога представља важан дио овог уговора. М. Васиљевић, *нав. гјело*, стр. 139.

- 4 Начелно говорећи, осигуравајуће друштво је правно лице које се уговором о осигурању обавезује да, за случај остваривања ризика, исплати накнаду штете, односно исплату износа кориснику осигурања. Корисник осигурања је лице у чије име се закључује посао и у односу на кога је осигуравач дужан да испуни обавезу у моменту наступања осигураног случаја, док се агентима осигурања сматрају заступници који у име и за рачун осигуравача закључују уговор о осигурању, а чији је основни посао проналажења клијената – осигураника и уговараче осигурања.
- 5 Sitti Nurbaiti, „Mediation: As One Of Alternatives Of Insurance Dispute Resolution In Indonesia“, Asian Pacific Mediation Forum 2008, доступно на адреси: <http://www.apmec.unisa.edu.au/apmf/2008/papers/24-siti%20nurbaiti.pdf>, 14.11.2012.
- 6 Ricardo Simanjuntak, „Various Legal Disputes that May Arise from Insurance Contract and the Resolution“, *Business Law Journal*, бр. 26/2007, стр. 74.

ризика и штета; г) продају остатка уништених осигураних ствари; д) пружање правне помоћи, као и друге интелектуалне и техничке услуге у осигурању.⁷ Ови спорови се могу навести као примјер спорова погодних за рјешавање медијацијом. Узроци спорова између осигуравача и осигураника често нијесу правне природе, већ више последица неспоразума о неком имовинском, трговинском, породичном, радном, управном и кривичном питању, у односима у којима стране могу слободно располагати, у ситуацији када законом није прописана искључива надлежност суда или другог органа.⁸

II Медијација у осигурању

Идеја медијације је да странке саме дођу до оптималног рјешења које ће почивати на узајамној толеранцији са циљем очувања дугорочне пословне сарадње и унапређења пословних односа. Поред основног обрасца унапређења осигурања у земљама Европске уније уређеног директивом ЕУ о осигурању, принцип заштите слабије стране налаже, прије свега, предузимљивост и одговорност осигуравајућих кућа за развој медијације као технике за рјешавања спорова. Наиме, осигураник, као слабија и често неука страна, очекује од осигуравача да понуди средства, пут и оптималне услове за постизање споразума између странака у спору како би се избјегао уобичајени редовни судски поступак.⁹

У складу са директивом ЕУ, поједини европски национални системи су настојали да прихвате уговорну технику инкорпорирања медијације као модела рјешавања спорова насталих у осигурању.¹⁰ Ана-

7 Наташа Петровић Томић, „Медијација у осигурању“, *Зборник Правног факултета Универзитета у Ријеци*, Вол. 31, бр. 1, 2010: У истраживању Асоцијације медијатора у Француској, дошло се до сљедећих података о заступљености специфичног типа спорова у медијацији: „61,4% спорова произлази из осигурања лица, док на имовинска осигурања отпада преосталих 38,6%. Када се ради о *личним осигурањима*, 54% спорова се односи на појединачне уговоре. Међу њима треба посебно истаћи животна осигурања (која су апсолутни рекордер медијације). Од спорова пореклом из *имовинских осигурања*, највише су заступљени спорови у вези са осигурањем од одговорности ималаца моторних возила. Посебно је корисна улога медијације у случају елементарних непогода (и уопште догађаја који имају огроман одштетни потенцијал, попут терористичких напада), када се број спорова из осигурања драстично повећава, а судови постају претрпани и у немогућности да предмете процесуирају у иоле разумном року.“

8 За дистинкцију између објективне и субјективне медијабилности више видјети: Н. Петровић Томић, *нав. чланак*, стр. 475–493.

9 Н. Петровић Томић, *нав. чланак*, стр. 479. О теорији разумних очекивања у осигурању: Keneth Abraham, „The Expectations Principle As a Regulative Ideal“, *Connecticut Insurance Law Journal*, Vol. 5:1, 1998, стр. 59–68.

10 Директива о посредовању у осигурању, 2002/92/ЕС Европског парламента и Савјета од 9. децембра, *OJ L 009*, 15.1.2003, стр. 3–10.

лизом упоредних искустава закључујемо да медијацију треба схватити као дио пословне стратегије осигуравајућих друштава удружених у асоцијације, која у својем окриљу формирају одјељења за рјешавање спорова медијацијом. Друштва осигурања плаћају одговарајућу чланарину за чланство у њима, из које се обезбјеђује бесплатна медијација. Како је уговор о осигурању атхезиони по својој природи, уношење клаузуле којом се уговарач осигурања и осигуравајуће друштво обавезују на покушај мирена медијацијом је први корак за стварање свијести и етаблирање ове праксе. Осигуравајуће куће су, у потрази за ефикасним системом за рјешавање спорова осигураника и оштећених лица, у неким системима, усталиле праксу уношења арбитражних или клаузула о медијацији, као претходном начину рјешавања спорова из осигурања. Наиме, прихватањем система *two or multi tier clauses*, о чијем значају и садржини је било ријечи у I глави, медијација би се морала схватити као дио уобичајеног поступка, тј. као пут којим се редовно иде када дође до спора.¹¹ Сматра се да се оваквим поступањем, осигуравајуће куће постепено обавезују на покушај да настали спор ријеше на флексибилан начин, остављајући им простор да касније прибјегну формалнијим и ригиднијим системима рјешавања спорова. Тиме што се осигуранику и овлашћеном представнику осигуравача, у присуству стручног и непристрасног медијатора, омогући да у поступку медијације постигну договор, враћа се изгубљено поверење и обезбјеђује се даља сарадња. Такође, скраћивање времена за рјешавање спора у обављању сваке привредне дјелатности доприноси унапређењу пословања и односа са клијентима. Како је то обично националним законским текстовима предвиђено, трајање поступка медијације је обично ограничено на одређени период, па ако се исти не заврши успјешно, рјешавање спора се наставља пред судом. Надаље, редуцирање трошкова је битна предност која свој конкретан израз има у осигурању. Овим поступком осигуравач се ослобађа трошкова судских такси, вјештачења и свједочења, а осигураник трошкова поступка, користећи услуге трећег непристрасног и стручног лица.¹² Дакле, разлози за прихватање медијације у осигурању се углавном могу свести на предности медијације у односу на друге начине рјешавања спорова, укључујући и питање повјерења. Ако би се кључни принцип медијације – принцип повјерења довео у питање, овакво поступање странака, нарочито ако је ријеч о привредним субјектима и актерима на

11 Н. Петровић Томић, *нав. чланак*, стр. 477–478. Maria Goltsman, Johannes Hörner, Gregory Pavlov, Francesco Squintani, „Mediation, Arbitration and Negotiation“, *Journal of Economic Theory*, бр. 144/2009, доступно на адреси: <http://ibe.eller.arizona.edu/docs/2008/blume/Goltsman-Hoerner-Pavlov-Squintani.pdf>, 15.11.2012.

12 Nicholas Stevens, „Get Ready for Mediation: Your Client Deserves It“, *New Jersey Law Journal*, бр. 07/2004, стр. 1.

тржишту, директно би утицало на сваки будући посао и на нарушавање њихове репутације. Изношење оваквих питања у редовном судском поступку би имало негативне посљедице и проузроковало би штету не само осигуравачима већ и осигураницима, те се медијација сматра идеалним системом примјенивим на спорове из осигурања.¹³

1. Међународни правни оквир медијације у осигурању

а) *UNCITRAL Модел закон о посредовању у међународним привредним споровима*

Један од првих и најзначајнијих правних инструмената, у генерисању међународног и националних правних оквира, за креирање амбијента примјене алтернативних техника за рјешавање спорова је UNCITRAL Модел Закон о међународном трговинском посредовању. Наиме, Комисија Уједињених нација за међународно трговинско право (UNCITRAL) је управо овим текстом пружила смјернице УН државама чланицама приликом дефинисања законодавног оквира за примјену медијације у међународним трговинским споровима. Модел закон предвиђа униформна правила у погледу процеса посредовања како би се подстакла његова употреба и обезбиједила већа предвидљивост и правна сигурност. Да би се избјегла неизвјесност усљед одсуства законске регулативе, Моделом закона се уређују процедурални аспекти посредовања, именовање медијатора, почетак и престанак медијације, понашање посредника, комуникација између посредника и страна у спору, поверљивости и прихватљивости доказа у другом поступку, као и само питање извршности споразума. UNCITRAL-ов модел закон је ограничен на међународне привредне спорове, док је националним јурисдикцијама остављен простор да UNCITRAL Модел закон примјене и прошире на привредне и непривредне националне спорове.¹⁴ Дакле принцип аутономије воље странака омогућава да се било која одредба Модела закона искључи или измени, на њима одговарајући начин (члан 1(2) UNCITRAL Модел закона).¹⁵

13 *Ibid.*, стр. 38.

14 Водич UNCITRAL Модел закон о посредовању у међународним привредним споровима, доступно на адреси: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/03-90953_Ebook.pdf, 10.11.2012.

15 Канада је у складу са UNCITRAL Модел законом о медијацији у међународним привредним споровима донијела Униформни закон примјењујући га и на националне и на међународне привредне спорове, управо слиједећи инструкцију из Водича овог Модел закона.

б) Директива ЕУ о употреби медијације у грађанским и привредним споровима

Када је ријеч о легислативи у области медијације и у грађанским и привредним споровима, све до 1998. године, одсуство јединственог третмана техника алтернативног начина рјешавања спорова је сматрано озбиљном препреком привредног расту у Европи. Иако процес хомогенизације техника алтернативног начина рјешавања спорова отпочео 1998. године, тек 2002. године Европска комисија је издала Зелену Књигу (*Green Paper*). Упркос овако исказаним интересима Европе у правцу обезбјеђивања економске ефикасности у рјешавању привредних спорова у Европи, Европски парламент и даље остаје пасиван и сумњичав у цијелсходност мјера и техника. Тек 2005, када је члан Европског парламента Арлин Мекарти објавио упитник о предложеној директиви о алтернативним механизмима у рјешавању спорова, скептици поводом алтернативних начина рјешавања спорова су прихватили идеју о потреби и ефикасности АДР-а у комерцијалном сектору. Ипак, директива је усвојена тек у мају 2008. године.¹⁶

Како је медијација неформалан поступак, прво је било потребно размотрити зашто и у којој мјери медијацију треба регулисати. Након многобројних анализа о потреби регулисања овог питања, закључено је да је улога и значај присуства законских рјешења, на нивоу ЕУ, чак трострука. На првом мјесту се истиче намјера усаглашавања једнаких или пак сличних рјешења и праксе у државама чланицама Европске уније, затим, промовисање медијације као технике рјешавања спорова, и коначно обезбјеђивање поштовања основних начела као што су повјерљивост, транспарентност, непристрасност и правичност.¹⁷ Директива ЕУ о појединим аспектима медијације у грађанским и привредноправним стварима се примјењује у посредовању у грађанским и трго-

16 *Official Journal of the European Union*, L 136/3, од 24.5.2008. Текст директиве је доступан на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:EN:PDF>, 14.11.2012.

Више: Peter Phillips, „European Directive on Commercial Mediation: What It Provides and What It Doesn't in Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation“, *Fordham Law School*, Martinus Nijhoff Publishers, стр. 311–319.

17 Juan Pablo Cortés Diéguez, „Mandatory Online Mediation for European Consumers: Legal Constraints and Policy Issues“, доступно на адреси: <http://www.bileta.ac.uk/Document%20Library/1/Mandatory%20Online%20Mediation%20for%20European%20Consumers%20Legal%20Constraints%20and%20Policy%20Issues%20%5BPablo%20Cortes%5D.pdf>, 14.11.2012;

Gergelz Szöke, „The Possibility of Online Mediation under the Hungarian Mediation Act in Comparison with a Number of International, Including European, Documents on Mediation“, 2006, доступно на адреси: http://mujlt.law.muni.cz/storage/1205530110_sb_12-szoke.pdf, 10.10.2012.

винским споровима где странке у спору имају сједиште у различитим државама чланицама ЕУ, са изузетком Данске. Она се, свакако, односи на посредовање у споровима потрошача који су комплементарно уређени и Препоруком ЕК за споразумно рјешавање спорова потрошача,¹⁸ а иста није примјењива на права и обавезе о којима странке самостално не могу одлучивати, по правилима важећег породичног и радног права. Битно је напоменути да се ова Директива превасходно односи на уговоре са међународним елементом, чиме се само индиректно имплицира њена примјена на унутрашње спорове држава чланица. Иако се овом директивом није постигао апсолутни успјех у смислу пружања сврсисходног правног оквира, њеном промулгацијом се заокружује десетогодишњи европски процес у коме су, неке од европских држава исцрпним дјеловањима допринијеле сагледавању и разумијавану медијације као инструмента рјешавања привредних спорова.

в) ЕУ Директива о посредовању у осигурању

Интегрисано тржиште осигурања у Европској унији захтјева од посредника осигурања да на једнообразан начин спроводе активности односно услуге широм ЕУ, тј. у свим државама чланицама, у складу са принципима униформног текста. У правцу обезбјеђивања истински интегрисаног тржишта осигурања, Европска унија је 2002. године издала директиву чији је циљ стварање унутрашњег тржишта осигурања, као и успостављање правног оквира којим би се обезбиједио висок ниво стручности и професионализма између агената осигурања, а којом се надаље гарантује висок ниво заштите интереса клијената.

Европски парламент је 9. децембра 2002. усвојио Директиву 2002/92/ЕС о осигурању у медијацији. Сходно члану 2(3) Директиве ЕУ о посредовању у осигурању, „посредовање у осигурању“ подразумијева „активности увођења, предлагања и спровођења припремних радњи за закључивање уговора о осигурању, односно само закључивање уговора, или администрирање или асистенцију у извршавању истих, посебно онда када се размотре и захтјеви актера осигурања односно њихове тужбе“.¹⁹ Надаље, директивом се од држава чланица захтијева да: региструју све посреднике осигурања или реосигурања; регистре посредника учини доступним јавности; предузму одговарајуће санкције против нерегистрованих посредника који нуде или организовању услуге осигурање, као и против оних компанија које користе услуге нере-

18 Препорука Европске комисије 2001/310/ЕК од 4. априла 2001. о принципима које се односе на консензуално рјешавање потрошачких спорова СОМ (2001) 16.

19 Директива ЕЗ о појединим аспектима медијације у грађанским и привредним споровима, 2008/52/ЕС, рецитал 10, 11 члан 1 (1)(2).

гистрованих посредника осигурања; обезбједе висок ниво стручности и професионализма независних посредника; и уведу широк спектар мјера заштите потрошача.²⁰ Директива има за циљ да хармонизује законске текстове о осигурању широм Европске уније и тако допринесе креирању јединственог европског тржишта финансијских услуга. Поред наведеног, овим текстом се промовишу услуге медијације за прекограничне спорове.²¹ У преамбули Директиве, у тачки 23, објашњава се да „у контексту успјешног рјешавања спорова између осигураваача, посредника осигурања и осигураника, постоји потреба за одговарајућим и ефикасним системом за рјешавање спорова између поменутих актера осигурања“. Директивом се, у члану 11 главног текста, прецизира да се од држава чланица очекује да подстичу јавна и приватна тијела основана са циљем промовисања тренда рјешавања спорова ван суда и сарадње у рјешавању прекограничних спорова.

2. Национална законодавства о медијацији у осигурању

Ради сагледавања нивоа успјешности у присутности медијације у осигурању, наводимо неколико успјешних модела у којима је усвајање технике посредовања дало одличне резултате у овој области. Један од тих примјера је Велика Британија, гдје је Међународни институт за спречавање сукоба и рјешавање спорова (CPR) издао Међународни протокол за (ре)осигурање индустрије решавање спорова (Протокол), који прописује процедуре за брзу идентификацију насталог спора, размјену информација, директне преговоре и увођење квалификоване, неутралне треће стране да олакшају такве преговоре кроз поступак посредовања.²² Иако Протокол у овом тренутку није правно обавезујући, аутори предвиђају да ће, у скорој будућности, управо овај Протокол одредити стандард за сектор осигурања у Великој Британији. Протоколом се, такође, у контексту генерисања економских бенефиција, одређује поштовање досадашње судске праксе и стандарда поступања.

Велики број земаља је усвојио националне законе којим се уређује питање примјене медијације у рјешавању спорова у осигурању.

20 Британска влада је усвојила националну легислативу из области финансијских услуга и тржишта 2000. године, а инкорпорисање предложених мјера из Директиве је услједило касније, јануара 2005. године. Nigle Woodroffe, „Regulation of General Insurance Mediation Business“, Consultation Paper No. 2–2004, доступно на адреси: http://www.jerseyfsc.org/pdf/Consultation%20Paper%20No2_2004.pdf, 14.11.2012, стр. 4.

21 Директива 2002/92/ЕС Европског парламента и Савјета од 9. децембра о посредовању у осигурању.

22 CPR Description of the Protocol. Више о овоме видјети на <http://www.cpradr.org/CPR-Store/tabid/67/ProductID/96/Default.aspx>, 12.11.2012.

Родоначеник у законском дефинисању примјене медијације у осигурању је Малезија, у којој је сервис примјене механизма за алтернативно решавање спорова у осигурању у надлежности Бироа за посредовање у осигурању (IBM). Са аспекта оправданости постојања оваквог тијела, интересантно је поменути да је оснивање IBM предложено и финансирано од стране осигуравајуће индустрије, свакако уз подршку клијената – потрошача – осигураника и уговорача осигурања.

У Словачкој, према општим прописима о медијацији, садржаним у члановима 642 до 651 Трговинског закона, и у складу са дефиницијом уговора о осигурању коју користимо овдје, увијек када дође се спора агенти осигурања преузимају активности како у правцу закључења уговора о осигурању, тако и ангажовања треће неутралне стране – медијатора (Комисије).²³ Уредбом Министарства финансија Републике Словачке регулишу се активности лица укључених у посредовање у осигурању или реосигурању, као и услови за издавање дозволе за обављање тих дјелатности, односно за регистрацију посредника у осигурању. Према члану 2(а), посредовање у осигурању је конципирано на начин да га је могуће спроводите за све појединачне сегменте правно-економске конструкције осигурања, укључујући: достављање понуде за закључење уговора о осигурању; закључење уговора о осигурању; сарадњу у администрирању осигурања; рјешавање насталог спора посредовањем.²⁴ Као што видимо посредовање као техника за рјешавање спорова има своје значајно мјесто и у словачком правном послу осигурања. Остале државе чланице ЕУ се, у складу са европском директивом, обавезују на концепт по коме се у осигуравајућим кућама најчешће оснива посебно одјељење медијатора са циљем да се достављени захтјеви за исплате осигураних износа утврђују на ефикаснији и за све стране повољнији начин.

III Медијација у осигурању у пракси

1. Извршност поравнања постигнутог у поступку медијације

Једно од најспорнијих питања у практичном аспекту медијације је поступак извршења споразума постигнутог у поступку посредовања,

23 Slavomír Štastný, „Separate Regulations on Mediation Within the Financial Market Legal Framework“, BIATEC, доступно на адреси: http://www.nbs.sk/_img/Documents/BIATEC/BIA12_06/2_6.pdf, 14.11.2012, стр. 2.

24 Разумљиво, овај инструмент санирања насталих штета се првобитно веже за: 1) исплате осигуравајућих износа, у складу са условима утврђеним у уговору о осигурању, а посебно у вези са наступањем осигураног случаја, 2) анализу и вредновање осигурање ризика, као и обрада истих, 3) пружање стручних савета из области осигурања.

посебно у међународној пословној заједници. Иако поравнања закључена у поступку медијације имају већи проценат извршности од судских одлука, спорови у вези са условима и резултатима посредовања нијесу ријетки.²⁵ Управо из овог разлога, све до примјене медијације у рјешавању привредних спорова, ова техника није развила аутентични правни механизам којим се обезбјеђује извршност поравнања. Тек са њеном примјеном у корпоративном свијету створила се јака потреба за утврђивањем инструмента којим би се обезбјеђивала извршност споразума. Ствар је у томе да упркос добровољности као кључној карактеристици медијације, корпоративни актери инсистирају на генерисању правног механизма којим се обезбјеђује *несиорна извршност* поравнања.²⁶ Велики дио глобалне правне заједнице истиче да је питање извршности споразума постигнутог у поступку медијације, нарочито у ситуацији присутног иностраног елемента, једно од кључних питања, па зато постоји јака потреба за његовим адекватним регулисањем.²⁷

Најзначајнији међународни правни инструменти којима се рјешава питање обезбјеђивања извршности поравнања су UNCITRAL Модел закон о међународном трговинском посредовању из 2002. године и Директива 2008/52/ЕЗ Европског парламента и Савјета ЕУ од 21. маја 2008. године о појединим аспектима медијације у грађанским и привредноправним стварима.

Имајући у виду значај питања извршења поравнања, Комисија Уједињених нација о међународном пословном праву (UNCITRAL) покушала је да Моделом закона о међународном трговинском посредовању развије посебан механизам којим се обезбјеђује извршност споразума постигнутог у међународном поступку медијације.²⁸ Овим текстом је изричито предвиђено да се поравнање, које странке у спору закључе у по-

25 Edna Sussman, „Final Step: Issues in Enforcing the Mediation Settlement Agreement“, Newsletter of the Mediation Committee of the International Bar Association (Vol. 2, No 1), 2006, доступно на адреси: http://www.sussmanadr.com/docs/Enforcement_Fordham_82008.pdf, 10.11.2012., стр. 4.

26 Mark Hilgard, Jan Wendler, „Enforcement in IBA – ebook, Mediation technique, The global voice of the legal profession“, доступно на адреси: <http://www.mayerbrown.com/publications/article.asp?id=9904&nid=6>, 12.10.2012, стр. 193.

27 James Coben, Peter Thompson, „Disputing Irony: A Systematic Look at Litigation about Mediation“, *Harv. Negot. L. Rev.* бр. 11/2006, стр. 13.

28 UNCITRAL Модел закон о међународном трговинском посредовању, 2002, доступно на адреси: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/mlconc-e.pdf>, 14.11.2012.

Online dispute resolution for cross-border electronic commerce transactions: Issues for consideration in the conception of a global ODR framework, A/CN.9/WG.III/WP.110, доступно на адреси: http://www.uncitral.org/uncitral/commission/working_groups/3Online_Dispute_Resolution.html, 10.11.2012.

ступку медијације, има сматрати обавезујућим и извршним. Додатно, у коментарима на члан 14 одређено је да је обавеза државе да одреди начин на који ће се обезбиједити извршење споразума о поравнању или пак да упути на одредбе којима се такво извршење има подвргнути.²⁹ Дакле, UNCITRAL Модел закон је регулисање овог питања оставио у надлежност националних јурисдикција³⁰ и овако широко постављеним рјешењем националним законодавцима дао слободу да самостално уреде питања извршности поравнања, те тако директно утичу на обезбјеђивање ефикасности алтернативних техника за рјешавање спорова.

Када је ријеч о европском правном оквиру, ово питање је уређено Препоруком REC (2002) 10 Комитета министара државама чланицама о медијацији у грађанским предметима и Директивом 2008/52/ЕЗ Европског парламента и Савјета ЕУ од 21. маја 2008. године о појединим аспектима медијације у грађанским и привредним стварима. У Препоруци REC (2002) 10 Комитета министара државама чланицама о медијацији у грађанским предметима само успутно се наводи да се од посредника очекује да обавијесте странке о ефектима постигнутог споразума и о корацима које треба предузети у правцу извршења споразума, ако исти нијесу противни јавном поретку, Директивом се, ипак, нешто више сугерише. Директива 2008/52/ЕЗ, чија је примена у националне системе држава чланица предвиђена до маја 2011, односи се на рјешавање привредних спорова са међународним елементом, што државе чланице не спрјечава да исто усвоје на националне односе, али их и не обавезује. Овај текст, нажалост, не предвиђа униформно рјешење за питање извршности споразума у државама чланицама ЕУ. У параграфу 19 преамбуле Директиве се предвиђа да државе чланице треба да странама потписницама споразума насталог из медијације гарантују извршност садржине споразума, у складу са националним правима.³¹ Међутим, одмах

29 Члан 14 UNCITRAL модел закона: „Ако стране у спору закључе споразум о поравнању спора, тај споразум о поравнању је обавезујући и извршив... Држава у којој се споразум има извршити може унијети опис метода извршења споразума о поравнању или се позвати на одредбе којима се такво извршење има подвргнути.“

30 Када је ријеч о медијацији међународних привредних спорова, закон о медијацији САД-а не познаје ефикасан прецизно уређен механизам за извршење споразума, већ се, у значајном дијелу, увијек ослања на текст UNCITRAL-овог модел закона. Амандманима Одбора за ревизије 2003. на Једнообразни закон о посредовању САД-а (УМА), прецизирано је да, осим ако уговорне стране другачије не уреде, поступак медијације у привредним споровима са међународним елементом подразумијева примијену UNCITRAL Модел закона о посредовању у међународним привредним споровима, што је свакако подразумијевало и прихватање рјешења UNCITRAL Модела закона онда када се ради о обезбјеђивању извршности постигнутог споразума.

31 Директива 2008/52/ЕЗ Европског парламента и Савјета ЕУ од 21. маја 2008. године о појединим аспектима медијације у грађанским и привредноправним стварима,

у следећој реченици се наводе значајна ограничења, указујући да би државама чланицама требало омогућити да одбију принудно извршење споразума, уколико је садржај споразума супротан закону државе чланице, укључујући и њена правила међународног приватног права или уколико закони државе чланице не предвиђају могућност извршења садржине одређеног споразума. У истом декларативном дијелу текста се даље одређује да је овакво поступање оправдано уколико обавезу наведену у споразуму, по својој природи, није могуће принудно извршити. Када је ријеч о обавезујућем односно нормативном дијелу ЕУ директиве о посредовању, у члану 6 експлицитно се наводи да државе чланице могу обезбиједити извршност споразума проистеклих из поступка медијације, ако се првобитно испуне два услова. Један се односи на постигнуту изјаву воља обије стране да се обезбједи извршност споразума, док се другим испитује усаглашеност закљученог поравнања са законом државе чланице гдје је суду или другом компетентном органу поднијет захтијев за уношење клаузуле извршности.

Овако концептуализованим легислативним оквиром на међународном нивоу није се допринијело креирању једнообразног рјешења извршности споразума постигнутог у медијацији.³² Различита национална законодавства су ово питање оставила и даље отвореним или га само дјелимично ријешили предвиђајући статус поравнања у неким од поступака медијације, као што је случај са оном наложеном од стране суда. Дакле, остављање уређења извршности поравнања националним законодавцима је имало за посљедицу креирање различитих приступа овом питању, усљед чега је генерисана потреба њихове анализе.

Усљед непостојања једнообразног рјешења утврђеног међународном нормом, анализа праксе упоредних правних система је показала да се извршност споразума постигнутог у медијацији постиже третирањем истог као: 1) уговора; 2) судског поравнања; 3) арбитражне одлуке. Сваки од ових правних механизма којима се обезбјеђује извршност поравнања може бити истовремено присутан у једном националном систему и примјењивати се, у зависности од типа медијације, као и од воље уговорних страна, што често доводи до правне несигурности и неизвјесности.

Како смо већ у неколико наврата образлагали, медијатор нема овлашћење за доношење коначне и обавезујуће одлуке. Међутим, подсјећајући се на нужност, и на три позната начина обезбјеђивања обавезности и извршности споразума постигнутог у медијацији, можемо тврдити да се поравнање закључено у поступку медијације најчешће

доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32008L0052:EN:HTML>.

32 Edna Sussman, *нав. чланак*, стр. 6.

сматра извршним уговором између страна у спору. У једном од случајева посредовања, у јулу 2006. године, Елдриџ Бојд, је прихватио поравнање са државном фармом. Годину дана касније, у јуну 2007, поднио је тужбу против државне фарме, наводећи да је он био жртва организоване малверзације осигуравача и инжењера вјештака ангажованих да после урагана врше процјену насталих штета. У случају *Boyd v. State Farm*,³³ Бојд је тврдио да, сходно споразуму, на име „неутврђене штете“ има право на исплату додатног износа којим би се покриле штете прикривене малверзацијом ангажованих на процјени исте. Судија Округног суда је постигнути споразум о поравнању узео на записник, те споразуму дао статус извршне исправе, одбијајући додатни захтјев Бојда, уз образложење да би усвајање истог имало за посљедицу подривање саме сврхе поравнања, осим ако Боуд може доказати постојање штете која у моменту закључења порављања није била непозната, а у међувремену је откривена.

2. Примјери из праксе

У контексту потврђивања ефикасности медијације као технике рјешавања спорова, у литератури се, често наводе примјери успјешности управо из области осигурања, а неке од њих ћемо управо представити овдје.

Познати предмет из области осигурања и медијације је случај „урагана Катрина“ из 2005. године када је ураган произвео губитке у износу између 39,9 и 54,6 милијарди долара.³⁴ Питање судског поступка, у коме би се утврдио износ накнаде штета насталих поплавама појавило се као неизбјежно. Како би се умањили трошкови редовног судског поступка, на Флориди је успостављен програм медијације за наплату потраживања – *Condo* удружење за посредовање програма,³⁵ који је имао за циљ избјегавање овог поступка и подстицање споразума путем медијацији. Тако је у року од годину дана, поводом посљедица урагана Катрина, а у оквиру програма за медијацију, размотрено више од 3,827

33 *Boyd v. State Farm*, No. 1:07CV820 (S.D. Miss., Aug. 6, 2008), доступно на адреси: <http://keithseat.com/documents/MEDIATIONNEWSFORTHE21STCENTURYSeptember2008.pdf>, 12.10.2012.

34 „Hurricane Katrina: Analysis of the Impact on the Insurance Industry“, Tillinghast, October 2005, доступно на адреси: https://www.towersperrin.com/tillinghast/publications/reports/Hurricane_Katrina/katrina.pdf, 12.10.2012.

35 Rick Cornejo, „Florida Unveils Hurricane Claims Mediation Program for Condo Associations Best's Insurance News“, 07.12.2005, доступно на адреси: <http://www.myfloridacfo.com/pressoffice/documents/florida%20unveils%20hurricane%20claims%20mediation%20program%20for%20condo%20associations06.htm>, 10.11.2012.

захтјева, од којих је 2.600 предмета успјешно окончано медијацијом.³⁶ Неповољне последице урагана Катрина су учиниле да се велики број захтјева за надокнаду штете размотри и у држави Мисисипи. Након пријема великог броја захтјева за накнаду насталих штета, а у оквиру Програма за санације насталих штета, држава Мисисипи је 2005. године, у оквиру сличног програма за медијацију, свим својим становницима чији је захтјев за накнаду штете био већи од 500 \$, омогућила да прибјегну медијацији. Тако, до септембра 2006. године, Центар за санирање посљедица урагана медијацијом је примио око 5.099 захтјева за накнаду штете. Од тога је 4.270 одговорило критеријуму механизма медијације.³⁷

Још један случај који је допринио естаблирању и прихватању медијације као успјешног инструмента за рјешавање привредних спорова у Сједињеним Државама је *Еххон* случај еколошке катастрофе и санирања трошкова чишћења усљед изливања нафте компаније *Еххон*, 1989. године. У судском спору између *Еххон*-а и око 250 ангажованих превозника који је трајао све до 1996. године, *Еххон* је тврдио да су његови превозници одговорни за штету од око 650 милиона долара (стварне штете од 490 милиона долара уз камату од 161 милион долара), док су превозници сматрали да укупна штета износи око 335 милиона долара.³⁸ У јануару 1996., постигнут је дјелимични споразум којим су се превозници обавезали да плате *Еххон*-у 300 милиона долара. Редовни суд је у јуну 1996. одредио износ од 250 милиона долара, а имајући у виду додатне значајне трошкове пролонгације судског поступка, превозници и *Еххон* су отпочели медијацију која је резултирала споразумом који је гласио на 480 милиона долара. Резултат медијације је био да су се Лондонски Лојд и око 250 других осигуравача сложили да *Еххон* корпорацији плате 480 милиона долара.³⁹

36 „Insurance Mediation Milestone“, *Mississippi Business Journal*, бр. 26/02/07, доступно на адреси: <http://www.docstoc.com/docs/26788468/Resolution-of-Commercial-Insurance-and-Reinsurance-Disputes>, 10.11.2012.; James J. Donelon, Commissioner of Insurance State of Louisiana, доступно на адреси: http://www.lldi.state.la.us/whats_new/Hurricane%20Mediation%20Program%20brochure%20Revised.pdf, 11.11.2012.

37 816 захтјева је ријешено прије конференције медијације, 2.682 у току конференције, и 772 нијесу ријешена.

38 Anchorage Daily News 01/11/96 – Exxon, Lloyd’s Settle, доступно на адреси: <http://www.adn.com/evos/stories/EV417.html>, 12.11.2012.

39 David Stern, „Resolution of Commercial Insurance and Reinsurance Disputes A Move Towards Mediation in the London Market?“, доступно на адреси <http://www.l1sb.com/pdf/resolutionofcommercialinsurancereinsurancedisputesbulletin.pdf>, 14.11.2012. Larry Rute, „The Evolution of commercial mediation in the midwest: best practices, confidentiality and good faith“, *The Journal of the Kansas Bar Association*, Vol. 79, стр. 33.

Уважавајући све параметре појма медијације, принципе на којима почива, субјекте, дијаграмирање пословних односа, правни оквир, упоредна искуства, ријеч је о признатој техници рјешавања спорова у области осигурања. Повјерљивост и тајност, као двије кључне карактеристике медијације одређују актере у послу осигурања да, у ситуацији сваке потенцијалне штете која може настати изношењем спорних елемената у јавност, скоро увијек прибјегну алтернативним техникама рјешавања спорова, најчешће медијацији. Посматрано плански и дугорочно, на основу упоредних европских легислативних и практичних искустава, у рјешавању спорова се све више прибјегава медијацији, те се усљед тога и доприноси побољшању имиџа тржишта осигурања.

Aneta SPAIĆ, PhD

Assistant Professor at the Faculty of Law University of Montenegro

MEDIATION OF INSURANCE DISPUTES

Summary

Based on the analysis of the current practice and existing legal framework, it seems that there is more pronounced trend in resolving complex disputes through mediation in insurance. This instrument is increasingly seen as part of a corporate culture that is considered as a preliminary step in dispute resolution area. At the same time, a conventional method of dispute resolution as a very expensive and slow, is ignored, while mediation is becoming rational and logical choice of business entities to resolve arising disputes in order to ensure confidentiality, control of the dispute and continuation of correct and fair business relationships.

Key words: mediation, commercial disputes, insurance.

УДК 347.518:656.1 ; 617.53-001

др Зоран ИЛКИЋ

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

ПРИМЕНА ЕВРОПСКОГ ИЗВЕШТАЈА О САОБРАЋАЈНОЈ НЕЗГОДИ, СА ОСВРТОМ НА ТРЗАЈНУ ПОВРЕДУ ВРАТА

Резиме

Током вишегодишње ујошребе, осушуравачи и судови у развијеним земљама улавном су усаиласили своје сшавове везане за шрмену Европској извешшјаја о саобраћајној незгоди. У раду се указује да је код нас, међуштим, евиденшно да се у шракси свакодневно јављају различити шроблеми, а најчешше несушласшнице узрокују коншрадикшорни сшавови о шоме до кој износа су шлашшиве машеријалне шшешше само шо основу извешшјаја, шше да ли шрeba шризнаваши и немашеријалне шшешше без зашисника овлашшеној службеника шполиције. Као изузешшо сшорна, анализира се и шрзајна шовреда врашша, која је шосшала најчешшћа немашеријална шшешша, али коју је шшешко клинички доказашши, шшешшово када се ради о лакшим шшелесним шовредама. Збош шшеша ошшешшени имају шшешешкоћа у ошшваривању својих шрава, али је, с друше сшшране, и веома шшешодна за нашлашшу неоснованих ошшешешних захшшева.

Кључне речи: *Европски извешшјај, шрзајна шовреда врашша, шревара, немашеријална шшешша, ошшешшени.*

I Примена Европског извештаја о саобраћајној незгоди

Европски извештај о саобраћајној незгоди (*European report on the accident*) први пут је примењен у Француској, 70-их година прошлог века, одакле је брзо преузиман и у суседне земље, да би га данас користило свих 27 земаља ЕУ, па и неке које нису чланице уније (Швајцарска, Андора, Норвешка, Исланд, Хрватска и Србија). Комисија Европског одбора за осигурање сачинила је образац, који се и дан-данас примењује као званични формулар Европске федерације осигурања и реосигурања (*European Insurance and Reinsurance Federation – CEA*).¹ Како су европски законодавци уложили завидан напор у смеру унификације норми које се односе на саобраћај и осигурање од аутоодговорности, као један од проблема идентификоване су и велике тешкоће које оштећени имају због непоседовања података и документације на основу које би остварили своја права у случају доживљавања саобраћајне незгоде. Стога је Директивом бр. 2005/14/СЕ Европског парламента и Савета од 11. маја 2005, којом се мењају Директиве 72/166, 84/5 и 90/232 и Директива 2000/26 Европског парламента и Савета о осигурању од грађанске одговорности за штете из употребе моторних возила (тзв. Пета директива)² од држава чланица затражено да предузму све расположиве мере, како би оштећени, њихови осигуравачи и пуномоћници, лакше дошли до података неопходних за реализацију њиховог одштетног захтева.³ Ради се, пре свега, о подацима садржаним у Европском извештају. Наведеном Директивом обавезане су осигуравајуће компаније да својим осигураницима предају образац извештаја, како би се омогућило ефикасније прибављање података релевантних за наплату претрпљених штета.⁴ Крајњи циљ је да се, што је могуће више, поједностави, убрза и појефтини поступак наплате одштете, а да се уредно попуњени извештај користи као одштетни захтев, како би се намера и успешно реализовала у пракси.

Обавеза размењивања података и докумената постојала је и у нашим ранијим законима који су регулисали поступање учесника у саобраћају у случају настанка саобраћајног инцидента. Међутим, Зако-

1 Милан Церовић, „Европски извештај о саобраћајној незгоди, са нагласком на проблеме у примени у Србији“, у: Јован Славнић, Слободан Јовановић (уредници), *Изазови усклађивања права осигурања Србије са европским (ЕУ) правом осигурања*, Палић, 2012, стр. 281.

2 Fifth Directive 2005/14/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 amending Council Directives 72/166/EEC, 84/5/EEC, 88/357/EEC and 90/232/EEC and Directive 2000/26/EC of the European Parliament and of the Council relating to insurance against civil liability in respect of the use of motor vehicles, *O.J. L.* 149 од 11.6.2005. год., стр. 0014–0021 (даље у фуснотама: Пета директива).

3 Пета директива, чл. 26.

4 Пета директива, чл. 4.б.

ном о безбедности саобраћаја на путевима⁵ прецизно су утврђене дужности учесника уколико се догоди саобраћајна незгода, уводећи по први пут у наш правни систем и постојање и примену Европског извештаја о саобраћајној незгоди.⁶ Возач, други учесник у саобраћајној несрећи и лице које се затекне или наиђе на место саобраћајне незгоде дужни су да, уколико је неко лице задобило телесне повреде или погинуло или је наступила велика материјална штета, позову полицију и/или службу медицинске помоћи. Узајамна обавеза обавештавања постоји и за орган МУП-а и здравствену установу. Полицијски службеник, међутим, дужан је да изађе на место несреће само ако има повређених или погинулих лица или када је проузрокована велика материјална штета, и тада је обавезан да обезбеди комплетну увиђајну документацију.⁷ Али, ако је наступила мања материјална штета, дужан је да изађе на лице места и изврши увиђај само, ако то захтева један од учесника у несрећи или лице које је претрпело материјалну штету. Ако се увиђај не врши, возач, тј. учесник несреће у којој је настала само мања материјална штета дужан је да попуни Европски извештај о саобраћајној незгоди (који је добио од свог осигуравача од аутоодговорности још приликом закључења уговора о осигурању). Осигуравачи су дужни да воде евиденцију о пријављеним саобраћајним незгодама за које је сачињен само извештај и добијене податке из извештаја достављају месечно МУП-у и Агенцији за безбедност саобраћаја.

Европски извештај не представља признање одговорности штетника, већ служи за идентификацију учесника и њихових осигуравача и само на основу њега не може се покренути прекршајни или кривични поступак, јер исти нема снагу јавне исправе. Попуњава се у два примерка, оригинал задржава оштећени, а индиговану копију задржава штетник. Уколико има више учесника у несрећи, попуњава се више извештаја, увек један мање од броја учесника. Сами учесници дужни су да попуне сва празна поља у формулару, како би се обезбедила потпуност неопходних података и како би извештај у чињеничном погледу могао да замени записник о увиђају МУП-а. Први проблеми настају ако су подаци непотпуни и недовољни или се учесници првобитно сложе о свим околностима случаја, а потом промене мишљење, не сачине извештај или дају надлежном осигуравачу контрадикторне изјаве. Чест је и случај да учесници не могу на лицу места да утврде да ли се ради

5 Службени гласник РС, бр. 41/2009 и 53/2010.

6 Пета директива, чл. 167–177.

7 Пресуда Првог основног суда у Београду, 84 П. бр. 13696/2011 од 14.06.2012. год., из образложења: „...Чињеница да није сачињен записник о увиђају саобраћајне незгоде није пропуст који би се могао приписати учесницима у незгоди, већ пропуст полиције, која се није одазвала њиховом позиву.“

о малој штети или не, па погрешно процене да штета износи само неколико десетина хиљада динара. Такође, и уколико је дошао полицијски службеник, неретко он одустаје од вршења увиђаја, фотографисања и сачињавања записника, већ упућује странке да се договоре и обратe штетниковом осигуравачу, ради мирног регулисања накнаде штете. Чињеница је да најчешће ни странке, ни полицијски службеници нису довољно стручни да процене колико отприлике износи штета на возилима, већ то могу само машински инжењери, тј. овлашћени проценитељи у осигуравајућим друштвима. Па чак и они, понекад, не могу у целости да сагледају сва унутрашња оштећења, све док се возило не однесе код мајстора, који ће отворити сабијене механичке делове. Тада се накнадно установљава да је штета далеко већа, него што су то првобитно мислили учесници несреће. Тако највећи проблем, што се тиче материјалних штета, представља опредељење које су штете плативе од стране осигуравача, а које не. Другим речима, отворена је проблематика шта се сматра под тзв. „малим штетама“, а шта не, будући да Закон о безбедности саобраћаја на путевима не прецизира о ком је износу реч.

Законом о обавезном осигурању у саобраћају⁸ потврђена је обавеза власника превозног средства да у возилу увек поседује примерак Европског извештаја о саобраћајној незгоди, те да са другим учесницима у несрећи размени личне и податке о обавезном осигурању.⁹ Као мала штета дефинисана је она, код које је одштетни захтев мањи од 500 евра у динарској противвредности или код које осигуравач утврди да не прелази наведени износ. Ове штете је осигуравач, уколико је документација комплетна и неспорна, дужан исплатити у року од осам дана, с тим, што ће се наведени износ од дана приступања Србије Европској унији аутоматски повисити на 1.000 евра.¹⁰ Како се ради о закону који непосредно регулише њихову струковну област, осигуравачи га се стриктно придржавају и махом не исплаћују штете веће од наведеног износа уколико не постоји барем службена забелешка радника МУП-а који је био на лицу места.

Међутим, овом је супротстављен став Министарства унутрашњих послова, кога се, наравно, придржавају његови службеници, да записник о увиђају не треба сачињавати уколико материјална штета не превазилази 200.000 динара. Ово схватања засновано је на члану 289. ст. 1 Кривичног закона,¹¹ по коме је тај износ граница до које се штетник не гони по службеној дужности за кривично дело угрожавања јавног саобраћаја,

8 Службени гласник РС, бр. 51/2009, 78/2011 и 101/2011.

9 Пета директива, чл. 8 ст. 2 и 4.

10 Пета директива, чл. 27 и 106.

11 Службени гласник РС, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009 и 111/2009.

тј. представља практично границу између прекршајне и кривичне одговорности. Супротно Закону о обавезном осигурању у саобраћају, овај Закон не дефинише шта се подразумева под „малом штетом“. Износ наведен у њему ипак је утврђен у циљу квалификовања бића кривичног дела угрожавања јавне безбедности. Сем тога, усвојен је четири године пре него што је Европски записник уведен у наш правни систем и законодавац, при том, није могао имати у виду да ће се наведена цифра користити за дефинисање појма мале штете.

У западноевропским земљама, Европски извештај се користи у случају настанка сваке материјалне штете, значи без икаквог номиналног ограничења, већ је једини услов да нема повређених или погинулих лица. Код нас, проблеми су се појавили већ од првог дана његове примене, првобитно због проблема у утврђивању колико износи претрпљена штета, а понајвише због тога што МУП и осигуравачи о дефиницији мале штете, већ више од две године, имају различита гледишта. Највише трпе, као и обично оштећени, који су принуђени да потраже судску заштиту. Међутим, и она је шаролика, па су у пракси могуће и усвајајуће и одбијајуће пресуде.¹²

Посебан проблем представљају ситуације код нематеријалних штета. Закон, дакле, недвосмислено наводи да су учесници у случају телесних повреда дужни да зову саобраћајну полицију. Међутим, дешава се да они то, из различитих разлога ипак не учине или ако и учине, до увиђаја ипак не дође. Због тога, могу остати без обештећења,¹³ што опет

12 Пресуда Вишег суда у Панчеву, 2-Гж. бр. 679/2011 од 13.09.2011. год., из образложења: „...Због тога што није испоштована императивна норма да полиција сачини записник о штети већег обима тужилац не може на основу Европског извештаја о саобраћајној незгоди да успешно оствари захтев да му штета буде надокнађена у пуном обиму ... Сваком учеснику саобраћајне незгоде у којој је настала мала штета остаје на савесности да процени висину штете на свом возилу и да ли ће позвати полицију, па кад сам бринући се савесно и поштено о својој имовини и интересима се са другим учесником договори да штета износи до висине мале штете, онда он више не може успешно на основу тога тражити већи износ од легитимисаног осигуравајућег друштва.“

13 Пресуда Вишег суда у Панчеву, 1-Гж. бр. 966/2011 од 25.10.2011. год., из образложења: „...тужила не може на основу Европског извештаја о саобраћајној незгоди да успешно оствари захтев за накнаду нематеријалне штете, јер из наведене законске одредбе проистиче да се на основу Европског извештаја о саобраћајној незгоди може надокнадити само материјална штета“. Пресуда Основног суда у Новом Саду, II. бр. 2272/2011 од 24.11.2011. год., из образложења: „...тужила није доказала да је дана ... био у току штрајк полиције, из којег разлога полиција иако је изашла на лице места није вршила увиђај, већ је учесницима само препоручила да сачине Европски извештај, што су они и учинили, те тако није сачињен записник о увиђају саобраћајне незгоде који је потребан као документ на основу кога тужила може потраживати основано накнаду нематеријалне штете...“. Пресуда Вишег суда у Панчеву, 1-Гж. бр. 1475/2011 од 21.12.2011. год., из образложења: „... полиција је

може зависити од става поступајућег суда.¹⁴ Као посебно симптоматична и најчешће спорна, у пракси се појављује тзв. трзајна повреда врата.

II Трзајна повреда врата

Трзајна повреда вратне кичме (енгл. *Whiplash Injury*) може се одредити као *Whiplash* траума, тј. механизам индиректне трауме вратне кичме проузроковане убрзавајуће – успоравајућим механизмом кретања главе и врата, до кога долази након удара у возило одназад или као *Whiplash* повреда (енгл. *Whiplash Associated Disorders – WAD*), односно функционално оштећење које се дешава приликом трзајне повреде врата.¹⁵ Није искључено да се догоди и у другачијим животним ситуацијама, али је карактеристична по томе што се најчешће дешава у саобраћају. При томе, ударци у возило, у коме се налази оштећени, могу бити и од напред и са бока, али повреда далеко чешће настаје при удару у возило од назад, када оно буде снажно одбачено према напред, заједно са столицом и људским телом. Међутим, глава заостаје до крајње ретрофлексије, а затим креће нагло према напред. Уколико још и возило нагло застане због препреке испред, глава се зауставља у хиперфлексији.¹⁶ Услед инерције, тело се креће према напред, због чега се глава снажно савија уназад и може ударити у продужетак наслона. Одмах потом, тело креће уназад ка седишту, а глава унапред, док не заузме неутралан положај (тзв. „бич ефекат“). Могуће је да удар настане тако, што једно возило на путу сустигне отпозади друго, али су најчешћи удеси пред семафором (*Traffic light accident*), када једно возило мирује, а друго га удара од назад.¹⁷ Нагла промена брзине лица у ударе-

била на лицу места, предпочила учасницима саобраћајне незгоде да имају могућност избора или да попуне Европски извештај о саобраћајној незгоди или да полиција изврши увиђај, којом приликом је тужилац рекао да није повређен и одлучио да попуни Европски извештај. Због тога што није испоштована императивна норма...“

14 *Билтен судске праксе (Апелациони суд Нови Сад)*, бр. 3/2011, пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж. бр. 2733/2011 од 1.9.2011. год., аутор сентенце Марија Козомара: „Попуњавање Европског извештаја о саобраћајној незгоди од стране учесника саобраћајне незгоде не искључује право оштећеног на накнаду нематеријалне штете, када је због природе повреде, за исту накнадно сазнао“, стр. 79–81; пресуда Основног суда у Панчеву, 3 П. бр. 4740/2010 од 6.7.2012. год.

15 Милан Станковић, „Трзајна повреда вратне кичме“, *Мегицински њрепед*, бр. 1–2/2011, стр. 5.

16 Горан Бајек, „Озљеде краљешнице“, Ријека, 2010, доступно на адреси: <http://www.medri.uniri.hr>, 12.5.2012, стр. 26.

17 Реномирани произвођачи аутомобила велики значај придају пасивној безбедности лица у возилима, те су још пре 15-ак година почели тражити решења у различитим

ном возилу се, преко вратног дела кичме, преноси на главу, која заостаје за торзом.

Због прекомерног и неконтролисаног инерционог и трзајног хиперистегнућа врата и лигаментралних структура горњег сегмента кичме, долази до повреде вратних мишића, међупршљенских зглобова, дискуса, нерава и нервних коренова. У тежим случајевима, долази и до прелома и већих измештања пршљенских тела, тј. лезије дискуса, који могу погоршати постојеће стање вратне спондилозе. У већини случајева ради се о бенигној повреди, с потпуном функцијском реституцијом, али повреде могу постати и хроничне и утицати на квалитет живљења и радну способност повређеног. Најчешће клиничке манифестације су бол у врату и раменима/рукама, укоченост, главобоља, вртоглавица, забринутост, губитак пажње и психолошка узнемиреност тј. страх. Најбројнија клиничка симптоматологија везана је за истегнуће мишића врата (*Distensio muscullorum colli*).

Према класификацији Квебек радног тима (*The Quebec Task Force – QTF*), поред нултог, који подразумева само анамнестичке податке о могућој повреди, сва оштећења сврстана су у четири степена. Повреде из прва два степена не могу се дијагностицирати техничким средствима и објективно утврдити. Оштећења сврстана у тежа два степена могу се утврдити радиолошки, с тим, да четврти степен подразумева и могућност настанка неуролошких сметњи или смртог исхода.¹⁸ Трзајне повреде најлакшег степена не настају, по правилу, при сударним брзинама до 10 км/час, вероватне су за брзину од 10–15 км/час под условом да је оштећени већ раније претрпео повреду врата, а и за претходно неповређене особе вероватне су при сударним брзинама већим од 15 км/час.¹⁹

III Накнада штете и могућности злоупотребе

Повреде врата појављују се код 2–5% лечених повређених лица и представљају 1/3 свих оштећења кичменог стуба.²⁰ Пријављивање трзајне повреде врата је у експоненцијалном порасту у свим развијеним земљама, што се доводи у везу с повећаном моторизацијом становништва. Сматра се да је постала најчешћа повреда у саобраћајним

системима тзв. „активних наслона за главу“ (*Active Head Restraint*), који могу и до у 2/3 случајева сачувати путнике од повреда.

18 Закључци са Саветовања „Трзајна повреда вратне кичме“, Нови Сад, 2010, доступно на: <http://forensicexp-vojvodina.org.rs/docs/zakljucci03.12.2010.pdf>, 12.8.2012., стр. 2.

19 *Idem.*, стр. 1.

20 Горан Бајек, „Озљеде краљешнице“, стр. 19.

несрећама у западним земљама. Сваке године око 20.000 Швеђана и око 30.000 Холанђана задобије ову повреду, у Канади и САД повреди се до 7/1.000 људи, па се на њено санирање у САД годишње потроши око 29 милијарди долара.²¹

Према једном истраживању, обављеном према подацима прикупљеним од 10 наших највећих осигураваача, пријављено је 1.346 случајева повређивања у саобраћају (осим у случају неколико изузетака који потичу из претходних година, око 98% свих штета настало је у 2009-ој или 2010-ој години), где преко 70% повреда чине повреде вратног дела кичме, углавном саме, а понегде су наведене и повреде других делова тела. Повреде врата од стране службеника МУП-а евидентирани су само у око 50% случајева, а највећи број пријава потиче са територија Новог Сада, Београда, Крушевца и Зрењанина.²²

У пракси се често дешава да оштећени не реагују одмах и адекватно на претрпљену повреду, јер сматрају да нису озбиљније повређени, па се не пријаве у здравствену установу, већ само сачине и потпишу Европски извештај о саобраћајној незгоди. Први симптоми могу да се појаве и тек након 10–15 часова, пре свега као бол у врату, али и у раменима, леђима, рукама, грудној кости. Тек тада се пацијенти јављају лекару, који најчешће констатује да је налаз уредан, што значи да се повреда остварила само на неким ткивима, у виду истегнућа и уганућа. А тада је касно да се од МУП-а затражи да изврши увиђај.

По правилу, не постоје објективни докази о настанку повреде, нити адекватан дијагностички тест. Дијагноза се може поставити само на основу пацијентовог субјективног осећаја о тегобама, јер рендген и друге *imaging* технике углавном нису довољне да би се установила структурална лезија.²³

Плашећи се превара,²⁴ и у одсуству комплетне документације која би неопориво доказала да је подносилац захтева заиста претрпео повреду коју наводи, осигураваачи нерадо плаћају овакве штете. Неспорно

21 М. Станковић, *нав. чланак*, стр. 5.

22 Извор: Привредна Комора Србије, подаци прикупљени закључно са јануаром 2011. год.

23 *International Association for the Study of Pain (IASP)*, 2009, доступно на: <http://www.iasp-pain.org>, 7.8.2012., стр. 2.

24 Симптоматично је да, према неким иностраним истраживањима, чак 10–20% становништва сматра да је морално сасвим у реду преварити осигуравајућу компанију. У Немачкој, 22% осигурника који су били задовољни својим осигураваачем вршило је преваре, а 36% осигураника злоупотребило је свог осигураваача ако више пута није било задовољно његовим поступцима. У САД и Канади, од укупног броја захтева за накнадом штете из осигурања, око 10–20% били су лажни. Према: Зоран Радовић, Живојин Алексић, Здравко Петровић, Томислав Петровић, *Преваре у осигурању*, Београд, 2003, стр. 287–288 и 246.

је да употреба Европског извештаја отвара значајне могућности за злоупотребе у осигурању. Одсуством овлашћеног службеника МУП-а, који би на лицу места утврдио све релевантне околности, лако се прикрива чињеница да је неко од учесника био под утицајем алкохола, опојних дрога или није поседовао валидну возачку дозволу. Ово су све основи за регрес осигуравача према одговорном осигуранику, који бивају осујећени. Даље, учесници у несрећи се могу договорити да сачине два Европска извештаја (јер они немају серијске бројеве и издају се без посебне евиденције), у којима ће навести оног другог учесника као кривца и тако наплатити одштету од оба осигуравача. Могу се пријавити и штете на возилима којих није било (због тога осигуравачи редовно захтевају да се упореде оштећења на оба возила, како би се утврдило да ли је заиста било контакта између означених возила). Или, возачи се могу договорити да се као оштећени пријави лице које је скривило незгоду, ако је штета на његовом возилу многоструко већа, а штетник ће правом оштећеном лично накнадити штету. Такође се могу фингирати и лакше, нематеријалне штете, за што се у пракси показало да је управо најлакше остварљиво код трзајних повреда врата.²⁵

У случају судског спора, приговори осигуравајућих друштава да нема доказа о предметној повреди и да она није евидентирана у записнику МУП-а углавном не успевају, јер се, због специфичности повреде, вештаци на суду изјашњавају да се симптоми повреде не морају одмах манифестовати.²⁶ Прихватајући у целисти налазе вештака, судови истегнуће мишића вратног сегмента кичменог стуба класификују као лаку телесну повреду, која не узрокује наруженост, нити умањује општу животну активност²⁷ или умањење, са ортопедског и неуропсихијатријског аспекта, износи максимално до 3 или 4%.²⁸ Ређи су тежи случајеви, када

25 У циљу откривања лажних одштетних захтева, осигуравачи траже помоћ и у најновијим техничким достигнућима. Једна од потенцијалних могућности би могао да буде ново програмско решење названо „*Whiplash Injury Toolkit*“ или скраћено „*Witkit*“, који је развијен у сарадњи Центра за истраживање аутомобилске сигурности *Thatcham* и неколико осигуравајућих компанија. Ради се о *softver*-у који анализира постојеће податке о околностима под којима се догодила несрећа, аутомобилима и оштећеном, на основу чега се процењује стварна вероватноћа повређивања. Сличан систем већ користи и *Allianz*, који је тиме смањио број исплаћених пријављених штета за око 30%.

26 Катарина Иванчевић, „Процена оправданости захтева за накнаду нематеријалне штете настале као последица трзајне повреде вратног дела кичме у саобраћајним незгодама“, у: Здравко Петровић (уредник), *Актуелни проблеми законодавства у Републици Србији*, Београд, 2007, стр. 245–256.

27 Нпр.: пресуда Основног суда у Новом Саду, П. бр. 11244/2010 од 28.9.2011. год.

28 Нпр.: пресуде Основног суда у Новом Саду, П. бр. 4605/2011 од 28.9.2011. год. и П. бр. 53404/2010 од 29.3.2012. год.; пресуде Апелационог суда у Новом Саду, Гж. бр. 10227/2010 од 24.8.2011. год. и Гж. бр. 10615/2010 од 6.9.2011. год.

се констатује да се ради о лакој телесној повреди, али се процени да умањење ОЖА износи до 10%.²⁹

У немачкој судској пракси трзајне повреде врата подељене су у три степена. Први је лаки, где се као последица јавља само лакши бол у врату и незнатно ограничење покретљивости. Други степен подразумева средњетешке повреде, које су могу дијагностификовати рендгеном. Трећи степен означава тешке повреде са фрактурама и другим озбиљнијим оштећењима. Што се тиче досуђених накнада, оне могу ићи и до 25.000 евра, мада су најчешће оне до 500 евра. Двонедељно ношење тзв. шанцове крагне претпоставља накнаду од 600 евра, дисторзија врата 2.000 евра, тешка повреда врата 7.000 евра, а вегетативна трајна штета око 17.000 евра.³⁰

IV Закључци

1) Корисност Европског извештаја о саобраћајној незгоди не може бити доведена у питање. Његове предности су вишеструке, јер омогућава оштећенима да лакше, брже, једноставније и јефтиније остваре накнаду штете од надлежног осигуравача. Међутим, ни после скоро три године од његовог увођења у наш правни систем, нису превазиђени проблеми који су се јављали и на почетку његове примене. Адекватност процене материјалне штете на возилима од стране учесника у саобраћајној несрећи и службеника саобраћајне полиције јављаће се као спорна и у будућности, јер они најчешће нису у могућности и довољно стручни да реално утврде да ли је штета мања или већа од 500 евра. Због погрешне процене висине штете, дешаваће се, као и до сада, да осигуравач одбије да исплати износ већи од 500 евра. Једно од решења могло би бити, да се грађани, што је могуће више, информишу о проблемима и последицама које могу настати при наплати малих штета, те да је ипак пожељно да увек, када постоји сумња да је штета већа или да има и повређених лица, позову службенике МУП-а да изврше увиђај и сачине записник, без обзира што ће за то морати да плате затражени износ. Проблеми би се махом решили, када би представници МУП-а и осигуравајућих компанија најзад постигли заједнички договор о висини мале штете и начину поступања у лакшим саобраћајним несрећама. Крајње решење била би измена закона, где би се, као и у западноевропским земљама, предвидело да је Европски извештај валидан у случају свих материјалних штета, без обзира на њихову висину, а да се нематеријалне штете (осим ако се

29 Нпр.: пресуда Основног суда у Новом Саду, П. бр. 53563/2010 од 21.9.2011. год.

30 Према: Накнада неимовинске штете за тзв. трзајну озљеду вратне краљежнице у њемачкој судској пракси, *Osiguranje.hr* од 19.8.2010., доступно на: <http://www.osiguranje.hr>, 7.8.2012. год.

оне, због специфичности повреда, испољавају тек накнадно) признају само уз записник МУП-а.

2) Чињеница је и да примена Европског извештаја представља неисцрпан извор могућности за преваре и амнестирање несавесних возача, поготово ако су они причинили и кривично дело или осујетили право регреса које би осигуравач основано имао према њима. Ефикасан одговор би могла да буде законска норма, која би омогућавала службеницима МУП-а да на основу извештаја подносе прекршајне и кривичне пријаве, што би требала да буде околност која би одвраћала од оваквих злоупотреба у саобраћају. Оштећени би, наравно, требали да увек накнаде материјалну и нематеријалну штету коју су претрпели у реалној мери. Проблеми се у вези с накнадом нематеријалне штете, ипак, често срећу, а највише у погледу трзајне повреде врата. Велики број оштећених не јавља се одмах лекару, сматрајући да су тегобе безазлене, већ тек накнадно, када болови постану јачи и израженији. Услед неадекватног лечења, повреде могу постати хроничне, а због накнадног пријављивања, може се догодити да оштећени остану и без правичне накнаде. Ипак, значајан скок броја пријављених трзајних повреда врата указује и на постојање бројних неоснованих захтева и, релативно, лак начин да се наплати одређени износ од осигуравача, који жели да избегне дуготрајне и скупе спорове. Анамнезу околности под којима се несрећа догодила треба обрадити детаљно, узимајући у обзир тип и величину возила, њихов положај и брзину, правац удара, постојање штитника за главу на седиштима, везаност сигурносним појасом, повреде других лица у возилу и симптоматологију коју описује оштећени. Стога овом проблему треба прићи опрезно и аргументовано, уз уважавање специфичности случајева и механизма повређивања, те уз свеобухватну анализу са аспекта техничке и медицинске струке.

3) Најновијим технологијама примењеним у системима пасивне безбедности у скупљим моторним возилима могу се спречити или умањити последице удараца у возило отпозади за 50–75%. Захваљујући нашем просечно ниском животном стандарду, последице повређивања врата санираће се још дуго углавном на основу расположивих могућности медицинске и правне струке.

Zoran ILKIĆ, PhD
Law Agent in Damages, "DDOR NOVI SAD" a.d.o. Novi Sad

IMPLEMENTATION OF THE EUROPEAN REPORT ON THE ACCIDENT, WITH EMPHASIS ON WHIPLASH INJURY

Summary

During prolonged use, insurers and courts in developing countries generally agreed on their views regarding the application of the European report on the accident. The paper points out that in our country, however, it is evident that there are various problems in daily practice and most disagreements are caused by contradictory attitudes towards the extent to which amount are material damages on the basis of reports payable, and whether non-pecuniary damages with no record from an authorized officer should be recognized. As very contentious, whiplash injury is being analyzed as well, which has become the most common non-material damage, but it is difficult to clinically prove it, especially when it comes to minor body injuries. Because of this damaged have difficulties in exercising their rights, but, on the other hand, it is very suitable for the collection of unfounded compensation claims.

Key words: *European report, whiplash injury, fraud, non-material damage, damaged.*

УДК 347.795/.796 ; 347.447.52/.54:347.763

Свeйислав ЈАНКОВИЋ, мастер
асистент на Правном Факултету Универзитета у Београду

СПЕЦИФИЧНОСТИ ИМОВИНСКЕ ОДГОВОРНОСТИ ЗА ШТЕТУ ОД ИЗЛИВАЊА/ИЗБАЦИВАЊА НАФТЕ СА БРОДА У ВОДУ

Резиме

Овај рад се бави специфичностима које постоје у праву накнаде штете услед изазивања нафтиних мрља од „бродова“ у иловидби уошине (како поморској, тако и речној, каналској и језерској). Специфичности ове одговорности се посматрају, углавном, према класичне одговорности у иловидбеном праву. Овде су посебно издвојене разлике у погледу основа одговорности, субјекта одговорности, инстинктивна обавезној осигурања од одговорности, као и самој међународној обештећујућеј фонду. Циљ рада је да покаже неке постојеће нелоичности у систему створеном међународним конвенцијама и њиховом применом од стране држава. Нарочита пажња је посвећена предлозима за побољшање постојећеј системи и то како кроз предлоге de lege ferenda премене тренутној правној режима, тако и кроз предлоге судској и арбитражној пракси у смислу креативнијеј тумачења постојећих правила.

Кључне речи: власник брода, бродар, објективна одговорност, обавезно осигурање од одговорности, Међународни обештећујући фонд.

I Увод

Као неминовност савременог живота, нафта и њени деривати су свеprisутни у данашњој цивилизацији. Транспорт нафте се јавља као важан чинилац у ланцу до њене коначне потрошње. Превоз нафте има изузетно важну улогу од тренутка проналажења нафте, односно њене примарне (примитивне) обраде, па до тренутка њене финалне потрошње. Међутим, превоз нафте и поред улоге у премошћавању географских раздаљина (од фазе производње до фазе потрошње, чиме постаје и фактор утицаја на коначну цену нафте), поседује и међународноправни и еколошки аспект. Како сам превоз као привредна делатност носи својеврсне опасности приликом његовог обављања, тако се те опасности, у најмању руку, удвостручавају када је у питању превоз нафте. Ризици са којима се суочавају пловидбени превозиоци (овде је реч о имаоцима танкера) у још већој мери повећавају вероватноћу од настанка нафтних катастрофа проузрокованих изливањем или избацивањем нафте у воду из бродских складишта.

Крајем шездесетих година 20. века, након неколико катастрофа по животну средину услед стварања нафтних мрља на водама широм света, међународна заједница се освестила и одлучила да регулише овај, свакако нежељени, феномен.¹ Тако су релевантне међународне организације² биле покровитељи доношења конвенција које се тичу загађивања мора (воде уопште) нафтом. Конвенције је сврсисходно поделити у два типа методом тренутка у коме оне испољавају своју сврху.³ Са једне стране донете су конвенције којима је циљ уопште спречавање ових немилних догађаја,⁴ а са друге стране постоје конвенције које своје дејство испољавају на већ насталој незгоди изазваној изливањем/избацивањем нафте са брода у воду. У конвенције друге групе спадају Конвенција о грађанској одговорности за накнаду нафтних штета насталих са брода и Конвенција о установљењу међународног фонда за обештећивање

1 Готово истовремено су и субјекти привредног права (нафтне и транспортне компаније) аутономно регулисали имовинске последице феномена нафтне мрље кроз инструменте TOVALOP и CRYSTAL. Више о томе код Wang Hui, *Civil Liability for Marine Oil Pollution*, doctoral thesis, Rotterdam, 2011, стр. 50 и даље.

2 На пример ИМО (*International Maritime Organization*), ОУН (*United Nations*).

3 N. Jovanovic, *Transport Law of Serbia and Montenegro*, Kluwer Law International, Hague, 2005, стр. 254.

4 *Convention for the Prevention of Pollution from Ships (MARPOL 1954*. Лондон). Поводом ове конвенције донети су и амандмани 1971, 1973, 1978. и 1997. Бивша СФРЈ је ратификовала конвенцију у свом изворном издању 1954, као и њен амандман из 1971. И друга под називом *Convention Relating to Intervention on the High Seas in Cases of Oil Pollution Casualties (Brussels 1969)*. Бивша СФРЈ је ратификовала ову конвенцију 1977. године.

нафтних штета.⁵ Донете конвенције су прихваћене широм света, што показује податак да је Конвенцију о грађанској одговорности прихватило више од 120 земаља света, међу којима и СФРЈ (ратификовала ју је 1977. године, а правно обавезујућа је и за Републику Србију као сукцесора бивше СФРЈ). Република Србија је приступила режиму Конвенције о установљењу фонда у мају 2012. године.

II Специфичности у погледу основа одговорности

У пловидбеном праву половине 20. века доминантни правни основ одговорности носиоца пловидбеног подухвата био је у кривици.⁶ Додуше, та кривица је била претпостављена како би се олакшало њено присуство зарад оштећене стране, али је са друге стране сама одговорност била лимитирана како би се сам предузетник охрабрио на пловидбени подухват. Како је у то време расла свест о опасности нафте као предмета пловидбеног превоза, тако су се паралелно са, тако рећи, класичним, доносиле специјалне конвенције које су регулисале имовинске последице незгода у превозу нафте. Ови правни извори доносе разлику у односу на класичан режим, пре свега, у погледу правног основа одговорности. Одговорност је стриктна, каузална, објективна, односно одговара се без обзира на кривицу.⁷ Оправдање за овакво специјално правило у односу на обични поморски превоз аутори конвенције су могли наћи у грађанским законима тадашњих држава, који су за штете од опасних ствари/делатности прописивали објективну одговорност за њиховог имаоца/предузимаоца. Како је међународна заједница квалификвала нафту као неспорно опасну ствар, а имаоце бродова (танкера који је превозе) као предузимаоце опасне делатности, тако није било тешко наћи правну утемељеност постојању оваквих правила. Међутим, на самој конференцији поводом доношења Конвенције о грађанској одговорности, били су присутни и другачији аргументи. Једни су били да се и даље задржи кривица (додуше претпостављена) као основ од-

5 *Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage*, донета у Бриселу 1969. са протоколима од 1976. год. и 1984., као и конвенција истог назива из 1992. год. са амандманима из 2000. године (даље у фуснотама: Конвенција о грађанској одговорности), и *Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage*, донета 1971. год., са Протоколом од 1992. год., амандманима од 2000. године и Конвенцијом о додатном фонду из 2003. године (даље у фуснотама: Конвенција о установљењу фонда).

6 М. Трајковић, *Поморско право*, Академска мисао, Београд, 2000, стр. 122.

7 F. Serena, *Civil Liability of the Shipowner for Oil Pollution Damages in the context of The 1969 International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage*, Institute of comparative law, Montreal, 1981, стр. 61.

говорности, док су други (попут Шведске, Португала, Шпаније, Француске и Северне Ирске) били за то да се уведе одговорност за штету независно од кривице. Мишљење последњих је било, да би се у случају одговорности на основу кривице, оштећена страна могла оставити без обештећења уколико се не би могла утврдити било чија кривица. Највећи противници става и стриктној одговорности бродовласника били су тадашњи СССР и Велика Британија. СССР је сматрао да би такав режим представљао недопустиво одступање од тадашњег система поморског права (одступање у погледу основа је било направљено само за одговорност од нуклеарних штета које су тада, у време хладног рата, биле највећа опасност по међународну заједницу). С друге стране, Велика Британија је, противећи се објективној одговорности, штитила, у ствари, своје интересе (интересе својих привредника – власника танкера).⁸

Закон о поморској и унутрашњој пловидби Републике Србије прихвата Конвенцију о грађанској одговорности у потпуности и, као и она, предвиђа стриктну одговорност за бродовласника у случајевима „нафтних штета“.⁹ Бродовласник се ове одговорности може ослободити доказом више силе, аката управних власти (лучке, пристанишне капетаније), чињеницом рата или, пак, радњом трећег лица, односно штетном радњом саме оштећене стране.¹⁰ Међутим, може се поставити питање да ли је ова листа ослобађајућих разлога исцрпљена или би се неким другим актом (као *lex specialis*-ом) могла проширивати. Ово нарочито имајући у виду нацрт Закона о поморској пловидби Републике Србије који предвиђа додатне случајеве када постоји одступање од забране изbacивања нафте (уља) у воду и тиме наношења штете.¹¹ Такође, дискутабилан је и утицај поморске хаварије на објективну одговорност бродовласника када је нафта изbacивана из бродских складишта у циљу спасавања људских живота. Ту се сусрећу намерна радња бродовласника (због које би он требао да одговара неограничено) и субјективни, оправдавајући критеријуми (из чл 135 нацрта Закона о поморској пловидби) које конвенцијски режим не познаје.

8 N. A. G. von Borries, *The International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage and Recklessness*, Hamburg, 2009, стр. 42.

9 Закон о поморској и унутрашњој пловидби – ЗПУП (Сл. лист ЦПЈ, бр. 12/98, 14/99, 74/99, 73/00, Сл. гласник РС, бр. 101/05, 85/05), чл. 879.

10 Оштећени могу бити обална држава за трошкове уклањања/чишћења нафтне мрље, флора и фауна, као и компаније чије су делатности везане за експлоатацију водених површина и њихових садржаја.

11 Нацрт Закона о поморској пловидби, чл. 135, преузето са <http://www.mi.gov.rs/dokumenta/2011/Nacrt%20zakona%20o%20pomorskoj%20plovidbi%2027.04.2011.pdf>, 18.4.2012.

III Специфичности у погледу субјекта одговорности

1. Опште разматрање

За штете које настану изливањем/избацивањем нафте у воду, једино је одговоран власник брода којим се нафта превозила. То је искључив став Конвенције о грађанској одговорности (чл. 3).¹² Ова конвенција директно чини неодговорним (оштећеној страни) сва лица осим бродовласника, тиме не дирајући у право самог бродовласника да се регресира од стварног штетника, након што претходно обеште-ти оштећену страну. Правило путем кога се одговорношћу оптерећује само један члан (субјект) у пловидбеном подухвату представља изузетак у савременом пловидбеном праву, али и изузетак од општег правног принципа *Neminem leadere*, у оквиру кога онај ко учини штету другоме, треба да му је и надокнади.¹³ Оно (правило) можда има оправдање у ставу да је бродовласника лако наћи, идентификовати (мада је и то дискутабилно), јер је уписан у регистар бродова, чиме је оштећеној страни, наводно, олакшано доказивање пасивне легитимације у могућем спору. Међутим, оно, ипак, погађа оштећену страну, јер јој тиме, управо, сужава круг пасивно легитимисаних лица. Имајући у виду могућност инсолвентности бродовласника, као и његов пропуст да се осигура од одговорности, може се замислити ситуација у којој би оштећена страна остала без накнаде штете.¹⁴ Могућности да се оваква ситуација догоди, нарочито иде у прилог чињеница да су бродовласници најчешће компаније, које као правна лица одговарају само својом имовином (а не и имовином њихових чланова/оснивача), а која се може током пословања смањити до нивоа непостојања. Тако би стечај бродовласника у кумулацији са његовим неосигурањем (и фалсификованим уверењем о пловидбености), заиста довео оштећену страну у незавидан положај.

С обзиром на опасност и тежину последица које производи присуство великих количина нафте у води, потребно је пронаћи решење

12 На самој конференцији поводом доношења Конвенције о грађанској одговорности била су изражена и супротна мишљења, у смислу да би одговорно лице требало да буде и *operator* (корисник брода, купац, бродар). Међутим, схватање о бродовласнику као једино одговорном је победило са 24 гласа према 14. Занимљиво је било мишљење италијанске делегације која је изнела став да би одговорно лице требало да буде једино *operator*, а да се при том, *operator*-ом сматра регистровани бродовласник, до супротног доказа.

13 О. Антић, *Облигационо право*, Београд, 2007, стр. 418. Ј. Радишић, *Облигационо право*, Београд, 2004, стр. 180.

14 У овом хипотетичком случају се изузела улога Међународног обештећујућег фонда у циљу поједностављивања примера и лакшег учечавања потребе проширења круга одговорних субјеката.

како би се и у оваквим (додуше ретким, али ипак могућим) ситуацијама оштећена страна задовољавајуће обештетила. Постоје два могуће решења овог проблема. Прво би било у изменама и допунама постојеће конвенције и увођењу правила да поред бродовласника, и солидарно са њим, одговара и корисник брода који превози нафту (стварни превозилац).¹⁵ Овакво решење (иако можда лако оствариво у оперативном смислу организовања конференције на којој би се донела жељена измена/допуна постојеће конвенције) ипак није најцелисходније. Наиме, последице оваквог решења би биле врло неизвесне по правну сигурност (извесност), јер се не би могло претпоставити колико ће (и када) држава прихватити конвенцију у измењеном облику. Исте последице би претиле и да се донесе нова конвенција која би носила са собом жељена решења. Не треба сметнути са ума да је прихват постојеће Конвенције о грађанској одговорности изузетно висок и да је она свој циљ на плану униформности већ постигла. Конвенцију је ратификовало више од 120 држава међу којима и наша (Србија) која је њена правила доследно унела у свој Закон о поморској и унутрашњој пловидби.

Друго решење би се можда могло наћи у препоруци за кретивнијим и екстензивнијим тумачењем од стране судова одредбе о субјекту одговорности. Ту препоруку би могло да да неко стручно тело или, пак, организација која је била покровитељ доношења конвенције (ИМО – *International Maritime Organization*). Такође, сама (устаљена) судска пракса, без препоруке овог типа, могла би да доведе до, овде, жељеног циља (проширење круга одговорних субјеката), а на основу члана 31 став 3 Бечке конвенције о уговорном праву.¹⁶ Бечка конвенција у процесу тумачења међународних уговора захтева од тумача (примењивача) да узме у обзир и дотадашњи начин примене одређене уговорне одредбе. Тако би поменута препорука и устаљена судска пракса довеле до решења истоветног промени саме конвенције! Погледајмо (правне) могућности

15 Као корисник брода (*operator*) могао би се замислити било који субјект (различит од власника) који управља бродом и целокупним пловидбеним подухватом. То би могли да буду, нарочито, закупци и „купци“ бродова уз подршку финансијског лизинга. Посебно су занимљиви корисници лизинга који су по постојећим конвенцијским правилима апсолутно искључени из круга одговорних лица, а у који су укључени даваоци лизинга. То доводи до последица да би у случају нафтне незгоде изазване од „брода у лизингу“ једино била одговорна банка као давалац лизинга, која, при том, нема никакве везе са конкретним пловидбеним подухватом, нити, уопште, са пловидбеном делатношћу. Стављање оваквог оптерећења банци даваоцу лизинга, значило би да она, уколико не жели да доспе у поменуту ситуацију, мора да поседује дозу стручности и у пловидбеној делатности, али и у било којој другој чије остваривање финансира путем лизинга. То, свакако, излази из делокруга банчиних послова и сигурно би негативно утицало на вршење класичне банкарске делатности.

16 М. Крећа, *Међународно јавно право*, Београд, 2007, стр. 447.

екстензивног тумачења правила о субјекту одговорности из перспективе српског права и српских судова.

2. Круг одговорних лица у српском праву

Закон о поморској и унутрашњој пловидби (ЗПУП), као *sedes materiae* у овој области, у потпуности прихвата решења из Конвенције о грађанској одговорности у погледу одговорног субјекта за штету од изливања нафте у море. Одговорни субјект је, као и у конвенцији, само бродовласник. Може се поставити питање да ли је ово коначно, непроменљиво решење, односно да ли постоје основи за екстензивну и креативну примену права од стране српских судова, тј. да се одговорним учине и нека друга лица. Претходно је потребно напоменути да ЗПУП представља *lex specialis* у односу на Закон о облигационим односима и да, као такав, дерогира његове одредбе. Међутим, то не би требало да значи да ЗПУП дерогира све одредбе Закона о облигационим односима у погледу субјекта одговорности за накнаду штете. Наиме, у Закону о облигационим односима постоји институт одговорности по основу правичности, који не би требало да се налази у *искључујућој* вези са односним правилима ЗПУП и Конвенције о грађанској одговорности, већ у *допуњујућој* (комплементарној) вези.¹⁷ Одговорношћу по основу правичности на накнаду штете се *може* обавезати и сам штетник, а не искључиво одговорно лице које је дужно да надокнађује штету изазвану штетниковим радњама (одговорност за другог).¹⁸ Чињенични склоп који одговара односу одговорно лице – штетник, може се уочити и на релацији бродовласник – купац (корисник, *operator*) брода, а поводом накнаде штете за изливање нафте са брода у воду у режиму ЗПУП и конвенције. Чини се истоветним положај бродовласника и одговорног лица из института одговорности по основу правичности. Међутим, постоје две препреке примени овакве аналогије.

Прво, да би се применило правило о одговорности по основу правичности, неопходно је да је одговорно лице имало дужност надзора над штетником. Дискутабилно је да ли је оваква дужност наметнута власнику брода (према купцу) када брод даје у закуп. Изричитог правила о оваквој обавези у српском праву нема, али то не би

17 Закон о облигационим односима (Сл. лист СФРЈ, бр. 28/78, 39/85, 45/89, 57/89, 31/93, Сл. лист СЦГ, бр. 1/03, Сл. лист РС, бр. 98/06; даље у фуснотама: ЗОО), чл. 169.

18 Да би се применио институт одговорности по основу правичности, потребно је да се испуне два услова. Први, да одговорно лице нема имовинских средстава за накнаду штете (које, за разлику од њега, штетник поседује). И други, да је иначе, по судској процени правично ослободити одговорно лице за штету, а исту наметнути штетнику.

требала да буде непремостива препрека креативнијем тумачењу, па и тумачењу *contra legem* (које је, како ће се касније видети, све присутније у међународним поморским споровима). У прилог оваквом тумачењу говори и чињеница о постојању правила српског облигационог права о одговорности за штету потеклу од опасне ствари. У принципу, и као главно правило, постављено је правило о одговорности имаоца опасне стари од које је (или у вези са којом) штета проузрокована. Међутим, вероватно из практичних разлога, али и разлога правичности, уведено је правило које одговорним за штете од опасних ствари чини лице коме је ималац опасне ствари поверио опасну ствар (да се њоме служи).¹⁹ Дакле, у случају да је ималац опасне ствари поверио ту ствар неком другом лицу, онда ће то друго лице бити одговорно за штету која потиче од те ствари, а уместо њеног имаоца (власника) по истом (објективном) режиму, као када би сам ималац био одговоран. Путем оваквог, ширег, тумачења које се чини правно ваљаним и оправданим, долази се до жељеног циља, а то је да се одговорним за нафтне штете (потекле од нафте са брода) учини одговорним корисник брода (а, не само да буде одговоран власник брода као што је до сада био случај). У конкретном примеру непосредно је видљива подударност између на једној страни, власника и корисника брода и на другој, имаоца опасне ствари и лица коме ју је он предао.

Друга препрека ширем тумачењу норме о субјекту одговорности (за „нафтне штете“) из ЗПУП је крајње формалне природе. То је чињеница да је ЗОО *lex generalis* у односу на ЗПУП, и да је последњим дерогиран. Но, чини се да би и ова препрека могла да нестане уколико би се правилно схватио *ratio legis* поменутих правила. *Ratio legis* и једног и другог режима је потпуније и ефикасније обештећење оштећене стране. Целокупни систем међународних правила (Конвенција о грађанској одговорности, Конвенција о међународном фонду, обавезно осигурање од одговорности) управљен је ка што бржем и целовитијем обештећењу жртви „нафтне мрље“. Зато, уколико би постојали институти (као што је одговорност по основу правичности и одговорност „корисника“ опасне ствари, а не њеног власника – имаоца) који би коинцидирани са *ratio*-ом (смислом) међународног режима, утолико би било мање места за контра-аргументе (не)примени овог института. Ако је сврха права да помаже субјектима права да остваре своје легитимне интересе, онда се не може наћи правно утемељена препрека за примену ове аналогије. Ово посебно зато што је односна аналогија у сагласју са принципом *Neminem leadere* и правилним идентификовањем штетника као одговорног лица.

19 ЗОО, чл. 176 ст. 3.

Оправдавању оваквог креативног и екстензивног тумачења, могла би да допринесе и чињеница да је у пракси примене Конвенције о грађанској одговорности било много примера широког тумачења, па и тумачења *contra legem*. Једно од таквих је и тумачење појма брода – штетника у случају „Слопс“ (енгл. *Slops*), где је као брод квалификован плутајући објект који је у себи садржао велике количине нафте услед чијег изливања је настала права еколошка катастрофа.²⁰ Екстензивно, па и *contra legem* тумачење се састојало у томе што је по конвенцијском режиму брод дефинисан само као комерцијални поморски брод који превози нафту (као терет) и нити један више други брод, тиме у потпуности искључујући могућност квалификације плутајућег објекта као брод.²¹ Штавише, Међународни обештећујући фонд, као субјект права, дао је своје тумачење односног члана Конвенције о грађанској одговорности, према коме ће се као брод сматрати искључиво комерцијални бродови који превозе нафту као терет. Међутим, грчки Врховни суд је у случају „Слопс“ супротно одлучио. Иако је Међ. обештећујући фонд одбио захтев оштећених за накнаду штете (јер се није радило о броду као превозном средству, већ о статичном, складишном, објекту на мору), Врховни суд Грчке је прихватио тужбени захтев оштећених и наложио односног Фонду да исплати накнаду. Главни аргумент на коме је грчки Врховни суд базирао своју одлуку (да појмом брода обухвати и плутајуће, статичне објекте) нађен је у чињеници да је конкретни „брод“ Слопс некада заиста био брод у конвенцијском смислу, као и да је у тренутку настанка нафтне незгоде, постојала могућност да се он поново учини бродом (тако што би му се вратили мотор и пропелери).

Оваквим, *contra legem*, начином тумачења можда се губи на правној сигурности, али се свакако добија на „правној“ правичности. Опредељење између ова два подједнако важна правна интереса треба тражити и налазити у околностима сваког конкретног случаја.

3. Решење Велике Британије

Велика Британија прихвата Конвенцију о грађанској одговорности и тиме чини бродовласника једино одговорним субјектом за нафтне штете. Међутим, она у свом домаћем праву предвиђа могућност да и друга лица (осим бродара) буду одговорна за ове штете. Та лица би била корисници брода, службеници бродара/бродовласника, купац, *operator*. Једини услов за проширивање круга одговорних лица је да су

20 J. Harrison, „Conflicting Interpretations – The *Slops* Incident and Application of the International Oil Pollution Liability and Compensation Regime to Offshore Storage and Transfer Operations“, *Journal of Environmental Law*, бр. 20(3)/2008, стр. 461.

21 Конвенција о грађанској одговорности, чл. 6, ст. 1.

она штету проузроковала намерном радњом или радњом која је крајње непажљива (*culpa lata dolo equiparatur*, енгл. *willful misconduct*).²² Ово решење у битном одступа од конвенцијског режима, али се не може у потпуности порећи његова праведност. Такође, оно није усамљено у свету. Слично решење садржи српско право када регулише одговорност правног лица за радње његових службеника којима је (службеник) проузроковао штету трећој страни. Правно лице ће, у принципу, увек бити одговорно за штетне радње свога запосленог (службеника), осим у случају када је његов службеник проузроковао штету трећем лицу намерном радњом.²³ У том случају, осим одговорности правног лица настаје могућност одговорности лица запосленог у односном правном лицу, јер је поменути закон запосленог учинио пасивно легитимисаним субјектом услед високог степена испољене кривице.

Дакле, Закон о облигационим односима, слично као и британско право, оставља могућност да осим бродовласника буду одговорни и његови запослени и други службеници уколико су приликом вршења њихових послова приликом пловидбеног подухвата испољили висок ниво небриге (кривице). Међутим, поставља се питање да ли је ово правило применљиво у нашим националним оквирима, с обзиром да је оно регулисано општим облигационим правом, а да истовремено постоји супротно правило установљено у ЗПУП (као *lex specialis*-ом). Јасно је да формалноправна логика не дозвољава примену општег правила у случају истовременог постојања посебног правила супротне (контрирајуће) садржине. Ипак српски судови би и поред овако, наизглед, јасних правних ситуација требали да имају у виду и правичност, као и уопште аргументе за *contra legem* тумачење, који су напред истакнути.

4. Правило „загађивач плаћа“ (енгл. *Polluter pays Principle*)

У погледу могућности проширивања круга одговорних лица за штету због изливања нафте са брода у море, треба свакако поменути и правило „загађивач плаћа“ (енгл. *Polluter pays Principle*). Ово правило у буквалном преводу значи да загађивач животне средине дугује (плаћа) накнаду штете. То има за практичну правну последицу проширивање круга одговорних лица за изазивање „нафтне мрље“, проузроковане нафтом која се превозила бродом. Проширење се огледа у томе што по овом принципу бива одговорно свако лице које је у претходним фазама производило, држало, транспортовало или, пак, добијало (наручивало) нафту, а не само власник последњег танкера са кога се нафта непосредно излила/избацила у воду.

22 S. Baughen, *Shipping Law*, third edition, Cavendish Publishing Limited, London, 2004, стр. 399.

23 ЗОО, чл 170.

Ради лакшег схватања овог принципа, али и као илустративан пример може се навести случај „Ерика“ (енгл. *Erika*). „Ерика“ је био брод-танкер који је у децембру 1999. године доживео поморску незгоду у близини француске обале (у Атлантском океану). Том приликом је са брода излучена велика количина нафте (око 20 хиљада тона) која је имала неповратно тешке последице како по штетом погођену обалу и локално становништво, тако и по целокупну околну флору и фауну (највише у погледу угинућа птица селица које су зимовале на француској обали). „Ерика“ је, иначе, био закупљени брод и уједно предмет вишеструких пословних интереса (интерес компаније која испоручује нафту, компаније која је превози и компаније која је наручује и прима). Француски судови су (по прибављеном мишљењу Европског суда правде – ЕСП) пресудили да су за штету одговорни, поред самог бродовласника и корисник (закупац) танкера, нафтна компанија испоручилац нафте, као и орган (правно лице) који је танкеру дао уверење о пловидбености.²⁴ Правни основ за овакву пресуду судови су нашли у правилу „загађивач плаћа“ које је јасно дефинисано у секундарном законодавству Европске уније, чији је Француска члан и чије је прописе обавезна да примењује. Међутим, одмах након доношења ове пресуде (2008. година) почели су да се стављају приговори њеној легалности, с обзиром да је по Конвенцији о грађанској одговорности коју је Француска ратификовала једино одговорно лице бродовласник који би се евентуално, касније, могао регресирати од, у овој пресуди, осуђених лица.

Кључну аргументацију у прилог суживота конвенцијског режима и режима Директиве Европске уније о загађењу,²⁵ дали су француски правници који су тврдили да односна директива представља додатак (енгл. *supplement*) на конвенцијску, ограничену, одговорност бродовласника. Дакле, њихово је мишљење било „да тамо где са накнадом стаје конвенција, директива продужава (наставља)“, а циљ је да се оштећена страна што потпуније обештети.²⁶ Таквим поимањем ствари избегава се сукоб (колизија) искључујућих правних режима. Значајан аргумент

24 Ерика је био танкер при чијој су бродоградњи и преправкама групо кршена правила струке и чија је посада била нестручна и неискусна.

25 Directive 2006/12/CE of 5 April 2006 on waste, art. 15 (колоквијални назив *Waste Framework Directive*). Вид. N. de Sadeleer, „Liability for Oil Pollution for Waste Management: The Polluter Pays Principle at the Rescue of the Victims“, *Journal of Environmental Law*, бр. 21(2)/2009, стр. 301.

26 Чак је и пре доношења Конвенције о грађанској одговорности уочено да режим уведен њоме (са додацима обавезног осигурања и установљења Међународног фонда) неће бити довољан да надокнади целокупну материјалну штету (о еколошкој штети и да се не говори, јер је она, у принципу непроцењива). Најбољи пример за то је случај „*Torrey Canyon*“ чија је процењена штета била око 14,5 милиона фунти, а вредност осигурања у односном случају била је 6,5 милиона фунти. Дакле, читавих

у прилог паралелне примене поменуте директиве са Конвенцијом о грађанској одговорности, изнео је француски правник Коко (фр. *Kokott*) у то време јавни правобранилац. Он је тврдио да *Polluter pays Principle* има оправдање у томе што се не може сматрати штетником само бродовласник са чијег танкера се излила нафта, него би одговорни требали да буду и произвођач нафте, њен продавац и купац. Ова лица би требала да буду одговорна јер се налазе у „узрочном ланцу“ нафтне незгоде са бродовласником, а као претходни „држаоци“ конкретне нафте. Они су били (или су морали да буду) свесни да својом улогом доприносе на неки начин повећавању опасности по животну средину и да, баш због тога, треба да буду третирани као предузимаоци опасних делатности, иако су њихове радње (у узрочном ланцу) унеколико удаљене од штетне последице.²⁷ С обзиром на правило „загађивач плаћа“ ова лица су одговорна, јер је свако од њих створио (индуковао) део ризика који је доцније реализован у виду нафтне мрље.

Иначе, сама природа објективне одговорности (овде је то случај са одговорношћу за штету од опасне ствари – нафте) у својој суштини садржи одговорност за створени ризик од опасности.²⁸ На том правцу правног резонавања су били и француски судови и Европски суд правде.

IV Обавезно осигурање од одговорности

1. Основне карактеристике

Конвенција о грађанској одговорности уводи институт обавезног осигурања од одговорности за штете од изливања/избацивања нафте. Осигурање је обавезно за бродове који превозе више од 2.000 тона нафте као терет и оно као такво за ове бродове представља неопходни услов за добијање уверења о пловидбености, односно, у одсуству оваквог осигурања свака држава чланица конвенције могла би да одбије таквом броду улазак у своје територијалне воде (луку, пристаниште). Постојањем оваквог осигурања (од одговорности) олакшава се позиција оштећене стране, јер се може обратити директно осигурачу у случају настанка „нафтне штете“.²⁹ Осигурач у том случају има врло сличну

8 милиона фунти је остало ненадокнађено. Та чињеница најбоље говори у прилог прихватању правила „загађивач плаћа“. Вид. N. A. G. von Borries, *нав. дело*, стр. 7.

27 N. de Sadeleer, *нав. дело*, стр. 304.

28 Више о томе видети код М. Караникић-Мирић, „Кривица као етички или технички појам“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2008, стр. 181–193.

29 Истовремено се побољшава позиција власницима танкера који тим путем дисперзују ризик потенцијалне штетности њиховог подухвата, а са друге стране

позицију као и бродовласник, јер одговара ограничено (до износа до ког одговара и власник танкера), а може се служити и ослобађајућим разлозима којима и бродовласник може избећи своју одговорност. Штавише, осигурач би се могао ослободити обавезе на исплату осигуране суме и доказом да је бродовласник проузроковао штету намерно или крајњом непажњом (енгл. *willful misconduct*). Са друге стране, осигурач се не би могао ослободити обавезе на исплату накнаде оштећеној страни доказом стечаја или, пак, престанка бродовласничког правног субјективитета. У суштини, институт осигурања од одговорности за овакве и сличне случајеве, управо, и постоји. Такође, осигурач не би могао да се ослободи обавезе тако што би оштећеном истакао приговоре које би могао истицати самом бродовласнику као уговорној страни из уговора о осигурању.

Српски Закон о поморској и унутрашњој пловидби (ЗПУП) у овом погледу доследно прихвата решења Конвенције о грађанској одговорности. Вреди поменути значај решења овог закона по наше унутрашње воде, нарочито у смислу бродова који превозе мање од 2.000 тона нафте као терет. Ови бродови се не морају осигуравати од одговорности, а вероватноћа да ће изазвати штету није мања због тога што превозе мање количине нафте од тражених за обавезно осигурање бродовласника. Чињеница да су унутрашње воде (реке, језера, канали) у Србији мањег просторног обухвата, него мора и океани, јасно говори у прилог опасности од штете коју могу изазвати танкери мање носивости. Њихово неосигуравање води опасности од немогућности обештећења оштећених субјеката, а услед инсолвентности бродовласника.

На крају излагања о основним карактеристикама овог института, треба поменути да Конвенција о грађанској одговорности (као и српски ЗПУП) не прави разлику у методу остваривања обезбеђења оштећеничких одштетних захтева. То обезбеђење може бити класично осигурање од одговорности, али и било које друго финансијско сигурносно средство, под условом да је безусловно и неопозиво. Ту спадају, нарочито, банкарске гаранције и јемства међународних (обештећујућих) фондова.

2. Дискусије поводом увођења обавезног осигурања од одговорности

Приликом уношења овог института у Конвенцију о грађанској одговорности (1969. год.) владала је жива расправа међу присутним

остају мотивисани да наставе са транспортном делатношћу, јер са собом имају солидарног дужника у случају штете. Вид. П. Шулејић, „Загађивање животне средине и осигурање“, *Правни живот*, бр. 11/2000, стр. 471.

делегацијама. Дискусија је имала значај посебно због тога што је принудно увођење овог типа осигурања у међународни правни режим било практично ново решење, јер као такво није постојало нигде, осим у регулативи накнаде нуклеарних штета.³⁰ Заступници оваквог става о обавезном осигурању нарочито су истицали да принудни карактер ове установе води гаранцији накнаде штете, односно да представља својеврсно јемство бродовласникове солвентности.³¹ То би, по њиховим речима, био неопходни предуслов остваривању правне сигурности (извесности) на пољу накнаде еколошких штета (од нафте). Протагонисти овог решења су сматрали да би обавезно осигурање у кумулацији са објективном одговорношћу бродовласника довело, практично, до немогућности да штета не буде надокнађена.

Но, управо су суживот ових института (обавезног осигурања од објективне одговорности) друге државе сматрале бесмисленим и неспојивим. Холандска делегација је била против обавезног осигурања, јер је сматрала да оно испуњава своју сврху само код осигурања од субјективне, а не и од објективне одговорности бродовласника.³² Холандско заузимање за постојање обавезног осигурања – само ако би бродовласник одговарао по основу кривице, имало је оправдање у томе што би тако и сам власник био мотивисан на примерено понашање (приликом пловидбеног подухвата), јер би само у таквим случајевима осигурање деловало заштитнички у његову корист (слично мишљење је имала и делегација Норвешке). Супротно, уколико би постојало обавезно осигурање од објективне одговорности, онда би, по мишљењу холандске делегације, бродовласнику било свеједно како се понаша, јер ће у сваком случају бити заштићен од одговорности (у економској науци ова појава је позната као морални хазард).³³ Овај приговор холандске делегације је био заиста оправдан и да би се отклонили недостаци на које приговор опомиње, морао се начинити компромис. Компромис се састојао у томе да се ипак уведе осигурање од објективне одговорности, али да кривица, при том, задржи свој правни значај. То је учињено тако што је осигурачу омогућено да се ослободи обавезе на исплату осигуране суме (тј. накнаде штете), уколико докаже да је штета настала услед долозног (намерног и крајње непажљивог) понашања

30 О осигурању од нуклеарних штета проузрокованих са бродова видети више код Б. Јакаша, *Уџбеник пловидбеног права*, Загреб, 1979, стр. 383.

31 Овакав став су заузеле посебно делегација Бразила, Јапана, Шведске, Француске, Ирске, Румуније и Грчке.

32 W. Hui, *Civil Liability for Marine Oil Pollution Damage*, Kluwer Law International, Netherlands, 2011, стр. 91.

33 О утицају осигурања на понашање учесника на тржишту видети више код М. Лабус, *Основи економије*, 6. издање, Београд, 2006, стр. 397.

бродовласника. Поједини аутори сматрају да овакав компромис води ка урушавању самог режима одговорности и накнаде, јер дозвољава да се догоди ситуација да услед долозног понашања бродовласника³⁴ буде искључена могућност оштећене стране да се обештети захтевом према осигурачу.³⁵

V Међународни обештећујући фонд

1. Историјски осврт

Доносиоци Конвенције о грађанској одговорности (1969. год.) су били свесни да би усамљено присуство ове конвенције у међународном правном систему доводило до тога да оштећена страна у случају нафтних катастрофа буде само делимично обештећена (јер, је и сама одговорност бродовласника, иако објективна, ограничена на одређени износ). Зато су приликом доношења поменути конвенције донели Резолуцију путем које су се сагласили да у догледно време донесу конвенцију која ће установити фонд додатне накнаде оштећеним субјектима.³⁶ Главна идеја ове Резолуције је била да одговорност за штете изазване нафтом не треба да сноси само превозничка индустрија (у нашем случају пловидбени транспортери), него би удео у обештећивању требала да узме и сама нафтна индустрија. На тај начин би се допринело остваривању правила „загађивач плаћа“ (тј. да плаћају накнаду сви који имају удела у загађивању нафтом). Сходно овој Резолуцији донета је Конвенција о установљењу међународног обештећујућег фонда за накнаде штета прозрокованих нафтом која се превози бродовима.³⁷ Конвенција о установљењу фонда је доживела своју најважнију модификацију 1992. године када су јој проширене границе³⁸ за обештећивање жртава нафтних катастрофа (као и проширење територијалног обухвата дејства Фонда и на штете које се догоде у искључивој економској зони).³⁹ Услед

34 У случају намерног (или крајње непажљивог) изазивања штете, бродовласник би требало да одговара неограничено, тј. тада би изгубио право да ограничи своју одговорност.

35 N. Jovanovic, *нав. дело*, стр. 260.

36 Енгл. *Brussels Resolution on Establishment of an International Compensation Fund for Oil Pollution Damage (1969)* – у даљем тексту Резолуција.

37 Енгл. *International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage (Brussels 1971)* – у даљем тексту Конвенција о установљењу фонда.

38 Од 1992. год. граница је била до 135 милиона специјалних права вучења – СПВ (енгл. *Special Drawing Rights*) Међународног монетарног фонда, а од 2003. лимит је порастао на 203 милиона СПВ.

39 О појму искључиве економске зоне видети код М. Крећа, *нав. дело*, стр. 343–346.

свести о непрестаном увећавању нафтних штета (како по врсти, тако и по величини), Скупштина Фонда, као његов врховни орган, донела је 2003. године Протокол о установљењу још једног, додатног, фонда (енгл. *Supplementary fund*), који ће представљати додатни извор финансирања нафтних штета.⁴⁰

Од самог настанка Фонда (1971. год.) па до 2011. године, догодиле су се 143 нафтне незгоде које је Фонд успешно, додуше не у целости, финансијски санирао. Република Србија је постала члан Фонда 25. маја 2012. године.⁴¹

Што се тиче финансирања самог Фонда, он се финансира из доприноса држава чланица чији правни субјекти увезу (приме) више од 150 хиљада тона нафте у једној години.⁴² У случају Додатног фонда (2003), граница за настанак плаћања доприноса износи (1) милион тона примљене нафте годишње. Највећи финансијери Фонда су Јапан (са 21,4 % удела у целини Фонда на увезених преко 200 милиона тона нафте годишње), Република Кореја (11,8 % удела у Фонду), Италија (11,6 %), и Холандија (10,6 %). Најмањи допринос носе Словенија, Хрватска и Мађарска (око 0,1 % удела у средствима Фонда).⁴³

2. Карактеристике Фонда

Међународни фонд за накнаду штете услед загађења нафтом (даље само Фонд) представља својеврсну међународну организацију са циљем да надокнађује оне нафтне штете које су остале ненадокнађене применом режима Конвенције о грађанској одговорности. Фонд се финансира из доприноса држава чланица, а чија се величина израчунава прогресивним критеријумом количине увезене нафте.

Фонд надокнађује штету по принципу супсидијарне солидарности, односно његова средства се ангажују тек по имовинском исцрпљи-

40 Енг. *Protocol of 2003 to the International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage (1992)* – у даљем тексту Додатни фонд. Имовински капацитети Додатног фонда за накнаду штете по једној нафтној незгоди износе 750 милиона СПВ.

41 Закон о потврђивању Протокола из 1992. године о изменама и допунама Међународне конвенције о оснивању фонда за накнаду штете проузроковане нафтом, усвојене 18.12.1971. године, чл. 30 ст. 3. Доступно на http://www.parlament.gov.rs/upload/arcihe/files/cir/pdf/zakoni/2010/2218_zip, од 18. априла 2012. године.

42 Потребно је истаћи да државе чланице немају обавезу плаћања ових доприноса, нити обавезу гарантовања да ће односне доприносе платити привредни субјекти са резиденством у њима. Њихова обавеза се исцрпљује у тачном информисању Секретаријата Фонда о количини увезене (примљене) нафте у једној години.

43 *Annual report 2011 of International Oil Pollution Compensation Funds*, стр. 11. Доступно на http://www.iopcfund.org/npdf/AR2011_e.pdf, од 18. априла 2012. године.

вању ограничене одговорности бродовласника и његовог осигурача (финансијског гаранта).⁴⁴ Међутим, како је већ поменуто, и сам Фонд је ограничио своја средства за обештећење нафтних катастрофа на 135 милиона СПВ по незгоди (од 2003. год. на 203 милиона СПВ). Због потребе за потпунијим обештећивањем основан је и Додатни фонд чији су лимити знатно виши од основног Фонда (лимит је 750 милиона СПВ), али чије су чланице само државе које увозе више од (1) милион тона нафте годишње.

Фонд своју примену налази највише у случајевима где режим Конвенције о грађанској одговорности заказује, а то су ниски лимити одговорности бродовласника и жеља за потпунијом накнадом. Такође, ту су и случајеви инсолвентности наведених субјеката. Са друге стране, Фонд неће надокнађивати штете настале за време ратних дешавања или, пак, штете са ратних бродова за време мира, као и уопште штете настале са бродова у државној (јавној) својини коришћене искључиво у непривредне сврхе.⁴⁵ Тиме Фонд остаје конзистентан решењу Конвенције о грађанској одговорности, што је можда и лоша опција, јер је ризик настанка нафтних катастрофа нарочито повећан у време ратних сукоба. Можда би било сврсисходније решење да Фонд својим средствима покрива и ове штете, с тим што би му се дало право двоструког регреса према држави чији је ратни/јавни брод проузроковао штету.

У погледу самих штета које Фонд надокнађује, оне се могу разврстати на три појавна облика:

- трошкови предузимања превентивних мера (*preventive measures*)
- обештећење за изгубљену добит (*compensation for loss of profit*)
- трошкови ревитализације (обнаваљања) нафтом загађене животне средине (*reinstatement of environment*).⁴⁶

У трошкове превентивних мера спадају, пре свега, трошкови чишћења нафтне мрље, као и уопште, трошкови спречавања настака веће штете и деконтаминација читавог подручја. Трошкови за изгубљену добит се надокнађују „индустрији“ и грађанима чији приходи имају своје извориште у експлоатацији мора/река/језера, а које не могу искоришћавати због њихове загађености нафтом. Најилустративнији

44 Више о принципу супсидијарне солидарности као видети код М. Васиљевић, *Триовинско право*, 9. издање, Београд, 2006, стр. 379.

45 S. Baughen, *нав. гело*, стр. 142.

46 Maria Petronella Elizabeth Verwey, *Liability for Oil Pollution Damage: An Anglo – South African Comparison in the Light of the International Dispensation*, North – West University, Potchefstroom, 2005, стр. 11.

пример за ово су рибари који због загађености воде нафтом немају могућности да остваре приходе (уловом рибе). Трећи облик штета, штете загађења животне средине, наклањују се само уколико их је имовински могуће изразити (проценити), с обзиром да су врло често имовински непроцењиве.

VI Закључак

На крају целокупног досадашњег излагања потребно је изнети оцену постојећег режима накнаде штета проузрокованих нафтом са брода, као и предложити могући правац даљег развоја и усавршавања правне регулативе.

Постојећи режим накнаде „нафтних штета“ је поприлично задовољавајући, нарочито имајући у виду ефикасност у систему исплате накнада оштећеним субјектима. Такође, као право решење показало се и предвиђање више узастопно одговорних субјеката за ову штету на принципима класичне солидарности (између бродовласника и његовог осигуравача од одговорности) и супсидијарне солидарности (између бродовласника (осигуравача) и Међународног обештећујућег фонда). Одговорност без обзира на кривицу која је наметнута субјекту одговорности била је неопходна из разлога што је нафта као предмет превоза (а и иначе) опасна ствар. Већ у време доношења прве конвенције (1969. год.) која је ову материју регулисала, стандардни основ одговорности за штету од било које опасне ствари/делатности била је одговорност без обзира на кривицу, па је доносиоцима односне конвенције овакав тип одговорности, управо, био императив у регулисању ових друштвених односа. Једина већа замерка која би могла да се истакне конвенцијским регулаторним решењима била би на плану круга одговорних лица. Постојећи међународни режим као одговорно лице види искључиво власника танкера којим се превози нафта. Како брод, као предмет права (а у неким случајевима и као субјект права), може бити прожет многобројним интересима различитих лица, тако је неправедно оптерећивати одговорношћу (за штете у вези превоза нафте) једино његовог власника, а не и, на пример, његовог закупца. Овакво сужавање круга одговорних лица је посебно неправично када је брод био под закупом (или купљен уз финансијски лизинг), а сам бродовласник био у потпуности изван његовог правног и фактичког искоришћавања у пловидбеном подухвату.

Што се тиче саме могућности да се постојећи међународни режим накнаде нафтних штета усаврши, решење треба тражити (поред изнесе-

них решења за проширање круга одговорних субјеката) на плану улагања у научна истраживања која би имала за циљ откривање нових метода потпуне и благовремене деконтаминације нафтом загађеног подручја. Оваква решења би могла да се реализују уз помоћ правног обавезивања компанија, које се баве са нафтом (дакле не само прерађивачка, него и транспортна индустрија), да део свог профита одвајају за финансирање научних истраживања која би за свој предмет имала усавршавање метода разградње нафте.⁴⁷ Тако би се старом проблему накнаде нафтних штета понудило ново решење, које би га за разлику од постојећег, можда у потпуности решило. Обавезујући нафтне и транспортне компаније да одвајају додатна средства у научно-истраживачке сврхе, стимулисало би се и решавање трећег агенцијског проблема, односно компаније би се тада и правно формално и стварно учиниле друштвено одговорним.⁴⁸

Svetislav JANKOVIĆ, M.A.

Junior Faculty Member at the Faculty of Law University of Belgrade

SOME SPECIFIC ASPECTS OF THE CIVIL LIABILITY FOR DISCHARGE AND SPILL THE OIL FROM THE SHIPS

Summary

This work deals with some specific aspects of civil liability regarding the oil accident caused by discharge and spill of oil by seas and inland ships. The main idea of the author in this paper is to try to explain and prove the genuine legal nature of (strict) civil liability for the oil accident caused by commercial ships. Although the Convention regime stipulated that only shipowner has had responsibility for oil accident, the author's opinion for this issue is opposite. He has considered that besides shipowner, the liability person should be the operator of the ship. The reason for this viewpoint is found in fact that operator has possession of the ship (and, also of the cargo oil) and therefore he has to bear liability' burden. The author concludes that although the operator is not regis-

47 На пољу научних истраживања посебно охрабрују резултати младих српских научника који су на прагу да пронађу сустанцу која би за врло кратко време отклањала последице нафтне мрље у води. Реч је о тзв. „ждерачима нафте“. Више о томе видети: <http://gdeinvestirati.com/edukacija-i-karijera/aktuelnosti/5804-najbolji-studentski-naucni-rad-otkrio-bakterije-koje-razgradjuju-naftu>, 19.4.2012.

48 М. Васиљевић, *Корпоративно управљање: правни аспекти*, Београд, 2007, стр. 55.

tered owner of the ship, he has real possibility to manage with ship and to influences to increased and decreased of transport' risks.

At the end of the work, it would be explained the role of the International Compensation Fund in the case of oil accident.

Key words: *shipowner, operator, strict civil liability, International Compensation Fund.*

УДК 347.798(497.11)

Срђан СТОЈИЛКОВИЋ, мастер
судијски сарадник Привредног суда у Пожаревцу

ЗАЛОЖНО ПРАВО НА БРОДУ У ПРАВНОМ ОКВИРУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Резиме

Заложно право на броду које поверилац стиче укњижбом у уписник бродова, без дейосесије дужника, представља стварноправно средство обезбеђења и израживања проистеклих из дуторочних кредитних бродарству. Поверљиви ради одобравања кредитних бродарству захтевају јасан правни оквир који им омогућава ефикасно намирење из предметног залага. Садашња пракса у примени овог институција у нашем праву унела је дилему да ли је дозвољено вансудско намирење заложног права на броду аналогном применом Закона о хипотеци када странке уговоре ову врсту намирења.

Кључне речи: бродарство, обезбеђење и израживања, хипотека, мортиц, вансудско намирење.

I Увод

Савремено речно бродарство у Србији започело је још 1862. године, када је по указу Кнеза Михаила Обреновића купљен од Русије пароброд „Делиград“, како би се задовољиле потребе транспорта, услед развијања робно-новчане привреде у држави.¹ Од границе са Мађарском до Бео-

1 Пароброд Делиград био је и наш први ратни брод који је коришћен у коначном ослобођењу од Турака, доступно на адреси: <http://www.jrb.rs/index.php/sr/istorijat>, 15.9.2012, стр. 1.

града, паралелно са трасом европског аутопута и железничком пругом тече Дунав, што тај простор чини изузетно вредним и значајним са привредног становишта. То потврђује чињеница да је у последњој деценији на простору уз Дунав и у његовим рубним деловима инвестирано више од две трећине свих страних инвестиција у Србији.²

Бродоградња представља значајну област наше привреде обзиром на вредност извезених бродова у протеклим годинама.³ Владајуће светске економске и финансијске околности условљавају бродарство и бродоградњу да користе дугорочне кредите, већих износа, како би успешно обављали своје делатности превоза или изградње бродова.⁴ Кредитори ради одобравања зајмова већих износа траже адекватне гаранције за враћање истих, те се у области бродарства и бродоградње кредитним повериоцима често пружа обезбеђење стављањем бродова под залог.

Теоријска дискусија о значају покретне хипотеке на речним бродовима у нашем праву отпочела је тридесетих година прошлог века, након чега је и донета Уредба о стварним правима на броду и поморским привилегијама, која је омогућила стављање бродова под хипотеку.⁵ Стварна права у погледу бродова данас уређује наш Закон о поморској и унутрашњој пловидби.⁶ Иако је обезбеђење потраживања конституисањем заложног права на броду регулисано Законом о

2 Превоз робе Дунавом и данас има велики значај за нашу привреду обзиром на пловни пут Дунава од Немачке па до Црног мора. Укупна дужина унутрашњих пловних путева у Србији износи око 1680 км., доступно на адреси: <http://www.dunavskastrategija.rs/sr/?p=45>, 20.9.2012, стр. 3.

3 Вредност извезених бродова у прошлој години износи око 25 милиона еура, док је пре три године вредност извоза бродова достигла износ од близу 90 милиона еура. Статистички параметри објављени су и доступни на адресама: http://trzistesrbije.com/uvoz_izvoz.php?proizvod=793; <http://www.rts.rs/page/stories/sr/story/13/Ekonomija/1155560/Tone+izvoz+brodova.html>, 15.9.2012.

4 Правни системи са бољим правним оквиром залоге више ће погодовати развоју кредитирања, што је значајно, обзиром да кредит представља основни инструмент тржишне привреде, који омогућава да се у данашњици употреби сутрашња вредност, вид. Милош Живковић, *Акцесорности заложних права на нејокејности*, Београд, 2010, стр. 13–15.

5 Вид. Иван Стојковић, Славко Стојковић, *Хипотека на речним бродовима у словенским државама*, посебан отисак из Правосуђа, Београд 1933, стр. 4 и даље. Уредба Краљевине Југославије о стварним правима на броду и поморским привилегијама донета је 1939. године. За њено спровођење 1940. године донете су три пратеће уредбе и то: Уредба о уписима стварних права на броду, Уредба о устројству уписника бродова и Уредба о извршењу, осигурању и привременим мерама на броду. Више о доношењу ових уредби након кодификације ове области у виду *Основе поморској пловидби* законика која је упућена у скупштинску процедуру 1937. године, али није постала закон, вид. Винко Хлача, „Хипотека на броду у хрватском поморском праву“, *Зборник Правној факултета Свеучилишта у Ријеци*, бр. 2/2006, стр. 849–851.

6 Закон о поморској и унутрашњој пловидби (*Службени лист СРЈ*, бр. 12/98, 44/99, 74/99 и 73/2000 и *Службени гласник РС* 85/2005, 73/2010 и 87/2011; даље у тексту: ЗПУП).

поморској и унутрашњој пловидби у нашој кредитној пракси постоји тенденција индиректне примене Закона о хипотеци⁷ на случајеве залагања бродова, јер је овим законом дозвољено уговарање вансудског намирења хипотекарног повериоца. Предмет рада јесте пракса залагања речних бродова, која је једнако применљива (истовремено и потенцијално проширива) и на залагање поморских бродова.⁸ Сматрам да овакав начин залагања бродова није у потпуном складу са нашим позитивним правом, што ћу изложити у следећим деловима рада.

II Заложно право на броду по Закону о поморској и унутрашњој пловидби

Заложно право на броду се сходно Закону о поморској и унутрашњој пловидби може стећи по основу уговора, судске одлуке или непосредно на основу закона.

1. Уговорно заложно право на броду

ЗПУП одређује да је уговорно заложно право на броду право повериоца да се намири из продајне цене брода остварене судском продајом.⁹ Уговор о залагању брода је само правни основ за стицање заложног права, обзиром да се тек уписом залог у уписник бродова, односно у уписник бродова у изградњи конституише заложно право.¹⁰ Законодавац ову врсту залог није одредио као хипотеку на броду јер по схватању у време доношења закона традиционални назив хипотека за ову врсту залог није био у складу са друштвеним власништвом на броду.¹¹ Додатни разлог да се ова врста залог не одређује као хипотека иако брод остаје у државини залогодавца јесте и законско одређење брода као покретне ствари.¹² У романским земљама распрострањено

7 Закон о хипотеци (*Службени гласник РС*, бр. 115/2005; даље у фуснотама: ЗОХ), ступио је на снагу 4.1.2006. године, а у примени је од 25.2.2006. године.

8 Како Република Србија не представља поморску земљу, ова пракса нема значаја код залагања поморских бродова, али би се она на исти начин могла спроводити и код залагања поморских бродова. Актуелна пракса залагања бродова није била предмет теоријских расправа, нити последњег уџбеника који се бави залагањем бродова, обзиром да је издат пре ступања на снагу ЗОХ, на основу кога је формирана пракса, вид. Миодраг Трајковић, *Поморско право*, Београд, 2004, стр. 35–47.

9 Чл. 237 ст. 1 ЗПУП.

10 Право следовања и право првенственог намирења стичу се уписом залог у уписник бродова, вид чл. 226 ЗПУП.

11 Вид. В. Хлача, *нав. чланак*, стр. 851.

12 Одредбом члана 225 ЗПУП прописано је да су брод и брод у изградњи покретне ствари. Уредба о стварним правима на броду и поморским привилегијама из

је схватање да се свако бездржавинско заложно право назива хипотеком, али развој бездржавинске залогне покретности као посебне области оправдава сужавање појма хипотеке само на непокретности.¹³

Законска дефиниција заложног права на броду ставља акценат на начело официјелности у погледу реализације залогне. Заложно право на броду може се реализовати искључиво судским путем. Поверилац најпре у парничном поступку мора стећи извршну исправу којом се доказује основаност и висина његовог потраживања, те по стицању извршне исправе може покренути поступак продаје брода сходно одредбама ЗПУП.¹⁴ Диспозитивна одредба о могућности уговарања опције да се потраживање обезбеђено заложним правом на броду може намирити искоришћавањем брода, води порекло из англосаксонског права, али у нашем праву заложни поверилац нема овлашћења као поверилац код англосаксонског института *mortgage* (моргиџ) након стицања поседа на броду, па је ова могућност слабо коришћена у пракси.¹⁵

2. Судско заложно право на броду

ЗПУП је уредио и стицање судског заложног права на броду у поступку извршења и обезбеђења потраживања. Извршни поступак покреће се повериочевим предлогом за извршење лучкој капетанији која води уписник бродова, у који је брод чија се продаја тражи уписан, који се прослеђује надлежном суду.¹⁶ Предлог за извршење мора поред

1939. г. и њене пратеће уредбе одређивале су заложно право на броду под називом хипотека, вид. Јелена Никчевић Грдинић, „Развој и унификација поморских права“, *Годишњак Правној факултету у Бањој Луци*, бр. 31, 2007, стр. 265–267; В. Хлача, *нав. чланак*, стр. 850.

13 Вид. М. Живковић, *Акцесорност заложних права на неокрећности*, стр. 52. Више о дилеми да ли је за бездржавинско залагање покретних ствари правилније користити назив хипотека вид. Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Сиварно право*, Београд, 1999, стр. 269; Михаило Константиновић, *Хипотека на стоци*, Београд, 1932, стр. 239.

14 Поступак продаје брода одређен је одредбама чл. 920–1000 ЗПУП.

15 Институт система општег права моргиџ представља функционални еквивалент заложног права, али разлику између ових института представља чињеница да је моргиџ фидуцијарно средство обезбеђења потраживања. Више о разлици ових института вид. Срђан Стојилковић, „Проблеми у реализацији вансудске хипотеке у правном систему Републике Србије“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2011, стр. 160–170; М. Живковић, *Акцесорност заложних права на неокрећности*, стр. 17. У систему општег права поверилац (*mortgagee*) код института моргиџ, који за предмет оптерећења има брод (*ship mortgage*) од тренутка презимања брода у посед има сва овлашћења која је имао власник брода. Вид. Јасенко Марин, „Правно уређење хипотеке на броду у Републици Хрватској“, *Пловидбено поморско право*, бр. 159/2005, стр. 38, фн. 104.

16 Вид. чл. 920 ЗПУП.

општих података о повериоцу и дужнику садржати извршну исправу, исправе којима се доказује постојање уговорних заложних права и терета, права прече куповине која су уписана у уписник бродова, податке о познатим законским заложним правима на броду који је предмет извршења, као и извод из уписника бродова којим се доказује својинско право на броду.¹⁷ Када суд донесе решење којим се дозвољава извршење продајом брода, по службеној дужности одређује да се то решење забележи у уписник бродова, односно да се спроведе попис брода, ако брод није уписан у уписник бродова. Забележбом поверилац стиче присилно судско заложно право, јер од момента уписа забележбе поверилац има право првенственог намирења у односу на хирограферне повериоце и будуће заложне повериоце, а она има дејство и против евентуалног будућег власника брода.¹⁸

Заложно право на броду дужника поверилац судским путем може стећи и подношењем предлога за обезбеђење на основу извршне исправе, које се конституише укњижбом на основу судске одлуке, односно пописом ако брод није уписан у уписник бродова.¹⁹ Усвајањем актуелног Закона о извршењу и обезбеђењу проширен је обим извршних исправа, те је у исте сврстан и уговор о хипотеци.²⁰ Полазећи од ове одредбе у неким случајевима долазило је до подношења предлога за заснивање заложног права на броду само на основу уговора о хипотеци којим је дозвољено вансудско намирење хипотекарног повериоца.²¹ Сматрам да вансудска реализација залог на броду није могућа и дозвољена у овим случајевима, обзиром да се заложно право које се стиче судским путем на основу извршне исправе треба реализовати у судском поступку, како то регулише ЗПУП.²² Уколико би се дозволило вансудско намирење у

17 Вид. чл. 921–922 ЗПУП.

18 Вид. чл. 924–925 ЗПУП.

19 Вид. чл. 1005–1006 ЗПУП. Више о судско–присилном заложном праву вид. Боривој Старовић, *Коментар Закона о извршном поступку*, Нови Сад 1991, стр. 612–620.

20 Према општем ставу теорије услови да неки правни акт стекне својство извршне исправе јесу његова појединачност, квалификованост (потичање од стране суда, државног органа или арбитраже), осуђујућост, подобност за извршење и законска предвиђеност правног акта као извршне исправе. Вид. Драгор Хибер (уредник), *Нови Закон о извршном поступку*, Београд, 2004, стр. 17–19. Иако уговор о хипотеци представља приватну исправу он је чланом 13 ст. 1 тач. 1 Закона о извршењу и обезбеђењу (*Службени гласник РС*, бр. 31/2011, 99/2011; даље у фуснотама: ЗИО) одређен као извршна исправа.

21 У предмету Р. 17/2012 Привредног суда у Пожаревцу дозвољено је заснивање заложног права на броду на основу уговора о хипотеци којим је дозвољена вансудска продаја брода заложног дужника, *архива Привредног суда у Пожаревцу, досијуно и на иншерном пројекту привредних судова Србије–мејалибра*.

22 Одредбом члана 1008 ЗПУП прописано је да се предлог за спровођење продаје и у случају заложног права на броду по основу извршне исправе подноси сходно

овом случају могло би доћи и до потенцијалног изигравања права на намирење законских заложних поверилаца, јер ред намирења по Закону о хипотеци није истоветан редоследу који је одређен у ЗПУП, о чему ће више речи бити у следећем делу рада.²³

Предбележбу заложног права на броду поверилац може тражити уколико има домаћу судску одлуку која још није правноснажна или извршна, односно ако још није протекао рок за испуњење обавезе по судском поравнању, ако учини вероватним опасност да ће без овог обезбеђења његово потраживање бити осујећено или знатно отежано.²⁴

3. Законско заложно право на броду

Законско заложно право заснива се у тренутку када настану чињенице предвиђене законом.²⁵ Најбитнија разлика у односу на заложна право која настају на основу уговора и судске одлуке јесте да ово право настаје и постоји без публициитета.²⁶ Тако законска заложна права на броду представљају приоритетна потраживања која су настала из бродарских послова која се намирују пре осталих заложних и хирограферних поверилаца.²⁷ ЗПУП је одредио већи број законских заложних права на поморском броду у односу на брод унутрашње пловидбе.²⁸ У погледу приоритета у намирењу законских заложних права на поморском броду предстоји хармонизација нашег права након ратификације Конвенције о поморским привилегијама и хипотекама.²⁹

члану 920 ЗПУП надлежној лучкој капетанији која предлог прослеђује суду, те се у погледу реда намирења поверилаца примењује чл. 927 ЗПУП.

23 Вид. фн. 43.

24 Вид. чл. 1014–1017 ЗПУП.

25 О. Станковић, М. Орлић, *нав. дело*, стр. 237.

26 Новину у погледу настанка законске хипотеке унео је ЗОХ одредбом да и законска хипотека настаје уписом у јавну књигу, док је раније настајала испуњењем чињеница предвиђених законом. Упор. чл. 8 ЗОХ и чл. 64 ст. 2 Закона о основама својинско правних односа (*Службени лист СФРЈ*, бр. 6/80, *Службени лист СРЈ*, бр. 29/96 и *Службени гласник РС*, бр. 115/2005; даље у фуснотама: ЗОСПО).

27 Законска заложна права се зарад свог постојања не требају уписивати у уписник бродова. Стичу се у случајевима таксативно наведеним у ЗПУП и намирују се приоритетно. Вид. чл. 252–255, 983 ЗПУП.

28 Вид. чл. 252–261 ЗПУП.

29 Женевска конвенција о поморским привилегијама и хипотекама из 1993. године потврђена је од стране наше државе Законом о потврђивању међународне конвенције о поморским привилегијама и хипотекама (*Службени гласник РС, међународни уговори*, бр. 10/11) који је ступио на снагу 15.12.2011. године.

III Заложно право на броду на основу споразума странака у поступку обезбеђења потраживања

Конституисање заложног права у ванпарничном поступку на основу споразума странака настало је потребом праксе да се убрза намирење хипотекарног повериоца. Хипотекарни поверилац је ради намирења по одредбама Закона о основама својинско правних односа морао стећи извршну исправу у парничном поступку којом би се доказивала доспелост и висина обезбеђеног потраживања, те би се тек након стицања ове исправе могао покренути извршни поступак ради продаје заложене непокретности.³⁰ Ради убрзања поступка намирења уведена је непосредно извршива хипотека на основу споразума странака³¹ изменама Закона о извршном поступку 1990. године, код које поверилац није морао покретати парнични поступак.³²

Како је осмишљен бржи и повољнији поступак намирења за повериоца, то су у нашој пракси примењиване одредбе извршних закона и у погледу стицања залогe на броду, обзиром да ЗПУП није регулисао заложно право на броду које се стиче по основу судског споразума из поступка обезбеђења. ЗПУП је ипак одредио да се на поступке извршења и обезбеђења на бродовима сходно примењује закон који уређује извршни поступак што даје могућност коришћења овог института.³³ Правни основ за настанак залогe на броду јесте споразум странака склопљен пред судом у форми судског записника, који садржи податке о постојању и доспећу потраживања ради чијег обезбеђења странке желе да заснују залогу.³⁴ Судски записник који странке потписују

30 Поступак је могао бити и сложенији уколико би заложни и лични дужник били различита лица, вид. Драгољуб Стојановић, Димитар Поп Георгиев, *Коменџар Закона о основним својинско-правним односима*, Београд, 1983, стр. 180–183.

31 Под непосредно извршивом хипотеком подразумевамо ону хипотеку за чију реализацију није потребно претходно добијање извршне исправе у парничном поступку, али се сам поступак намирења остварује у судском извршном поступку. Вид. Милош Живковић, *Ново хипотекарно право у Републици Србији*, доступно на адреси: <http://www.ius.bg.ac.rs/prof/Materijali/xivmil/nastava.htm>, 30.12.2009., стр. 2.; Милош Живковић, *Country Report Serbia*, доступно на адреси: <http://www.ius.bg.ac.rs/prof/Materijali/xivmil/nastava.htm>, 30.12.2009., стр. 11.

32 Видети чл. 251а – 251ђ Закона о извршном поступку (*Службени лист СФРЈ*, бр. 20/78, 6/82, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91 и *Службени лист СРЈ*, бр. 27/92, 31/93, 24/94, 28/2000); Милош Живковић „О реформи реалних обезбеђења у југословенском праву“, у: *Будимљешки симпозијум – Дојринос реформи стварног права у државама југоисточне Европе*, Бремен, 2003, стр. 310. Заложно право на основу споразуму странака може се конституисати и на покретним стварима, у ком случају се залогa стиче тек уписом у регистар заложних права. Вид. чл. 265–267 ЗИО.

33 Вид. чл. 906 ст. 4 ЗПУП.

34 Саставни део судског записника о поравнању мора бити уговор о успостављању заложног права повериоца на ствари дужника, вид. Б. Старовић, *нав. дело*, стр. 623.

има снагу судског поравнања, што значи да потраживање које се залогом обезбеђује постаје извршно од момента доспећа.³⁵ Суд наведено поравнање доставља надлежној лучкој капетанији ради укњижбе заложног права на броду. Уколико потраживање не буде о доспелости намирено заложни поверилац има овлашћење да директно покрене извршни поступак јер судско поравнање представља извршну исправу.³⁶

Након доношења Закона о хипотеци пракса је отишла корак даље, обзиром да је у наш правни систем уведено вансудско намирење повериоца.³⁷ Иако наш Закон о хипотеци није прописао да се његове одредбе примењују на залагање бродова у пракси долази до примене истих.³⁸ Уговорне стране подносе ванпарнични предлог за обезбеђење којим заложни дужник дозвољава да се ради обезбеђења потраживања кредитора успостави хипотека на броду која се у случају доспелости обезбеђеног потраживања може реализовати вансудским путем. Решењем којим прихвата овакав споразум суд истом даје снагу извршне исправе, на основу чега се уписује заложно право на броду у уписник бродова.³⁹

Иако је оваква пракса настала због потребе лакшег одобравања кредита у области бродоградње и бродарства, сматрам да је иста отишла делимично и ван граница закона. Практика занемарује чињеницу да је брод покретна ствар, те да је спорно да ли исти може бити предмет хипотеке, обзиром да по одредбама Закона о хипотеци није прописано да предмет хипотеке може бити брод, брод у изградњи или било која друга покретна ствар.⁴⁰ Имајући у виду чињеницу да су бродови и ваздухо-

35 Упор. Ј. Марин, *нав. чланак*, стр. 17–18; Б. Старовић, *нав. дело*, стр. 623–628.

36 Закон о извршном поступку (*Службени гласник РС*, бр. 125/04) је јасно прописао чланом 273 да ће на предлог повериоца, суд решењем (које има значај решења о извршењу), када утврди да је споразум странака постао извршан, одредити и спровести извршење на непокретној, односно покретној ствари дужника, ради намирења обезбеђења новчаног потраживања повериоца према одредбама о извршењу на непокретности, односно одредбама о извршењу на покретним стварима, осим одредбе о изузимању од извршења. Актуелни Закон о извршењу и обезбеђењу штуро је уредио ову материју. Вид. чл. 265–267 ЗИО.

37 Вид. чл. 29–42 ЗОХ. Могућност приватне продаје код вансудске хипотеке у потпуности се поклапа са правном конструкцијом англосаксонског института *mortgage* (моргиц). Вид. М. Живковић, *Акцесорносћ заложних њрава на нејокрејносћии*, стр. 161.

38 Предмет хипотеке одређен је чланом 3 ЗОХ.

39 Овакве одлуке устаљене су у пракси Привредних судова, те је на исти начин поступао и Привредни суд у Пожаревцу у предметима Р. 50/2010, Р. 17/2011, *архива Привредној суда у Пожаревцу, досјуйно и на ињйерном њројраму њривредних судова Србије – мејалибра*.

40 Бродови и ваздухоплови не могу бити ни предмет регистроване залогe сходно чл. 14 Закона о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар залогe (*Службени гласник РС*, бр. 57/03, 61/05, 64/06 и 99/11).

плови покретне ствари на које се у правном режиму примењују посебна правила која наликују на режим који важи код некретнина, мишљења сам да у нашем законском оквиру ипак нема места хипотековању бродова. Уколико је сам законодавац желео да бродови имају исти правни режим као и непокретности, то је могао да оствари на врло једноставан начин, прописивањем у закону да брод може бити предмет хипотеке, као што је то учињено у законодавству Црне Горе.⁴¹ Да је и наш законодавац тако учинио примена одредби о вансудском намирењу повериоца који има хипотеку на броду била би претежним делом у складу са позитивним правом.⁴²

Наша актуелна пракса у погледу вансудског намирења заложног права на броду, не само да користи правне празнине законодавства, већ у одређеним деловима и изричито противречи важећим законима. У случају вансудске продаје брода поверилац није дужан да исплати приоритетна законска заложна права пре намирења свог потраживања, што не би могао избећи у случају судске продаје.⁴³ По Закону о хипотеци законска хипотека се стиче тек уписом у регистар, док по одредбама ЗПУП за стицање законског заложног права на броду није потребно да се исто упише у уписник бродова. Сходно наведеном савестан стицалац законског заложног права би у случају вансудске продаје брода највероватније био изигран и остао без намирења свог потраживања, што је у потпуном нескладу са одредбама ЗПУП.⁴⁴ Залагање бродова са опцијом вансудског намирења повериоца води порекло из система оп-

41 Црногорски Закон о хипотеци који дозвољава вансудско намирење повериоца (*Службени лист Србије и Црне Горе*, бр. 61/04) је изричито прописивао примену истог и на бродове и ваздухоплове (чл. 2 ст. 4) па је тамо у складу са законом уговарање вансудског намирења хипотеке на броду. На исти начин хипотека на броду је регулисана чланом 309 актуелног Закона о својинско-правним односима Републике Црне Горе (*Службени лист Црне Горе*, бр. 19/09).

42 Хипотековање брода као могућност није предвидео ни Нацрт Законика о својини и другим стварним правима, који чланом 449 ст. 4 прописује да се на залагање бродова и ваздухоплова примењују посебни прописи, доступно на адреси: <http://www.mpravde.sr.gov.yu/cr/articles/zakonodavna-aktivnost/>, 27.5.2012.

43 Чланом 983 ЗПУП прописано је да се из износа добијеног продајом брода намирују најпре законски заложни повериоци, после њих уговорни заложни повериоци и на крају хирограферни. Насупрот овом редоследу ЗОХ код вансудског намирења члановима 40 и 41 не прописује првенствени ред за законске заложне повериоце, јер се и законска хипотека мора уписати у регистар сходно чл. 8 ЗОХ, те је редослед намирења искључиво одређен по начелу временског стицања хипотеке, након намирења трошкова продаје.

44 Губљењем свог првенства у намирењу законски заложни поверилац би веома извесно остао ненамирен, обзиром да су потраживања хипотекарних повериоца обично висока, док продајне цене у вансудским поступцима намирења обично достигну износ довољан тек да се намири хипотекарни поверилац.

штег права по узору на институт *mortgage* (моргиц), те ћу у следећем делу изложити однос континенталног права са овим институтом, као и могућност увођења истог у наш законски оквир.

IV Разлике у обезбеђењу потраживања залагањем брода у континенталном праву и у систему општег права

Институт *mortgage* је настао у систему општег права као фидуцијарно средство обезбеђења на непокретностима, где се на зајмодавца преносило право својине на непокретности дужника, које је дужник могао повратити, уколико благовремено врати дуг због кога је право на непокретности пренесено на повериоца.⁴⁵ Временом су покретне ствари добијале већу економску вредност, па је и моргиц добио своје облике на покретним стварима (*chatell mortgage*).⁴⁶ Систем општег права не прави јасну разлику стварних средстава обезбеђења на она којима се ствара заложно право на оптерећеном добру и на она којима се постиже обезбеђење путем преноса или задржавања својине на оптерећеном добру, за разлику од држава које припадају европско-континенталном правном систему.⁴⁷ Најважнија подела средстава обезбеђења у систему општег права јесте по критеријуму да ли су иста посесорна или не, те се назив *mortgage* (моргиц) користи за означавање бездржавинског оптерећења ствари.⁴⁸

Приликом стављања бродова под терет у сврху обезбеђења потраживања (*ship mortgage*) на повериоца моргица преносила су се и

45 Roger J. Smith, *Property Law*, London – New York, 1998, стр. 539.

46 Развој бездржавинског оптерећења покретних ствари отпочео је половином XIX века у федералним државама Сједињених Америчких Држава. Доношењем Једнообразног Трговачког Законика прописана су правила за залагање покретних ствари без предаје у државину залогопримцу (*Uniform Commercial Code article 9 Secured transactions*; даље у фуснотама: *UCC 9 Secured transactions*), доступно на адреси: <http://www.law.cornell.edu/ucc/9/>, 20.1.2010. Више о историјском развоју института *chatell mortgage* вид. Yoram Keinan, *The Evolution of secured transactions*, 2001, доступно на адреси: http://www.wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2004/02/10/000265513_2004021164359/Rendered/PDF/wdr27827.pdf, 15.12.2009, стр. 10–11.

47 По *UCC 9 Secured transactions* споразумом о обезбеђењу ствара се право обезбеђења које је широко дефинисано и исто обухвата поред заложног права и више облика задржавања и преноса права својине на оптерећеном добру, те се у америчком праву замагљује разлика између заложног права и других стварноправних средстава обезбеђења потраживања. Вид. чл.102 а (72–73) *UCC 9 Secured transactions*; Y. Keinan, *нав. дело*, стр. 6–11.

48 Временом је под притиском судске праксе моргиц престао бити чисто фидуцијарно средство обезбеђења, због чега је исти данас сличан заложном праву. Вид. Y. Keinan, *нав. дело*, стр. 40, Micheal Diamond, *Real Estate Law*, Albany – New York 1998, стр. 142–164.

нека својинска овлашћења, закључењем споразума о обезбеђењу, док данас овај институт постоји и у облику где се не преносе својинска права на броду повериоцу или трећем лицу именованом од стране повериоца.⁴⁹ Без обзира на приближавање института *mortgage* заложном праву континентално-правног система, разлика која остаје између ових института јесте право вансудске продаје повериоца у систему општег права.⁵⁰ Приликом конституисања института *ship mortgage* странке сачињавају два документа, први (*mortgage*) садржи основне податке о странкама, броду, потраживању које се обезбеђује, док други (*deed of covenant*) садржи сва права и обавезе уговорних страна која су описана на веома казуистичан начин.⁵¹ Уговорним клаузулама често се искључује могућност дужнику да предузима радње којима ће брод оптеретити законским привилегијама, што није у складу са традицијом континенталних закона.⁵² У погледу процедуре одузимања брода и продаје од стране повериоца закон само одређује да одузимање поседа не може бити вршено применом насиља, те странке ову процедуру обично регулишу уговором.⁵³ Бездржавинска залога на броду се може вансудски реализовати, те се у случају доспелости обезбеђеног потраживања поверилац може послужити средством дозвољене самопомоћи, које подразумева да оптерећено добро може сам одузети од залогодавца, како би даље успео да га уновчи и наплати своје потраживање.⁵⁴

49 Упор. § 31322 *US Code-Title 46-shipping*, доступно на адреси: <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/46>, 25.8.2012. Актуелно америчко законодавство је у погледу погледу инструмената обезбеђења на бродовима засновано на *Ship Mortgage Act* из 1920. г. Вид. предговор поглавља 313–главе 46 *US Code*; Giorgio Belrlingieri, *Understanding ship mortgage law*, http://www.maritimeadvocate.com/mortgage/understanding_ship_mortgage_law.htm, 27.8.2012., стр. 1.

50 Право вансудске продаје брода постоји у свим државама система општег права. Упор. чл. 9 поглавља 1 енглеског Закона о трговачкој пловидби из 1995. године, *Merchant Shipping Act 1995*, доступно на адреси: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/21/schedule/1>, 1.10.2012.; § 31325 *US Code-Title 46-shipping*.

51 Вид. G.Belrlingieri, *нав.чланак*, стр. 2–3, Andrew Jackson, *Ship mortgages in UK*, доступно на адреси: webbkip.andrewjackson.co.uk/legal-resources/legal-fact-files/ship-mortgages-in-the-uk/, 25.8.2012, стр.1; Више о техници закључења уговора у енглеском праву и његовој обимној садржини вид. Небојша Јовановић, *Кључне разлике енглеског и српског уговорног права*, Београд, 2008, стр. 63–64.

52 Вид. Ј. Марин, *нав. чланак*, стр. 22.

53 Упор. § 31325(b) 3 *US Code-Title 46-shipping*, као и чл. 609 *b UCC 9 Secured transactions* који прописује да заложни поверилац може када дужник не одговори својој обавези, не испуни новчану обавезу о року, узети у посед оптерећено добро без судског поступка под условом да вансудски поступак буде изведен без нарушавања мира.

54 Вид. Karen Ong, Clare Calnan, *Enforcing ship mortgages under English law*, доступно на адреси: <http://www.internationallawoffice.com/newsletters/Results.aspx?c=United+Kingdom&w=Shipping+%26+Transport&q=&r=&x=38&y=7>, 1.10.2012., стр. 1–2. Упор.

Начело официјелности у погледу реализације хипотеке на броду преовлађује је у државама континентално-правног система, док се вансудска продаја хипотекованог брода може спровести тек у изузетним ситуацијама.⁵⁵ Тешка економска ситуација је приморала и поморске државе из нашег окружења да у своје правне системе уведу вансудско намирење повериоца који има хипотеку на броду.⁵⁶ Из истих разлога у наше право уведена је вансудска хипотека.⁵⁷ Међутим како је већ речено предмет хипотеке не може бити брод по нашем Закону о хипотеци, што би требало бити непремостива препрека хипотековању бродова по овом закону. Потребне привреде ипак су заобилазиле ову чињеницу, те у нашој кредитној пракси постоји залагање бродова са опцијом вансудског намирења хипотекарног повериоца.⁵⁸ Законодавац актуелну праксу може ставити у границе закона једноставном изменом Закона о хипотеци, којом би дозволио могућност да и бродови буду предмет хипотеке. Међутим Закон о поморској и унутрашњој пловидби је изразито прописао начело официјелности и својим одредбама јасно не дозвољава продају бродова вансудским путем, те регулисање ове области кроз измене Закона о хипотеци не би било најбоље решење.

V Закључак

Живот и потребе привреде увек иду корак испред закона, те уколико законодавац сматра да је нашем правном систему потребно ван-

§ 31325(b) *US Code-Title 46–shipping* који повериоцу даје опцију између судског и вансудског намирења.

- 55 У Италији се тек након више неуспелих судских продаја брода, дозвољава вансудска продаја и то када цена на јавној судској продаји падне на 40% од процене вредности, Вид. Cristoforo Kielland, *Enforceable judgement for judicial sale*, доступно на адреси: http://www.maritimeadvocate.com/i26_ital.php, 5.10.2012, стр. 1–2.; G. Beltingieri, *нав. чланак*, стр. 3.
- 56 Поморски законик (*Народне новине Републике Хрватске*, бр. 181/2004) увео је у право Хрватске вансудску реализацију хипотеке на броду, али су мотиви за трансплантацију моргица били више економско-политички, него правни. Вид. Ј. Марин, *нав. чланак*, стр. 31. Могућност вансудског намирења је у Црној Гори дозвољена доношењем Закона о хипотеци 2004. године, што је у складу са законодавном праксом, обзиром да је претежно уређење стварноправних средстава обезбеђења у Црној Гори трансплантирано из америчког *Uniform Commercial Code article 9 Secured transactions*, вид. М. Живковић, *О реформи реалних обезбеђења у југословенском праву*, стр. 319–324.
- 57 Закон о хипотеци је израђен под снажним утицајем Светске банке, са циљем повећања кредитне способности правних субјеката у држави, што тврде и аутори закона, који сматрају да би ЗОХ требао бити закон прелазног карактера. Вид. М. Живковић, *Ново хипотекарно право у Републици Србији*, стр. 17–27.
- 58 Практика залагања бродова описана је у деловима II 2 и III реферата.

судско залагање бродова, то се исто мора ставити под адекватан законски оквир. Законом се јасно мора разграничити да ли је за вансудску продају брода повериоцу потребна извршна исправа стечена пред судом, којом се доказује висина и доспелост потраживања обезбеђеног залогом на броду или се вансудска продаја може спровести непосредно на основу уговорног односа између повериоца и дужника. Трансплантација института система општег права *mortgage* која је спроведена у нашем хипотекарном праву није дала сјајне резултате, јер су се појавили бројни проблеми у поступку намирењу повериоца.⁵⁹ Због тога на законодавцу остаје да реши питање да ли дозволити залагање бродова које се може реализовати вансудском продајом или јасно прописати недозвољеност уговарања опције вансудског намирења. Привлачна опција која представља компромисно решење између трансплантације моргица и наше правне традиције представља решење италијанског права у коме је вансудска продаја брода дозвољена тек када се судска продаја покаже као неефикасна.⁶⁰

Регулисање залагања бродова са опцијом вансудског намирења кроз измене ЗОХ којим би се дозволило да предмет хипотеке буде и брод, не би било најбоље решење, јер би постојала међусобна супростављеност одредби ЗОХ са одредбама ЗПУП, у погледу редоследа намирења из износа добијеног продајом брода.⁶¹ Веома битан разлог због чега залагање бродова треба регулисати кроз нов закон, који уређује стварна права на броду, јесте јасно уређење законских заложних права на броду, која би морала имати приоритет у намирењу пре сваког повериоца који има уговорно заложно право, па и оног који има опцију вансудског намирења.⁶² У садашњој ситуацији, проузрокованој актуелном праксом и правним празнинама, права законских заложних поверилаца на броду унутрашње пловидбе су значајно угрожена, што би се новим законом требало исправити. Последњу реч у ком правцу ће се кретати наше заложно право на броду даће законодавац, који приликом доношења за-

59 Вансудски поступци намирења хипотекарног повериоца у досадашњој пракси нису се показали ефикасним. Више о томе вид. Врховни касациони суд, *Билтен Врховној касационој суда*, бр. 1/2010, Београд, 2010, стр. 111 и даље; С. Стојилковић, *нав. чланак*, стр. 162–170.

60 Вид. фн. 55.

61 Оваква несугласност постоји и у садашњој ситуацији, али је она и разумљива обзиром да ЗОХ није прописао да брод може бити предмет хипотеке. вид. фн. 43–44.

62 Права законских заложних поверилаца на броду унутрашње пловидбе (чл. 255 и 261 ЗПУП) нису одређена на непрецизан или нејасан начин у ЗПУП, али индиректна примена ЗОХ у пракси је наведене законске заложне повериоце ставила у инфериоран положај приликом вансудске реализације залог на броду, како сам то описао у претходном делу рада. Зато је ради правне сигурности потребно прецизно одређење става законодавца према вансудској реализацији залог на броду.

кона мора имати у виду актуелну кредитну праксу, која даје јасне знаке да је ради развоја бродарства неопходан ефикасан систем реализације залогe на броду.

Srđan STOJILKOVIĆ, M.A.

Assistant Judge, Commercial Court, Požarevac

LIEN ON SHIP IN THE LEGAL FRAMEWORK OF REPUBLIC OF SERBIA

Summary

A lien on the ship which creditor acquires by registration in the register of ships, without possession on vessel is security instrument, for long-term loans to the shipping industry. Creditors to approve loans for shipping industry require a clear legal framework that allows them to effectively satisfy from the collateral. The current practice in the application of this institute in our law placed the question of whether an out of court enforcement is permitted using an analogy of Law on Hypothec, when the parties contract this type of enforcement.

Key words: *shipping, secured transactions, hypothec, ship mortgage, out of court enforcement.*

УДК 347.441.142.2 ; 347.751/.752

Јован ВУЈИЧИЋ

стручно-технички сарадник Правног факултета Универзитета у
Крагујевцу

ОПОЗИВОСТ ПОНУДЕ ПРЕМА УНИФОРМНИМ ПРАВИЛИМА

Резиме

У раду су анализирани одредбе Конвенције УН о уговорима о међународној трговини робе, UNIDROIT Начела за међународне привредне уговоре, као и извора усвојених на нивоу Европске уније којима се регулише опозивост понуде. Наведеним акцима је предвиђено да се понуда може опозвати, с тим што су усвојени и изузеци од општег правила, који су толико значајни да потпуно потишћавају прихваћено начело. Усвојена решења се разликују у том смислу што је у Начелима европског уговорног права, Предлогу заједничког оквира за уједињавање и Предлогу Уредбе о заједничком европском праву трговине, одређивању рока за прихватање у понуди да је карактер самосталног основа за смањивање понуде неопозивом, док према правилима Конвенције Уједињених нација и UNIDROIT начела навођење рока може служити само као индикација понудоачеве намере, а не и као основ за необориву правну преиспитивку да је реч о неопозивој понуди. Управо одређивање рока за прихватање је изазвало највеће дилеме између представника земаља по којима је понуда начелно неопозива и оних у којима је прихваћен савремени принцип, при чему су разлике у тумачењима пре резултат инсистирања на савременим значењима употребљених термина, него њихове неодређености и нејасноће.

Кључне речи: *џонуда, опозив џонуде, закључење ујовора, међународна џродаја робе, Конвенција УН о ујоворима о међународној џродаји робе.*

І Увод

Опозивост понуде различито је регулисана у националним правним системима.¹ Најслабија везаност понудиоца понудом постоји у земљама *common law*-а, док њихову супротност представљају земље германског правног круга. Прелазни облик чини романска група права, с обзиром на могућност опозива понуде, уз постојање одговорности понудиоца за несавесно вођење преговора (*culpa in contrahendo*).

Због разлика у решењима, приликом закључења уговора у међународноправном промету може постојати неизвесност и правна несигурност, које представљају озбиљне препреке развоју међународне трговине.² У циљу њиховог превазилажења, на међународном нивоу је предузета акција на унификацији материјалноправних правила о закључењу уговора. Најуспешнији пример представља Конвенција Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе³ (у даљем тексту: Конвенција). Осим Конвенције, у оквиру Међународног института за унификацију приватног права (*UNIDROIT*) донета су *UNIDROIT* Начела за међународне трговинске уговоре⁴ (у даљем тексту: *UNIDROIT* на-

1 О решењима у појединим правним системима видети: Миодраг В. Орлић, *Закључење ујовора*, Београд, 1993, стр. 154–238 и 302–311; Младен Драшкић, „Обавезност и опозивост понуде за закључивање уговора према упоредном праву и међународним униформним изворима права“, *Право и џриврега*, бр. 9–10/1995, стр. 3–10.

2 Alexander S. Komarov, „Internationality, Uniformity and Observance of Good Faith as Criteria in Interpretation of CISG: Some Remarks on Article 7(1)“, *Journal of Law and Commerce*, Vol. 25, 2005–06, доступно на адреси: <http://www.uncitral.org/pdf/english/CISG25/Komarov.pdf>, 25.10.2012, стр. 75.

3 Конвенција Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе (даље у фуснотама: Конвенција) је закључена 11. априла 1980. године на Дипломатској конференцији УН која је одржана у Бечу. Једна од потписница Конвенције била је и СФР Југославија. Југославија је међу првим државама и ратификовала Конвенцију, већ 1984. године (*Службени листи СФРЈ – Међународни ујовори*, бр. 10–1/1984). У складу са чл. 99, Конвенција је ступила на снагу, 1. јануара 1988. године. До сада је Конвенцију ратификовало, или јој приступило, прихватило или одобрило 78 земаља. Међу њима су скоро све европске државе, као и велики број држава са других континената, међу којима су и оне чије привреде имају веома значајну улогу у међународној трговини, као што су нпр. САД, Кина и Јапан (стање на дан 25.10.2012. године). Статус Конвенције може се проверити на адреси: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html.

4 *Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2010* (даље у фуснотама: *UNIDROIT* начела), доступно на адреси: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-english.pdf>, 25.10.2012.

чела). У последњих неколико деценија, приметан је и рад на регионалној унификацији и хармонизацији права, посебно у оквиру Европске уније и Организације за хармонизацију пословног права у Африци (OHADA). Резултати њиховог рада садржани су у: Начелима европског уговорног права⁵ (у даљем тексту: Европска начела), Предлогу заједничког оквира за упућивање⁶ (у даљем тексту: DCFR) и Предлогу Уредбе о заједничком европском праву продаје⁷ (у даљем тексту: CESL), у оквиру Европске уније, и у Једнообразном закону о општем трговачком праву⁸ у оквиру Организације за хармонизацију пословног права у Африци.

Усвајање аката представља само први, иако важан, корак.⁹ Да не би остали само „мртво слово на папиру“,¹⁰ потребно је да се примењују на једнообразан начин.¹¹ „Поље на коме ће се водити и добити, или изгубити битка за међународну унификацију“ је тумачење одредби међународних аката,¹² јер је једнообразно тумачење претпоставка за остварење основне сврхе због које су усвојени.¹³ Зато је за остваривање једнообразности од значаја познавање стране судске и арбитражне праксе.¹⁴ Да би се уједначила пракса судова и арбитража из различи-

5 *The Principles of European Contract Law, Prepared by the Commission on European Contract Law, 1999 Text in English* (даље у фуснотама: Европска начела).

6 Christian von Bar, et al. (editors), *Principles, Definitions, and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition*, Munich, 2009 (даље у фуснотама: DCFR), доступно на адреси: http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf, 25.10.2012.

7 *Proposal for a Regulations of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, Brussels, 11.10.2011, COM(2011) 635 FINAL, 2011/0284 (COD)* (даље у фуснотама: CESL), доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:en:PDF>, 25.10.2012. О уредби као опционом инструменту хармонизације видети у: Радован Д. Вукадиновић, „О оправданости заједничких европских правила о продаји“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2012, стр. 596–617.

8 *Uniform Act Relating to General Commercial Law*, доступно на адреси: <http://www.juris-int.org/ohada/text/text.02.en.html>, 25.10.2012.

9 Michael Joachim Bonell, „UNIDROIT Principles 2004 – The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law“, *Uniform Law Review*, 2004–1, стр. 6.

10 *Истио*.

11 Видети: чл. 7 ст. 1 Конвенције.

12 John Felemegas, „The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Article 7 and Uniform Interpretation“, доступно на адреси: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/felemegas.html>, 25.10.2012.

13 Радован Д. Вукадиновић, *Међународно пословно право, општи и посебни гео*, Крагујевац, 2012, стр. 392.

14 Предраг Н. Цветковић, „Тумачење уговора о међународној продаји робе: улога начела савесности и поштења и проблем „међународне“ интерпретације“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2001, стр. 972; Владимир Павић, Милена Ђорђевић, „Примена

тих земаља, Секретаријат Комисије Уједињених нација за међународно трговинско право (у даљем тексту: *UNCITRAL*) је установио систем који се заснива на прикупљању и објављивању судских пресуда и арбитражних одлука у којима су примењене конвенције и модел закони које је израдио *UNCITRAL (Case Law on UNCITRAL Texts – CLOUT)*.¹⁵ Како би се спровели основни принципи тумачења међународних аката унификације, поштовање њиховог међународног карактера и потреба унапређења њихове једнообразне примене, потребно је познавати и њихову „законодавну историју“¹⁶ као средство бекства од предрасуда које потичу из домаћих права.¹⁷

У раду ће бити анализирани одредбе Конвенције, *UNIDROIT* начела, Европских начела, *DCFR* и *CESL* којима се регулише опозивост понуде за закључење уговора. Највећа пажња биће посвећена Конвенцији, како због обавезујућег дејства, у односу на само препоручени карактер осталих извора, тако и због статуса „једног од стубова међународног трговинског права и правог тријумфа у односу на раније промашене покушаје унификације у овој области“,¹⁸ хашке Једнообразне законе о међународној продаји робе и о закључењу уговора о међународној продаји робе из 1964. године.

II Повлачење и опозив понуде

Конвенцијом се прави разлика између повлачења и опозива понуде.¹⁹ И један и други акт понудиоца утичу на дејство понуде, с тим

Бечке конвенције у арбитражној пракси Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије“, *Право и приврега*, бр. 5–8/2008, стр. 586.

15 Доступно на адреси: http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html.

16 „Законодавна“ историја Конвенције је богата и „откривајућа“. Како се Нацрт Конвенције, који је припремила Комисија Уједињених нација за међународно трговинско право (даље у фуснотама: *UNCITRAL*), развијао, подношени су предлози за брисање, измене или допуне појединих одредби, и ставови који су преовладали приликом одлучивања о њима продубили су међународно схватање које чини основу речи и израза употребљених у Конвенцији. Међутим, употреба „законодавне“ историје као водича за тумачење Конвенције захтева опрез. Саопштењем једног делегата не установљава се преовлађујуће гледиште, а ћутање које у овом случају уследи не мора нужно значити саглашавање. Одговор може захтевати консултације са министарствима које нису изводљиве током дебате, а често се и одустаје од приговора јер даља дискусија изгледа непродуктивана и дуготрајана. John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3rd edition, The Hague, 1999, доступно на адреси: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html>, 25.10.2012, стр. 90 и 94.

17 *Истио*, стр. 15.

18 Тибор Вараци, и др., *Међународно приватно право*, 10. издање, Београд, 2008, стр. 422.

19 Повлачење и опозив понуде се разликују и у *UNIDROIT* начелима. Видети: чл. 2.1.3 ст. 2 *UNIDROIT* начела.

што се повлачењем спречава да правно дејство понуде наступи, док се опозивом окончава правно дејство понуде које је већ наступило.²⁰ Другим речима, повлачење понуде се односи на временски период пре него што је понуда постала ефективна, док се опозив понуде односи на период времена након што се понудом произвело правно дејство.²¹

Понуда постаје ефективна од тренутка када стигне²² понуђеном.²³ Формулација да је понуда стигла понуђеном, значи да је понуда послата од понудиоца или његовог овлашћеног лица, а не да се затекла код понуђеног без његове сагласности.²⁴ Терет доказивања да понуда није послата је на страни њеног аутора, док „стизање“ понуде мора доказати страна која се позива на њену ефективност.²⁵ Док понуда не стигне понуђеном, он је не може прихватити, тј. прихват понуде би био без правног дејства, чак и да је понуђени сазнао за понуду. У највећем броју случајева ово правило има само теоријски значај. Његов практични значај огледа се у случајевима када се понудилац предомисли након слања понуде.²⁶ Он је може повући, чак и када је неопозива, ако изјава о повлачењу стигне²⁷ понуђеном пре или у исто време када и

20 Младен Драшкић, *Међународна прогаја према униформним правилима и ујоредном праву*, Београд, 1987, стр. 53.

21 *Report of the Working Group on the International Sale of Goods on the work of its ninth session (Geneva, 19–30 September)*, A/CN.9/142 (даље у фуснотама: A/CN.9/142), у: *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, 1978, Volume IX, Part Two. International sale of goods, I, A*, доступно на адреси: <http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1978-e/vol9-p61-85-e.pdf>, 25.10.2012, стр. 74, пар. 177.

22 Понуда је „стигла“ понуђеном када му је саопштена усмено или на други начин уручена њему лично или предата у његовом месту пословања или на његову поштанску адресу или, ако нема место пословања, односно поштанску адресу, у његовом редовном боравишту. Конвенција, чл. 24.

23 Конвенција, чл. 15 ст. 1; UNIDROIT начела, чл. 2.1.3 ст. 1.

24 Ulrich G. Schroeter, у: Ingeborg Schwenzer (editor), *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3rd edition, Oxford, 2010, стр. 297–298. пар. 2.

25 *Исцо*.

26 *Commentary of the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, prepared by the Secretariat, Document A/CONF.97/5*, (даље у фуснотама: A/CONF.97/5), у: *United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna 10 March – 11 April 1980, Official Records, Documents of the Conference and Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committees, United Nations, New York, 1991, special issue of United Nations publication A/CONF.97/19* (даље у фуснотама: A/CONF.97/19), *Part One. Documents of the Conference, Proposals, reports and other documents, D*, доступно на: адреси: http://www.uncitral.org/pdf/a_conf.97_5-ocred.pdf, 25.10.2012, стр. 22, коментар чл. 13, пар. 2.

27 За одређивање времена када се сматра да је изјава о повлачењу понуде „стигла“ понуђеном примењују се иста правила као и у случају понуде (Конвенција, чл. 24). Видети: фн. 22.

понуда.²⁸ У том случају се сматра да понуда није ни учињена,²⁹ тј. такав предлог за закључење уговора не постаје понуда, њиме се не ствара правна моћ за понуђеног да путем прихвата закључи уговор.³⁰ Понуђеном се повлачењем „понуде“ не стварају неугодности,³¹ будући да од такве „понуде“ није могао имати било каквих очекивања.³²

Изражена је сумња да је разликовање јасно,³³ будући да ће повлачење имати правно дејство, не само када изјава о повлачењу стигне понуђеном пре понуде, већ, и истовремено са њом, што значи да су обе изјаве воље понудиоца ефективне. Конвенцијом је предвиђено да

28 Конвенција, чл. 15 ст. 2; UNIDROIT начела, чл. 2.1.3 ст. 2.

29 Александар Голдштајн, *Привредно уговорно право*, Загреб, 1967, стр. 131.

30 М. Драшкић, „Обавезност и опозивост понуде за закључивање уговора према упоредном праву и међународним униформним изворима права“, стр. 2.

31 Kazuaki Sono, „Formation of International Contracts under the Vienna Convention: A Shift above the Comparative Law“, у: Petar Šarčević, Paul Volken (editors), *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures*, Oceana, 1986, доступно на адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/sono2.html>, 25.10.2012, стр. 116.

32 John E. Murray, Jr., „An Essay on the Formation of Contracts and Related Matters under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods“, *Journal of Law and Commerce*, Vol. 8, 1988, доступно на адреси: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/murray16.html>, 25.10.2012.

33 A/CN.9/142, стр. 74 пар. 177. Због тешкоћа у разликовању повлачења и опозива понуде, било је предлога да се у Конвенцији избегне коришћење оба концепта, међутим, они су, ипак, задржани. Видети: *Report of the Secretary-General, A/CN.9/146 and Add.1–4* (даље у фуснотама: A/CN.9/146 and Add.1–4), *Comments by Austria, Australia, Czechoslovakia, Finland, the Federal Republic of Germany, Ghana, the Netherlands, Sweden and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, as well as by the Economic Commission for Europe, the Economic and Social Commission for Asia and the Pacific, the Caribbean Community, the Hague Conference on Private International Law, the International Chamber of Shipment, the International Civil Aviation Organization and the Central Office for International Railway Transport, A/CN.9/146* (даље у фуснотама: A/CN.9/146), у: *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, 1978, Volume IX, Part Two. International sale of goods, F, I*, доступно на адреси: <http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1978-e/vol9-p127-146-e.pdf>, 25.10.2012, стр. 134, пар. 93; *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its eleventh session (New York, 30 May – 16 June 1978), A/33/17* (даље у фуснотама: A/33/17), ANNEX I, *Summary of deliberations of the Commission on the Draft Convention on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods*, у: *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, 1978, Volume IX, Part one. Eleventh session (1978), II, A* (даље у фуснотама: A/33/17), доступно на адреси: <http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1978-e/vol9-p11-45-e.pdf>, 25.10.2012, стр. 39, пар. 111 и стр. 40, пар. 112–116; *Analysis of Comments and Proposals by Governments and International Organizations on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, and on Draft Provisions Concerning Implementation, Reservations and other Final Clauses, Prepared by the Secretary-General, Document A/CONF.97/9*, у: *A/CONF.97/19, Part One. Documents of the Conference, Proposals, reports and other documents, F*, стр. 75, чл. 13, пар. 1.

предност има повлачење понуде, иако се у овом случају понуда практично опозива. Разликовање повлачења и опозива понуде нема толики значај ако је понуда опозива, јер ће се изјава о повлачењу која је стигла понудиоцу после понуде сматрати као њен опозив.³⁴

За разлику од повлачења, опозив понуде има правно дејство само ако је понуда неопозива. Конвенцијом је предвиђено да све док се уговор не закључи, понуда може да се опозове, уколико опозив стигне понуђеном пре него што је отпослао свој прихват.³⁵ Исто решење прихваћено је и у *UNIDROIT* начелима, Европским начелима, *DCFR* и *CESL*.³⁶

Опозив понуде производи правно дејство од тренутка када стигне³⁷ понуђеном. Дакле, ризик за губитак опозива сноси понудилац. Међутим, понуђени се не може позвати да му опозив није стигао или да му је стигао са закашњењем ако је то сам скривио,³⁸ при чему је терет доказивања на страни понудиоца.³⁹ Опозивост понуде је и временски ограничена.⁴⁰ Право понудиоца да понуду опозове престаје у тренутку када је уговор закључен. Ово је основно правило које се примењује само у случајевима када понуђени усмено прихвата понуду, и када понуђени прихвата понуду у складу са ст. 3 чл. 18 Конвенције,⁴¹ јер у овим случајевима прихват производи дејство већ у тренутку када је изражен.⁴² У осталим случајевима, иако се уговор сматра закљученим када прихват стигне понудиоцу, опозив, да би имао правно дејство,

34 *A/CONF.97/5*, стр. 22, коментар чл. 13 пар. 4.

35 Конвенција, чл. 16 ст. 1.

36 *UNIDROIT* начела, чл. 2.1.4 ст. 1; Европска начела, чл. 2:202. ст. 1; *DCFR*, чл. II – 4:202 ст. 1; *CESL*, чл. 32 ст. 1.

37 За одређивање времена када се сматра да је опозив понуде „стигао“ понуђеном примењују се иста правила као и у случају понуде (Конвенција, чл. 24). Видети: фн. 22.

38 А. Голдштајн, *нав. дело*, стр. 133.

39 Јакша Барбић, „Ризик за пријенос понуде и прихвата те њихова опозива“, *Зборник Правној факултету у Загребу*, бр. 2/1967, стр. 172.

40 Младен Драшкић, „Понуда и прихват према униформним правилима и упоредном праву“, у: Радован Д. Вукадиновић (уредник), *Начела европској уговорној права и југословенско право, прилој хармонизацији домаће законодавства*, Крагујевац, 2001, стр. 146.

41 *A/CONF.97/5*, стр. 22, коментар чл. 14, пар. 2.

42 Ако на основу понуде, праксе коју су стране између себе успоставиле или обичаја, прихватање понуђеног може бити изражено извршавањем неке радње, као што је она која се односи на одашиљање робе или плаћање цене, без обавештења понудиоца, прихватање производи дејство у тренутку када је радња извршена под условом да је то предузето у роковима предвиђеним у ст. 2 чл. 18 Конвенција, чл. 18 ст. 3. Исто: *UNIDROIT* начела, чл. 2.1.6 ст. 3 Европским начелима, чл. 2:205 ст. 3, *DCFR*, чл. II – 4:205 ст. 3, и *CESL*, чл. 35 ст. 3, је предвиђено да је, у наведеним ситуацијама, уговор закључен када је понуђени започео извршење радње.

мора стићи понуђеном пре него што је он отпослао свој прихват.⁴³ На овај начин опозива понуда ће постати неопозива и пре тренутка када је уговор закључен. Тиме се за понуђеног скраћује време неизвесности, јер га он може прекинути слањем прихвата.⁴⁴ Значај овог правила је у томе, што се њиме даје допринос постизању компромиса између правних система у којима је понуда начелно опозива и оних у којима је прихваћен супротан принцип.⁴⁵

Конвенцијом није прописано посебно правило којим се регулишу повлачење и опозив понуде учињене неодређеном броју лица, тзв. опште понуде или понуде јавности. Како понудилац не може у сваком случају знати коме је све понуда стигла, може му бити немогуће да је повуче или опозове. Кључно питање тиче се момента када такве понуде постају ефективне.⁴⁶ У зависности од начина на који је предлог за закључење уговора упућен неодређеном броју лица, а који се сматра понудом, учињен, може се сматрати да је стигао понуђенима у смислу чл. 24 Конвенције, нпр. у случају слања каталога или ценовника, и од тог момента ће производити правно дејство, или, пак, може бити тешко одредити тај тренутак, као у случају огласа учињених путем штампе, телевизије или интернета.⁴⁷ У другом случају од пресудног значаја је намера понудиоца.⁴⁸ Најчешће је датум од кога таква понуда важи наведен, а у случају да није, треба претпоставити да је понуда ефективна од тренутка објављивања, а не од времена када потенцијални адресати сазнају за њу.⁴⁹ Захтев да повлачење и опозив понуде стигну понуђеном, односно понуђенима требало би шире тумачити, и сматрати га испуњеним уколико је понудилац предузео радње које се у конкретном случају сматрају разумним да би понуђенима ставио до знања да је понуда опозвана.⁵⁰ У Европским начелима, *DCFR* и *CESL* је предвиђено да по-

43 *CLOUT case No. 1151* [Slovenia: Višje sodišče v Ljubljani (Ljubljana High Court), VSL sodba in sklep I Cpg 951/2006, Slovenia, 9 April 2008], у: *Case law on UNCITRAL texts, A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/118*, доступно на адреси: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V12/537/12/PDF/V1253712.pdf?OpenElement>, 25.10.2012, стр. 6.

44 Младен Драшкић, Маја Станивуковић, *Уговорно право међународне трговине*, Београд, 2005, стр. 189, пар. 15.50.

45 *A/CONF.97/5*, стр. 22, коментар чл. 14, пар. 5.

46 U. Schroeter, у: I. Schwenzer (editor), *нав. дело*, стр. 298, пар. 3.

47 *Истио*.

48 *Истио*.

49 *Истио*.

50 Jacob S. Ziegel, „Report to the Uniform Law Conference of Canada on Convention on Contracts for the International Sale of Goods“, 1981, доступно на адреси: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/ziegel16.html>, 25.10.2012, коментар чл. 16, пар. 1. (а). Било је предлога да се ово питање посебно уреди, али они нису прихваћени. Према једном предлогу да би повлачење и опозив понуде имали правно дејство потребно је да

нуда упућена јавности може бити опозвана истим средствима којима је и учињена.⁵¹

III Оповивост понуде

1. Основно правило

Од Хага до Беча, као и на Дипломатској конференцији у Бечу, вођене су дуге расправе о формулацији правила о оповивости понуде, што је увек случај када је реч о тешко постигнутом компромису.⁵² Делегације многих земаља желеле су да униформна правила садрже што више решења из њихових националних правних система. Такав став може потицати из природне склоности, која не мора нужно бити себична или националистичка, да се претпостави да је оно што је познато вероватно боље од новог и страног.⁵³ Представници земаља према чијем праву је понуда начелно неопозива, тешко су могли да прихвате супротан принцип. Сматрали су да оповивост понуде не одговара потребама трговинског промета јер ствара неизвесност на страни понуђеног, што би се међународним актом унификације, свакако, морало избећи. Након дискусије је одлучено да треба задржати основни компромис из хашког Једнообразног закона о закључењу уговора о међународној продаји робе,⁵⁴ према коме је понуда у принципу оповива, с тим што се не може опозвати у предвиђеним случајевима.⁵⁵ Сма-

понутилац предузме разумне мере да би лицима којима је понуда упућена ставио до знања да је понуда повучена или опозвана. Видети: *A/CN.9/142*, стр. 75, пар. 180; *A/CN.9/146*, стр. 134, пар. 94 и 99. Другим предлогом било је предвиђено да понуда јавности може бити повучена или опозвана обавештењем учињеним на исти начин као и понуда. Видети: *A/CN.9/142*, стр. 75, пар. 180 и амандман који је на ст. 1 чл. 14. Нацрта Конвенције поднела делегација Уједињеног Краљевства. *A/CONF.97/C.1/L.48*, у: *A/CONF.97/19*, стр. 94, чл. 14, Б, пар. 2 и 3.

51 Европска начела, чл. 2:202. ст. 2; *DCFR*, чл. II – 4:202. ст. 2; *CESL*, чл. 32 ст. 2.

52 Јелена Вилус, *Коментар Конвенције УН о међународној продаји робе*, Загреб, 1981, стр. 54.

53 Gyula Eörsi, „Problems of Unifying Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods“, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 27, No. 2/3, Unification of International Trade Law: UNCITRAL's First Decade, Spring – Summer, 1979, стр. 315.

54 Видети: чл. 5 хашког Једнообразног закона о закључењу уговора о међународној продаји робе.

55 Видети: ст. 2 алтернативног текста који је, на чл. 5 хашког Једнообразног закона о закључењу уговора о међународној продаји робе, Радној групи *UNCITRAL*-а за међународну продају робе (даље у фуснотама: Радна група) предложен од стране Секретаријата *UNCITRAL*-а, и који је Радна група прихватила као основу за даљи рад на припреми правила о закључењу уговора о међународној продаји робе. Ст. 2 и 3 чл. 5 који је Радна група усвојила на свом осмом заседању одржаном у Њујорку

трано је да би се, било којом битном променом, нови текст учинио мање прихватљивим.⁵⁶

2. Изузеци

Овлашћење понудиоца да понуду опозове значајно је ограничено ст. 2 чл. 16 Конвенције, па поједини аутори одредбе овог става називају „срцем члана 16“.⁵⁷ Понуда се не може опозвати: ако је у њој назначено, било тиме што је одређен рок за прихватање или на други начин, да је неопозива, или ако је понуђени разумно веровао да је понуда неопозива и понашао се сагласно томе.⁵⁸ Идентично решење је прихваћено и у *UNIDROIT* начелима,⁵⁹ док се решење предвиђено Европским начелима, *DCFR* и *CESL* разликује у том смислу што је навођењу рока за прихватање дат карактер самосталног основа за сматрање понуде неопозивом.⁶⁰

а) Понуда не може да се опозове ако се њоме указује, било ишме ишио је одређен рок за прихватање или на друи начин, да је неойозива

Да би се применио први изузетак, није потребно обећање понудиоца да понуду неће опозвати, нити је потребно било какво обећање, чињење или нечињење од стране понуђеног.⁶¹ Овом одредбом се одражава мишљење да у трговинским односима, а посебно у међународним трговинским односима понуђени треба да буде у стању да се ослони на изјаву понудиоца којом се указује да понуда у одређеном року неће бити опозвана.⁶² Понудом се може указати да је неопозива на различите

од 4. до 14. јануара 1977. године. *Report of the Working Group on the International Sale of Goods on the work of its eighth session (New York, 4-14 January 1977), A/CN.9/128* (даље у фуснотама: *A/CN.9/128*), у: *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, 1977, Volume VIII, Part Two. International sale of goods, I, A*, доступно на адреси: <http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1977-e/vol8-p73-88-e.pdf>, 25.10.2012, стр. 79, пар. 71 и 72, и стр. 80, пар. 85.

56 *A/CN.9/128*, стр. 80, пар. 77.

57 J. O. Honnold, *нав. дело*, стр. 159-160. Исто важи и за ст. 2 чл. 2.1.4. *UNIDROIT* начела, ст. 3 чл. 2:202. Европских начела, ст. 3 чл. II - 4:202. *DCFR*, и ст. 3 чл. 32 *CESL*.

58 Конвенција, чл. 16 ст. 2.

59 Видети: чл. 2.1.4 ст. 2. *UNIDROIT* начела.

60 Видети: чл. 2:202 ст. 3 (6) Европских начела; чл. II - 4:202 ст. 3 (6) *DCFR*; чл. 32 ст. 3 *CESL*.

61 *A/CONF. 97/5*, стр. 22 пар. 6.

62 *Ишио*. Иако се у Коментару Нацрта Конвенције о уговорима о међународној продаји робе припремљеном од Секретеријата *UNCITRAL*-а користи израз „отворена“

начине. То може бити учињено изричито, али се може и подразумевати из околности случаја, претходних преговора, праксе коју су стране између себе успоставиле или обичаја.⁶³ Најпре, у понуди може бити назначено да је неопозива или да неће бити опозвана у конкретном временском периоду. Такође, понудом може бити указано да је неопозива и навођењем рока за прихватање. Рок за прихватање је у Конвенцији везан за понуду, док у швајцарској судској пракси може проистећи и из трговачких обичаја.⁶⁴

Одређивање рока за прихватање у понуди је различито тумачено још од почетка рада на припреми правила о закључењу уговора о међународној продаји робе под окриљем *UNCITRAL*-а.⁶⁵ Према мишљењу једних, један од главних изузетака од начела опозивности понуде треба да буде случај у коме је у понуди наведен рок за прихватање. Овај став је заснован на правилу, широко прихваћеном у *civil law* систему, које је, према мишљењу представника појединих земаља које му припадају, одговарајуће и за међународноправни промет.⁶⁶ Међутим, истакнуто је да је овакво правило непознато у земљама *common law*-а.⁶⁷ Када је у понуди одређен рок за прихватање, трговци га у тим земљама тумаче не само у смислу да његовим протеком понуда престаје да важи, већ и да је понудилац може опозвати било ког тренутка у оквиру наведеног периода времена.⁶⁸ Другим речима, одређивање рока за прихватање

(*open*), сматрамо да је израз неопозива бољи, јер се њиме отклањају све сумње и различита тумачења.

63 Радна група је на свом осмом заседању одржаном у Њујорку од 4. до 14. јануара 1977. године усвојила текст члана 5. Нацрта Конвенције о закључењу уговора о међународној продаји робе, у коме је у ст. 3 а) било предвиђено да понуда не може бити опозвана ако је у њој „изричито или прећутно“ назначено да је чврста или неопозива. На деветом заседању Радне групе које је одржано у Женеви од 19. до 30. септембра 1977. године прихваћена је иста формулација, с тим што је затражено да Група за састављање Нацрта размотри да ли је неопходно коришћење израза „изричито или прећутно“ имајући у виду правила о тумачењу изјава и других понашања страна која су садржана у Нацрту Конвенције. Касније је из текста Нацрта Конвенције о закључењу уговора о међународној продаји робе изостављен наведени израз. Видети: *A/CN.9/128*, стр. 80, пар. 85; *A/CN.9/142*, стр. 75, пар. 188; *Text of the draft Convention on the formation of contracts for the International Sale of Goods, A/CN.9/142/Add.1*, у: *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, 1978, Volume IX, Part Two. International sale of goods, I, A*, доступно на адреси: <http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1978-e/vol9-p61-85-e.pdf>, 25.10.2012, стр. 84.

64 А. Голдштајн, *нав. дело*, стр. 108.

65 *A/CN.9/128*, стр. 80, пар. 78.

66 *A/CN.9/142*, стр. 75, пар. 190.

67 *Истио*, стр. 75, пар. 191.

68 G. Eörsi, „Problems of Unifying Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods“, стр. 321.

не чини понуду *ipso iure* неопозивом. Када је приговорено да такво тумачење није у складу са међународним карактером Конвенције и потребом унапређења њене једнообразне примене, одговорено је да се, у пословним односима између субјеката који припадају земљама *common law*-а, мора узети у обзир њихова намера и поштовати значење које су они дали својим изјавама.⁶⁹ Стога је потребно разликовати понуде које су учињене у намери да буду неопозиве у року који је у њима наведен, од понуда у којима је једино назначен период времена у коме их понуђени може прихватити и чијим протеком оне престају да важе. У супротном, усвојено би правило које би представљало „замку“ за трговце из *common law* земаља.⁷⁰

У Преднацрту Конвенције о закључењу уговора о међународној продаји робе, припремљеном од стране Секретаријата, који је Радној групи *UNCITRAL*-а за међународну продају робе (у даљем тексту: Радна група),⁷¹ уз текст хашког Једнообразног закона, служио као основа за рад на припреми правила о закључењу уговора о међународној продаји робе,⁷² било је предвиђено да понуда, поред осталог, не може бити опозвана: „а) током рока за прихватање одређеног у понуди; или б) у току разумног рока ако је понудом на други начин указано да је чврста или неопозива“.⁷³ Радна група је на свом осмом заседању, које је одржано у Њујорку од 4. до 14. јануара 1977. године, разматрајући предложени текст, а имајући у виду супротстављене ставове, одлучила да питање опозивности понуде у случају када је у њој наведен рок за прихватање остави отвореним до свог следећег заседања.⁷⁴ На деветом заседању Радне групе, одржаном у Женеви од 19. до 30. септембра 1977. године, усвојено

69 *Исио*.

70 *A/CN.9/142*, стр. 75, пар. 191; *A/CN.9/146*, стр. 135, пар. 103.

71 Радна група је основана од стране Комисије УН за међународно трговинско право (*UNCITRAL*) на њеном другом заседању одржаном 1969. године. *UNCITRAL* је на 44. састанку, 26. марта 1969. године, затражио од Радне групе да утврди које измене хашког Једнообразног закона о закључењу уговора о међународној продаји телесних покретних ствари га могу учинити подобним за шире прихватање од земаља са различитим правним, друштвеним и економским системом, и да изради нови текст којим се одражавају такве измене. *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its second session (1969)*, *Official Records of the General Assembly, Twenty-fourth Session Supplement, No. 18, A/7618*, у: *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, 1970, Volume I, Part II. Second Session of the Commission, 1969, II, A*, доступно на адреси: <http://www.uncitral.org/pdf/english/travaux/sales/limit/a7618-e.pdf>, 25.10.2012, стр. 99 и 100, пар. 38.

72 *A/CN.9/128*, стр. 74, пар. 9.

73 *Исио*, стр. 79, пар. 71.

74 У ст. 3 а) и б) чл. 5 Нацрта Конвенције о закључењу уговора о међународној продаји робе, који је усвојен на осмом заседању Радне групе, било је предвиђено да понуда не може бити опозвана: „а) ако је понудом изричито или прећутно указано

је решење које одговара ставу представника *civil law* земаља („понуда не може бити опозвана ако је у њој наведен рок за прихватање“),⁷⁵ али оно „није преживело“.⁷⁶ На једанаестом заседању *UNCITRAL*-а,⁷⁷ текст Нацрта је значајно измењен. У ст. 3 чл. 10, тачка б („ако је у понуди наведен рок за прихватање“) спојена је са тачком а) („ако је понудом указано да је неопозива“), чиме је изгубила самосталност и изразито *civil law* карактер.⁷⁸ У прилог оваквог решења наведено је, да је основни тест за утврђивање да ли се понуда може опозвати то да ли се њоме указује да је неопозива.⁷⁹ Да се понуда не може опозвати може произилазити из чињенице да је у њој одређен рок за прихватање, али се понудом може указати да је неопозива и на други начин. При чему указивање не мора бити изричито већ је довољно и ако се такав закључак може извести

да је чврста или неопозива; или б) ако је у понуди наведен рок за [прихватање] [неопозивост]“. *A/CN.9/128*, стр. 80, пар. 78 и 85.

75 *A/CN.9/142*, стр. 75, пар. 194; *A/CN.9/142/Add.1*, стр. 84.

76 Gyula Eörsi, у: Cesare Massimo Bianca, Michael Joachim Bonell (editors), *Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law*, Milan, 1987, доступно на адреси: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/eorsi-bb16.html>, 25.10.2012, стр. 154.

77 Једанаесто заседање *UNCITRAL*-а одржано је у Њујорку од 30. маја до 16. јуна 1978. године. Комисија је разматрала чл. 10. Нацрта Конвенције о закључењу уговора о међународној продаји робе на 196. састанку одржаном 5. јуна, 197. и 198. састанку одржаним 6. јуна, и 202. састанку одржаном 8. јуна. Сажети записник са ових састанака садржан је у документу: *A/CN.9/SR. 196, 197, 198 and 202*. С обзиром на различита мишљења, Комисија је сматрала да је пожељно покушати да се формулише додатно компромисно решење, и упутила је предмет Радној групи за чланове 9 и 10, да припреми текст чл. 10 на основу расправе која је вођена у оквиру Комисије. Радна група је настојала да постигне компромис између супротстављених мишљења тако што је у предложеном тексту ст. 2 а и б чл. 10 предвидела „да понуда не може бити опозвана: а) ако је њоме указано да је неопозива; или б) ако је у понуди одређен рок за прихватање, осим ако је понудилац јасно навео да је намеравао једино да упути на престанак важења понуде или је упућивање јасно на основу примене чл. 2 ст. 2 Нацрта Конвенције“. Ипак, предложено решење није прихваћено јер је сматрано незадовољавајућим, пошто је основно правило остало да је последица одређивања рока за прихватање у понуди неопозивост понуде. Јасна изјава о супротној намери, као изузетак, је мало вероватна у пракси, као и вероватноћа да ће суд утврдити да је основно правило избегнуто применом чл. 2 ст. 2 Нацрта Конвенције. Имајући у виду приговоре на предлог Радне групе, Комисија је касније прихватила формулацију којом су у једној одредби комбиноване тачке а и б ст. 2 чл. 10, као могући извор компромиса: „Међутим, понуда не може бити опозвана: а) ако је њоме указано, било одређивањем рока за прихватање или на други начин, да је неопозива; или...“ Као последица одлуке да се Нацрт Конвенције о закључењу уговора о међународној продаји робе споји са Нацртом Конвенције о међународној продаји робе, чл. 10 је постао чл. 14 Нацрта Конвенције о уговорима о међународној продаји робе. *A/33/17*, стр. 11–45.

78 G. Eörsi, у: C. M. Bianca, M. J. Bonell (editors), *нав. дело*, стр. 153, пар. 1.6.

79 *A/33/17, ANNEX I, Summary of deliberations of the Commission on the Draft Convention on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods*, стр. 41, пар. 135.

тумачењем понуде. Само навођење рока за прихватање не би имало за последицу неопозивост понуде ако такво правно дејство понуде не проистиче из околности случаја. Циљ је био да се постигне компромис између представника *civil law* и *common law* система, али, као што ће се касније показати на Дипломатској конференцији у Бечу, овом изменом створена је нејасноћа у тексту Конвенције.⁸⁰

И на Дипломатској конференцији у Бечу одредба ст. 2 а чл. 14 Предлога Конвенције је „читана на *common law* начин од стране једних делегација а на *civil law* начин од других“.⁸¹ Амандман на поменућу одредбу поднела је делегација Уједињеног Краљевства.⁸² Амандманом је била предложена измена постојећег текста, којом би се узело у обзир правно дејство које у већини *common law* земаља има одређивање рока за прихватање понуде: „а) ако, и у мери у којој, се њоме указује да је неопозива. Навођење рока за прихватање само по себи не значи указивање да је понуда неопозива.“ Образлажући амандман, представник Уједињеног Краљевства је истакао да је сврха предложене измене била да се правно заштите трговци из *common law* земаља када послују са трговцима из *civil law* земаља, саглашавајући се са ставом представника Сједињених Америчких Држава,⁸³ да се постојећим текстом Предлога Конвенције пружа таква заштита у пословним односима између трговаца из две *common law* земаље.⁸⁴ Амандман је одбијен са 31 гласом, наспрам 7 гласова који су били за његово усвајање.⁸⁵ Истакнуто је да ставови делегација, потврђени њиховим гласовима, показују да већина сматра да је понуда неопозива током рока одређеног за њено прихватање.⁸⁶ Ипак, током расправе је постало јасно да је предложени текст Конвенције подобан за различито тумачење, па је предложено да се размотри могућност да се од Одбора за формулисање текста затражи да га измени, како би се јасно ставило до знања да је понуда неопозива у случају у питању.⁸⁷ Међутим, многи су сматрали да је ово компромис који је тешко постигнут и да га стога не би требало мењати,⁸⁸ и да је боље оставити судовима и арбитражама да у случају спора, применом правила о тумачењу изјава и других понашања страна, одлуче да ли одређивање

80 *Истио*.

81 G. Eörsi, у: C. M. Bianca, M. J. Bonell (editors), *нав. дело*, стр. 153, пар. 1.7.2.

82 *A/CONF.97/C.1/L.48*.

83 *Summary Records of the First Committee, 9th Meeting, A/CONF.97/C.1/SR.9*, (даље у фуснотама: *A/CONF.97/C.1/SR.9*), у: *A/CONF.97/19*, стр. 279, пар. 30.

84 *A/CONF.97/C.1/SR.9*, стр. 279, пар. 37.

85 *Истио*, стр. 278, пар. 26.

86 *Истио*, стр. 278, пар. 28.

87 *Истио*, стр. 278, пар. 24.

88 *Истио*, стр. 279, пар. 29, 30 и 33.

рока за приhvатање понуду чини неопозивом, него усвојити строго правило („*hard and fast rule*“).⁸⁹ У светлу дискусије је одлучено да се одустане од захтева за пушћивање текста Одбору за формулисање, јер постоји опасност да Одбор, уместо појашњења текста, покуша да постигне додатни компромис, што би за последицу имало само губљење времена.⁹⁰ Ст. 2 а чл. 14 Предлога Конвенције је прихваћен у неизмењеном облику од Првог одбора,⁹¹ а касније и на пленарном састанку,⁹² и тако постао ст. 2 а чл. 16 Конвенције.

Још је на Дипломатској конференцији у Бечу примећено да одредба ст. 2 а чл. 14 Предлога Конвенције, не представља истински компромис,⁹³ јер се њиме не премошћује јаз између *civil law* и *common law* схватања о могућности опозива понуде у којој је наведен рок за приhvатање, већ се он само покрива.⁹⁴ Различито тумачење није последица недовољно јасних термина, већ пре чињенице да стране које припадају различитим правним системима инсистирају на супротстављеним значењима употребљених појмова.⁹⁵ Отуда ова одредба представља „јасан пример ‘компромиса’ који је постигнут уз менталну резерву на свакој страни, свака страна задржава сопствено мишљење око чега су се споразумели“.⁹⁶

За сада нема пријављених случајева у којима је примењен ст. 2 а чл. 16 Конвенције,⁹⁷ па остаје да се види какав ће став бити заузет у судској и арбитражној пракси. Приликом решавања овог спорног питања, неопходно је узети у обзир две чињенице: одлуку *UNCITRAL*-а да одступи од Нацрта Радне групе и задржавање позивања на „одређивање

89 *Истѿо*, стр. 279, пар. 35.

90 *Истѿо*, стр. 279–280, пар. 41.

91 *Истѿо*, стр. 280, пар. 45

92 Чл. 14 је на шестом пленарном састанку, одржаном 8. априла 1980. године, усвојен са 44 гласа за и ниједним против, уз два уздржана. *Summary Records of the Plenary Meetings, 6th plenary meeting, A/CONF.97/SR.6, у: A/CONF.97/19*, стр. 205, пар. 98.

93 *A/CONF.97/C.1/SR.9*, стр. 279, пар. 31.

94 Gyula Eörsi, „A Propos the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods“, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 31, No. 2, Spring, 1983, стр. 355.

95 Arthur Rosett, „Critical Reflections on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods“, *Ohio State Law Journal*, Vol. 45, 1984, доступно на адреси: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rossett.html>, 25.10.2012.

96 Alejandro M. Garro, „Reconciliation of Legal Traditions in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods“, *International Lawyer*, Vol. 23, 1989, доступно на адреси: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/garro1.html>, 25.10.2012, стр. 458.

97 *UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 2012 Edition, United Nations, New York, 2012*. (даље у фуснотама *UNCITRAL Digest of Case Law 2012*), доступно на адреси: <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG-digest-2012-e.pdf>, 25.10.2012, стр. 97, пар. 2.

времена за прихватање“.⁹⁸ Ограничавањем неопозивости на случајеве у којима је навођењем рока за прихватање указано да је понуда неопозива, Конвенцијом је, чини се, подржано схватање да само одређивање рока за прихватање значи да понуда у том периоду важи, а ко сматра да је понуда тиме учињена неопозивом, мора то и да докаже.⁹⁹ Другим речима, одређивањем у понуди рока у коме је понуђени може прихватити, не чини понуду увек неопозивом.¹⁰⁰ За разлику од ст. 2 чл. 5 хашког Једнообразног закона о закључењу уговора о међународној продаји робе, као и решења предвиђених у Европским начелима, *DCFR* и *CESL*, одређивање рока за прихватање је једино индиција понудиоачеве намере,¹⁰¹ а не и основ за необориву правну претпоставку (*presumptio iuris et de iure*) да је понуда неопозива.

Има и мишљења да се навођењем рока за прихватање ствара оборива правна претпоставка (*presumptio iuris tantum*) да је понуда у том року неопозива, која може бити оспорена доказивањем да се понуда, узимајући у обзир околности конкретног случаја, може разумети тако да се њоме указује да истеком наведеног рока престаје да важи, а не као обећање да неће бити опозвана.¹⁰² Поједини аутори иду и даље, сматрајући да свако навођење периода у коме понуда може бити прихваћена чини понуду неопозивом.¹⁰³ Чак и ако је рок одређен у смислу престанка важења понуде, може се очекивати да ће поједини судови сматрати такву понуду неопозивом унутар рока наведеног у њој.¹⁰⁴ Овакво схватање се заснива на компромисној природи правила о опозивости понуде. Основни метод за постизање компромиса у оквиру *UNCITRAL*-а је коришћење решења из једног правног система као основног правила, а затим уметање решења из другог правног система као изузетка.¹⁰⁵ Оно што мора бити избегнуто је мешање решења

98 J. O. Honnold, *нав. дело*, стр. 163.

99 Р. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 428; E. Allan Farnsworth, „Formation of Contract“, у: Nina M. Galston, Hans Smit (editors), *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Conference held by the Parker School of Foreign and Comparative Law, Columbia University, October 1983, New York, 1984, доступно на адреси: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/farnsworth1.html>, 25.10.2012, поглавље 3, стр. 3-11.

100 Kazuaki Sono, *нав. чланак*, стр. 117.

101 Peter Schlechtriem, *Uniform Sales Law – The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Vienna, 1986, доступно на адреси: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem.html>, 25.10.2012, стр. 53, фн. 173.

102 J. O. Honnold, *нав. дело*, стр. 163.

103 John E. Murray, Jr., *нав. чланак*.

104 *Истио*.

105 G. Eörsi, „Problems of Unifying Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods“, стр. 323.

из различитих правних система у истом правилу.¹⁰⁶ Свако правило је целина, па убацивање страног елемента може имати за последицу комплексност „изван подношљивих граница“.¹⁰⁷ А чини се да је то управо учињено у ст. 2 а чл. 16 Конвенције.¹⁰⁸

Конвенцијом се поштује основно правило да је понудилац „господар своје понуде“, па уколико жели, свакако, може задржати право да понуду опозове, и поред тога што је одредио рок за њено прихватање.¹⁰⁹ Ипак, уколико се примењује Конвенција, а да би се избегли евентуални спорови, понудилац би намеру, да једино наведе временски период чијим протеком понуда престаје да важи, требало да изрази на јасан начин (*in claris non fit interpretatio*).¹¹⁰ Ако то није случај, примениће се правила о тумачењу изјава и других понашања страна. Тиме се потврђује да се одредба једног члана Конвенције може потпуно разумети само ако се посматра као део шире целине, и да се приликом примене дела Конвенције којим се регулише закључење уговора дужна пажња мора посветити обрасцу за тумачење предвиђеном у чл. 8 и 9.¹¹¹

С правом се поставља питање да ли међународним актом унификације треба одређивати значење појединих речи употребљених у уговору, имајући у виду могућност постојања, практично, бесконачно различитих случајева.¹¹² Једини начин на који се униформно правило може успешно усвојити у вишејезичком окружењу је описивањем мисли или идеје, а не изразима наведеним у уговору којима се Конвенцијом придаје посебно значење.¹¹³ Стога је било предложено да се помињање одређивања рока за прихватање изостави из текста Нацрта Конвенције о закључењу уговора о међународној продаји робе. Ипак, предлог је одбијен управо јер је постало јасно да ће у различитим правним системима бити различито тумачено да ли се понудом, у којој је наведено време у коме је понуђени може прихватити указује да је неопозива.¹¹⁴

106 *Истио*.

107 *Истио*.

108 Једнообразним трговачким законом Сједињених Америчких Држава из 1962. године (*Uniform Commercial Cod*), чл. 2. пар. 2–205, доступно на адреси: <http://www.law.cornell.edu/ucc/2/article2.htm#s2-205>, 25.10.2012, прописано је да је понуда трговца да купи или прода робу која је потписана и „која својим условима уверава да ће бити држана отвореном није опозива...“ (чврста понуда).

109 J. O. Honnold, *нав. дело*, стр. 163.

110 *Истио*; E. A. Farnsworth, *нав. чланак*, поглавље 3, стр. 3–12.

111 Larry A. DiMatteo, „Critical Issues in the Formation of Contracts Under the CISG“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 3/2011, стр. 68–69.

112 J. O. Honnold, *нав. дело*, стр. 163.

113 *Истио*, стр. 164.

114 A/CN.9/142, стр. 75, пар. 193; A/CN.9/146 and Add.1–4, *Comments by Madagascar, Norway, the United States of America and Yugoslavia*, A/CN.9/146/Add.1 (даље у фусно-

б) Понуда не може да се опозове ако је понуђени разумно веровао да је понуда неопозива и понашао се сагласно њој

Да би се применио други изузетак од општег правила о опозивости понуде, потребно је да је за понуђеног било разумно да верује да је понуда неопозива, и да се понуђени понашао сагласно томе. Ова одредба ће се применити само ако у понуди није назначена њена природа,¹¹⁵ када, не сама понуда, већ пре други поступци понудиоца и посебне околности омогућују понуђеном да се ослони да понуда неће бити опозвана.¹¹⁶ Међутим, када понуда указује на недостатак намере понудиоца да буде њоме обавезан, ст. 2 б чл. 16 не може бити примењен.¹¹⁷

Уколико се сматра да је први изузетак уступак земљама *civil law* система, онда се може рећи да овај изузетак представља уступак земљама *common law* система.¹¹⁸ Као што је представницима *common law* земаља било тешко да прихвате први изузетак, тако је и представницима *civil law* земаља изузетак предвиђен у тада ст. 2 б чл. 14 Предлога Конвенције био нејасан и неодређен, уз истицање да може за последицу имати различито тумачење, правну несигурност и неизвесност у међународној трговини.¹¹⁹

Прихватањем овог изузетка, у Конвенцији је признато правно дејство институту *promissory estoppel*¹²⁰ (*venire contra factum proprium*),¹²¹ који представља једно од одступања од правила *common law* система о

тама: A/CN.9/146/Add.1), у: *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, 1978, Volume IX, Part Two. International sale of goods, F, II*, доступно на адреси: <http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1978-e/vol9-p127-146-e.pdf>, 25.10.2012, стр. 141, пар. 31.

115 Р. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 428.

116 Р. Schlechtriem, *нав. дело*, стр. 53; U. Schroeter, у: I. Schwenzer (editor), *нав. дело*, стр. 307, пар. 9.

117 U. Schroeter, у: I. Schwenzer (editor), *нав. дело*, стр. 309, пар. 11.

118 Ј. Вилус, *нав. дело*, стр. 60.

119 *Истио*. Једна од држава чији су представници предлагали да се још ст. 2. ц) чл. 10. Нацрта Конвенције о закључењу уговора прецизније формулише или избрише, јер би могао да изазове тешкоће у пракси, била је и тадашња СФР Југославија. Осим Југославије, и представници Норвешке су истицали сличне предлоге. Видети: A/CN.9/146/Add.1, стр. 141, пар. 32 и 33.

120 Р. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 428, фн. 185; Ralph H. Folsom, Michael Wallace Gordon, John A. Spanogle, Jr., *Међународни трговачки њослови*, предео: Драган Голубовић, Нови Сад, 1997, стр. 51.

121 *CLOUT case No. 94* [Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft-Wien, Austria; SCH-4318; 15 June 1994], у: *Case Law on UNCITRAL Texts, A/CN.9/SER,C/ABSTRACTS/7*, доступно на адреси: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V95/559/66/IMG/V9555966.pdf?OpenElement>, 25.10.2012, стр. 5.

опозивости понуде.¹²² Међутим, Конвенцијом се не захтева изричито да веровање понуђеног да је понуда неопозива мора бити предвидиво за понудиоца, нити штетно за понуђеног. Ипак, ако понудиочево ослањање на понуду није било разумно предвидиво за понудиоца, најчешће ће се сматрати као неразумно.¹²³ Такође, понашање у складу са веровањем да је понуда неопозива подразумева поступање на начин који ће нарушити „благостање“ понуђеног уколико очекивање буде изневерено.¹²⁴

Када ће се сматрати да је за понуђеног било разумно да се ослони на понуду као неопозиву, фактичко је питање, које зависи од околности конкретнoг случаја. Ни Предлог Конвенције, нити Конвенција не садрже критеријуме на основу којих би судија или арбитар у случају спора тумачио стандард разумности, већ им за такве случајеве остављају дискрецију. Свакако да у обзир мора бити узет обичај који обавезује стране, као и пракса коју су између себе успоставиле.¹²⁵ Такође, ако су у питању стране, односно њихови представници који су софистицирани пословни људи, укључени у вишегодишње послове велике вредности, стандард разумности мора бити строже тумачен.¹²⁶ Говорећи уопште, амерички и енглески судови овакве одредбе тумаче уже него нпр. немачки судови.¹²⁷ Због тога се може десити да одредбе ове врсте послуже за отварање „пукотине у мрежи међународне једнообразности“.¹²⁸ Међутим, у теорији су присутна и мишљења да се еластичношћу правних стандарда, који се у сваком конкретном случају могу објективно одредити, пружа одлична могућност да обичаји и пословна пракса дођу до изражаја приликом примене правила о опозивости понуде.¹²⁹ Флексибилност коришћених термина, наводи се и као један од главних разлога за широко прихватање Конвенције од стране земаља које припадају различитим правним традицијама.¹³⁰

122 М. Орлић, *нав. гело*, стр. 188; *Restatement (Second) of Contracts*, доступно на адреси: <http://www.casefilemethod.com/Statutes/restat.pdf>, 25.10.2012, стр. 19, пар. 87(2) и 90(1).

123 Henry Mather, „Firm Offers Under the UCC and the CISG“, *Dickinson Law Review*, Vol. 105, No. 1, Fall 2000, стр. 48.

124 *Истио*.

125 Видети: чл. 9 Конвенције.

126 Geneva Pharmaceuticals Technology Corp. v. Barr Laboratories, Inc., et al, U.S District Court, S.D., New York, 98 Civ. 861, 99 Civ. 3607, 10.5.2002, доступно на адреси: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=739&step=FullText>, 25.10.2012.

127 Folke Schmidt, „The International Contract Law in the Context of Some Its Sources“, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 14, No. 1. (Winter, 1965), стр. 15.

128 *Истио*.

129 Младен Драшкић, *Закључивање уговора о куйојрогаји*, Београд, 1972, стр. 91.

130 *UNCITRAL Digest of Case Law 2012*, увод, стр. ix, пар. 1 и 2.

Поставља се питање да ли се понуђени може разумно ослонити да усмена понуда неће бити опозвана, имајући у виду правило да понуда учињена усмено мора бити одмах прихваћена, јер у супротном престаје да важи (чл. 18 ст. 2 Конвенције).¹³¹ Остављајући могућност одступања од наведеног правила, у случају када околности на то указују, Конвенцијом је дат потврдан одговор. Да би се утврдило да ли усмена понуда која није одмах прихваћена истиче или постаје неопозива, потребно је применити правила тумачења садржана у чл. 8 Конвенције, чиме се и овим примером потврђује раније истакнута повезаност одредби Конвенције.¹³²

Понашање понуђеног сагласно веровању да је понуда неопозива, може се састојати у чињењу, али и у нечињењу,¹³³ нпр. у случају неприхватања понуде коју је примио од трећег лица.¹³⁴ Чињење се не мора састојати у предузимању радњи које се односе на извршење предложеног уговора, и у том смислу ст. 2 б чл. 16 има шире значење од ст. 3 чл. 18 Конвенције.¹³⁵

Највећи значај овог изузетка је заштита интереса понуђеног, посебно у случајевима када мора предузети обимна испитивања да би одлучио да ли да прихвати понуду.¹³⁶ У супротном понуђени би сносио пун ризик и трошкове за извршење припремних радњи, не само у случају када утврди да му закључење предложеног уговора не одговара, већ и када понудилац понуду опозове.¹³⁷ У оваквим случајевима, чак и ако у понуди није назначено да је неопозива, требало би је сматрати неопозивом у року који је понуђеном неопходан да би донео одлуку.¹³⁸

IV Закључак

Анализираним међународном актима унификације прихваћено је правило према коме се понуда може опозвати све док се уговор не

131 L. A. DiMatteo, *нав. чланак*, стр. 78.

132 *Исто*.

133 Р. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 428.

134 Да би биле обухваћене обе ситуације, и чињење и уздржавање од чињења, истакнуто је да је боље употребити формулацију „has relied on“ (ослањао на) него „has acted in reliance on“ (понашао сагласно ослањању на). Међутим, овај предлог није прихваћен. Видети: A/CN.9/146, стр. 135, пар. 104.

135 J. O. Honnold, *нав. дело*, стр. 164, фн. 15.

136 G. Eörsi, „Problems of Unifying Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods“, стр. 321; A/CONF. 97/5, стр. 22, пар. 8.

137 М. Драшкић, *Закључивање уговора о куйојродаји*, стр. 82.

138 A/CONF. 97/5, стр. 22, пар. 8.

закључи, ако опозив стигне понуђеном пре него што је оптпослао свој прихват. Предвиђени су и изузеци од основног правила, који су толико значајни да готово поништавају прихваћено начело опозивности понуде.

Најдискутабилније питање у вези са опозивошћу понуде је, свакако, одређивање утицаја који навођење рока за прихватање има на њено правно дејство. Према одредбама Европских начела, *DCFR* и *CESL* понуда у којој је одређен рок за прихватање се не може опозвати. Међутим, одговор није тако једноставан уколико се примењује Конвенција или *UNIDROIT* начела, којима је прихваћено идентично решење. У теорији су се издвојила три различита схватања. Мишљење према коме одређивање рока за прихватање увек чини понуду неопозивом, не може се прихватити полазећи од прихваћене формулације овог изузетка, као и аргумента да је овакво тумачење противно међународном карактеру усвојених аката унификације. Опредељење за једно од преостала два схватања је од значаја, јер за последицу има одређивање стране на којој је терет доказивања супротног. Схватање да у датом случају настаје оборива правна претпоставка да је понуда неопозива, чини се, да у највећој мери мири чињенице да је у Конвенцији одступљено од решења Радне групе, а истовремено задржано позивање на „одређивање рока за прихватање“, и уважава компромисну природу прихваћеног правила. Ипак, будући да је неопозивост понуде ограничена на оне ситуације у којима се навођењем рока за прихватање указује да је понуда неопозива, сматрамо да је најприхватљивије оно решење које навођење рока за прихватање сматра само као једну од индиција понудиоачеве намере, која може, али и не мора, имати за последицу неопозивост понуде, и чије значење мора бити утврђено у сваком конкретном случају применом правила о тумачењу изјава и других понашања страна.

Jovan VUJIČIĆ

Teaching Assistant at the Faculty of Law, University of Kragujevac

THE REVOCATION OF THE OFFER ACCORDING TO UNIFORM RULES

Summary

In this paper author analyzes the regulations of UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and sources which were adopted in EU that regu-

late the revocation of the offer. These documents issue that the offer could be revoked, but there are exceptions of general rule, which are so important that almost annual accepted principle. Adopted solutions are different because in the Principles of European Contract Law, Draft Common Frame of Reference and Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law the definition time for acceptance in the offer has the character of independent base to consider the offer as irrevocable, whereas in the UN Convention and UNIDROIT Principles to fix the time could be considered as indication of offeror's intention, but not as base for irrebuttable presumption that offer is irrevocable. The definition time for acceptance provoked the biggest discussion between representatives of the countries in whose law the offer in principle is irrevocable and others whose law accepts the opposit position, and the differences in the interpretation are the result of insisting on opposit meanings of used terms, not their indefinitions and unclarity.

Key words: *offer, revocation of the offer, formation of the contract, international sale of goods, UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods.*

Јована ВЕЛИЧКОВИЋ, мастер
докторант на Правном факултету Универзитета у Београду

ОДГОВОРНОСТ ЗА ШТЕТУ ЧЛАНОВА УПРАВЕ ПРИВРЕДНОГ ДРУШТВА (ЧЛАН 415 ЗАКОНА О ПРИВРЕДНИМ ДРУШТВИМА)

Резиме

Чланак се бави анализом нове одредбе Закона о привредним друштвима (чл. 415), којом се реулише имовинска одговорност чланова управе према привредном друштву. Садржина члана подељена је на седам ставова којима се уређује неколико питања: када постоји одговорност за штету (чињенични основ настанка штете), основ ослобођења од одговорности, одговорност више лица за проузроковану штету, рок засињарелости за испицање одштетној захтева и могућности одрицања привредној друштву од захтева за накнаду штете. Тежиште анализе заснива се на дефинисању правне природе и правне основа одговорности (став први и други) и правне природе одрицања друштву од захтева за накнаду штете (став седми). Предмету разматрања припадају се са аспекта облиационој права у циљу осиварења пошћуне правне анализе предметној инстћуућа. У закључним разматрањима износи се правни значај постојања нове одредбе закона и њен однос са посебним дужностима према привредном друштву као до сада најчешће чињеничној основа у односу на којој је по-смаћрана имовинска одговорност директора према привредном друштву, како у домаћој тако и иностраној лићераиури.

Кључне речи: члан 415 ЗПД, имовинска одговорност директора привредној друштву, правна природа и правни основ одговорности за штету, одрицање од захтева за накнаду штете, посебне дужности према привредном друштву.

I Уводна разматрања

Имовинска одговорност чланова управе привредног друштва (у даљем тексту: директора),¹ као део система правне одговорности,² у нашој досадашњој литератури није била предмет детаљније правне анализе и углавном је посматрана у односу на повреду посебних дужности према привредном друштву. Слично поступање присутно је и у иностраној литератури,³ али чини се да доношење новог Закона о привредним друштвима (у даљем тексту: ЗПД) представља довољан разлог промене постојећег стања ствари. Промене које је донео нови ЗПД обухватиле су и материју имовинске одговорности директора привредног друштва, међу којима се по значају истиче промена садржана у члану 415 закона.

- 1 Имовинска одговорност директора привредног друштва, као по својој садржини сложен појам, може се дефинисати помоћу два критеријума: субјективног и објективног. Субјективни критеријум одређује круг лица у односу на која се одговорност може засновати, док објективни критеријум одређује домен примене имовинске одговорности у погледу основа штете у смислу чињеничног догађаја из кога штета проистиче. Круг лица којима се може проузроковати штета неправилним радом директора друштва чине: привредно друштво у коме су ангажовани, имаоци капитала истог друштва и трећа лица у која спадају повериоци или лица која нису у правном односу са друштвом. Објективни критеријум је теже одредити јер се основи штете у складу са потребама праксе стално мењају, па није могуће саставити коначну листу, већ основне поделе случајева одговорности. У литератури су препознате три групе основа одговорности: 1) одговорност због повреде посебних дужности према привредном друштву и других обавеза регулисаних статусним законом, 2) одговорност за извештавање финансијског тржишта и 3) одговорност за проузроковање стечаја и пословање у стечају. Види: Bernard Black, Brian Cheffins, Martin Gelter, Hwa-Jin Kim, Richard Nolan, Matias Siems, Linia Prava, „Comparative Analysis on Legal Regulation of the Liability of Members of the Management Organs of Companies“, European Corporate Governance Institute, Working Paper No.103/2008, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=1001990>, 8.3.2012; Наташа Петровић-Томић, *Оснивање одговорности директора и чланова ујравној одбора акционарској друштва*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011, стр. 65–79. У овом раду предмет разматрања биће имовинска одговорност директора према привредном друштву, регулисана статусним законом.
- 2 Поред имовинске, систем правне одговорности директора привредног друштва чине још статусна (регулисана Законом о привредним друштвима) и кривичноправна одговорност (регулисана Кривичним закоником и Законом о привредним друштвима). Види: Закон о привредним друштвима, (*Службени гласник РС*, бр. 36/2011 и 99/2011; даље у фуснотама ЗПД), чл. 220, 231, 395, 439 и чл. 581–584; Кривични законик, (*Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009 и 111/2009), чл. 223–245.
- 3 Види: Alan Dignam, John Lowry, Nicola Padfield (series editor), *Company Law*, Fourth Edition, Oxford University Press, стр. 291–349; Denis Keenan, *Smith and Keenan's Company Law for Students*, Eight edition by Denis Keenan, Pitman, 2006, стр. 277–307; Stephen W. Mayson, Derek French, Christopher L. Ryan, *Company Law*, Oxford University Press, 2004–2005 edition, стр. 508–570.

Садашњи закон садржи сличан начин уређења материје имовинске одговорности директора привредног друштва (посматрано у односу на одговорност према самом друштву) као и претходни закон, а то је да одредбе закона којима се уређује имовинска одговорност директора друштва, нису садржане у једном делу закона, већ је неопходно приступити његовом систематском читању како би се стекао потпуни увид уређења материје. Пратећи структуру закона одредбе којима се регулише имовинска одговорност директора према привредном друштву налазе се у Првом делу закона (уређује основна питања) у члановима којима се уређује заступање друштва и посебне дужности према привредном друштву,⁴ затим у Трећем делу (уређује форме привредних друштава) у члану 415 налази се општа одредба о одговорности за штету и последњи члан којим се регулише ово питање налази се у Четвртом делу закона у коме се уређује поступак стицања и располагања имовином велике вредности (акционарског друштва).⁵ Овакав приступ начину уређења института имовинске одговорности директора привредног друштва не може се сматрати неадекватним, јер није примарни циљ статусног закона регулисање имовинске одговорности одређених субјеката. Такође постоје и други значајнији разлози за такво поступање о којима ће бити речи у закључним разматрањима. Претходни закон је садржао слично уређење материје, у општем делу је такође садржао правило о одговорности за случај прекорачења овлашћења за заступање и повреду посебних дужности према привредном друштву, док у делу у коме су регулисана акционарска друштва, постојала је одредба о посебним случајевима имовинске одговорности.⁶ Промене у односу на претходна решења садржане су у виду измене садржине уређења посебних дужности према привредном друштву, изостанака одредбе о посебним случајевима имовинске одговорности и уместо тога увођење опште одредбе о одговорности за штету (чл. 415) и изричито прописивање санкције накнаде штете у случају повреде поступка стицања и располагања имовином велике вредности, која према претходном закону у том случају није била

4 Види: ЗПД, чл. 41, 64, 67, 71, 74, 76.

5 ЗПД, чл. 472 ст. 3.

6 Види: ЗПД, чл. 25, 32, 37 и 38. Посебни случајеви имовинске одговорности регулисани су чл. 328 у коме је стајало да су чланови управног и извршног одбора нарочито одговорни друштву за штету ако су: вратили улог акционарима, платили дивиденде или камате акционару, проузроковали да друштво уписује, даје у залог, стиче и поништава сопствене акције или повлачи и поништава акције, одобрили зајам или кредит, извршили плаћање у време ликвидације друштва, проузроковали да друштво после одлуке о престанку води послове, осим послова који су нужни за ликвидацију и стечај, повредили дужности према привредном друштву. Такође у наведеним околностима постојао је основ за разрешење директора. Види: Закон о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 125/2004).

изричито предвиђена. Као што је већ указано најзначајнија промена по садржини за имовинску одговорност директора према привредном друштву јесте управо изостављање набрајања посебних случајева одговорности и уместо тога увођење опште одредбе о одговорности за проузроковану штету према привредном друштву. У области одговорности за штету казуистички метод уређења није адекватан, јер се тада поставља питање како поступити ако би штета настала у околностима које нису наведене. Такав је случај могао постојати код повреде поступка стицања и располагања имовином велике вредности, јер тај основ није био уврштен у посебне случајеве имовинске одговорности, нити је закон у оквиру одредби којима је уређивао тај институт предвиђао санкцију накнаде штете. Управо у оваквим околностима је важно постојање општег основа одговорности за проузроковану штету.

Када се каже да члан 415 ЗПД представља важну новину нашег права првенствено се мисли на правна питања која уређује, а која нису до сада била предмет изричите регулативе. Међутим поменути члан закона значајан је и по томе што омогућава да се анализи имовинске одговорности директора привредног друштва приступи са другачијег аспекта. Одговорност директора привредног друштва за проузроковану штету по својој суштини јесте специфична тема, јер у процесу анализе неминовно захтева укључивање две области права – компанијског и облигационог. Привредно друштво, директори друштва су несумњиво појмови компанијског права, док је чињеница проузроковања штете један од најважнијих извора облигација⁷ и сходно томе до детаља проучена тема у теорији облигационог права. Овакво чињенично стање омогућава различите приступе при анализи теме. Тежиште анализе може бити на компанијскоправном или облигационоправном аспекту. Посматрање имовинске одговорности директора привредног друштва у односу на повреду посебних дужности према привредном друштву свакако је наклоњено компанијскоправном аспекту, јер су и посебне дужности према друштву институти поменуте области права. У овом раду одговорност директора друштва регулисана чл. 415 ЗПД биће анализирана са аспекта облигационог права. Садржина новог члана закона управо и омогућава овакву врсту анализе због чега има велики правни значај.

Након излагања садржине чл. 415 ЗПД, биће дефинисан предмет разматрања у погледу делова садржине члана закона и правних питања која ће бити предмет анализе.

⁷ Закон о облигационим односима, (*Службени листи СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени листи СРЈ*, бр. 31/93, 22/99, 23/99, 35/99 и 44/99; даље у фуснотама ЗОО), чл. 1.

1. Члан 415 Закона о привредним друштвима

Члан 415 Закона о привредним друштвима унутар структуре закона налази се у оквиру уређења акционарских друштава, тачније у одредбама којима се уређује правни положај директора једнодомног модела управе. Значај поменутог члана закона између осталог јесте и у томе што се његова садржина по самом закону сходно примењује и на одговорност чланова управе акционарског друштва дводомне унутрашње структуре – извршне директоре и чланове надзорног одбора, али и на одговорност чланова надзорног одбора друштва са ограниченом одговорношћу.⁸

Члан носи назив „Одговорност директора“ (иако би можда адекватнији назив био –одговорност директора за проузроковану штету, јер се њиме уређује само имовинска али не и остали облици одговорности), чија је садржина подељена на седам ставова којима се уређује неколико правних питања: када постоји одговорност за проузроковану штету (чињенични основ настанка штете), основ ослобођења од одговорности, одговорност више лица за проузроковану штету, рок застарелости за истицање одштетног захтева и могућност одрицања друштва од захтева за накнаду штете.

Директор одговара друштву за штету коју му проузрокује кршењем одредаба закона (ЗПД), статута или одлуке скупштине. Одговорност неће постојати уколико је поступање директора у свему у складу са одлуком власничког органа друштва, а то је скупштина друштва. Како су органи управе најчешће колективно организовани,⁹ предвиђена је заједничка одговорност свих лица која су гласала за одлуку уколико

8 Види: ЗПД, чл. 235, 430 и 447. Закон каже да се на одговорност чланова надзорног одбора друштва са ограниченом одговорношћу сходно примењује одредба из члана 447, а како се на чл. 447 сходно примењује чл. 415 закона, долази се до закључка да се и на одговорност поменутих чланова управе заправо сходно примењује одредба чл. 415 ЗПД.

9 Закон дозвољава код једнодомног модела управе и организовање на инокосној основи (осим код јавних акционарских друштава која морају имати одбор директора), а у случају дводомног модела само у односу на извршне директоре, јер није обавезно формирање извршног одбора (изузетак опет постоји код јавних акционарских друштава), док надзорни одбор (који као орган управе увек постоји у овом моделу) мора имати најмање три члана. Види: ЗПД, чл. 383, 417, 419 и 433. Закон није прецизирао да ли је у питању солидарна или подељена одговорност, али како је по својој правној природи одговорност директора за штету проузроковану привредном друштву деликтна (о чему ће бити речи у наредним излагањима), у случају изостанака посебне регулативе примењују се општа правила облигационог права. На основу претходно реченог закључује се да је у питању солидарна одговорност. Види: ЗОО, чл. 206 и 208.

је њоме проузрокована штета. Ради спречавања одређеног поступања закон садржи правила о томе када се сматра да је директор гласао за одлуку, то је случај уколико је директор приликом гласања био уздржан или уколико у случају одсуства са седнице или неучествовања у гласању на други начин није послао писменим путем своје противљење таквој одлуци у року од осам дана од сазнања за њено доношење. Рок застарелости за истицање захтева за накнаду штете износи три године од настанка штете (прописан је само објективни рок).¹⁰ Потпуна новина закона јесте могућност одрицања друштва од захтева за накнаду штете. Закон прво полази од правила да тако нешто није допуштено, осим уколико одлуку такве садржине изгласа три 3/4 присутних акционара, али је потребно да се њеном доношењу не противе акционари који поседују најмање 10% основног капитала друштва.

Предмет разматрања у односу на изнету садржину чл. 415 ЗПД, биће питање правне природе и правног основа одговорности за штету (став први и други) и питање правне природе одрицања друштва од захтева за накнаду штете (став седми).

II Правна природа и правни основ одговорности за штету директора привредног друштва

Доношење нових закона у различитим областима грађанског права којима се прописује одговорност за штету одређених субјеката, донело је питањима правне природе и основа одговорности нову актуелност. У ред поменутих прописа спада и одредба ЗПД којом је уређена одговорност за штету директора привредног друштва. Члан 415 ЗПД гласи „Директор одговара друштву за штету коју му проузрокује кршењем одредаба овог закона, статута или одлуке скупштине“. На основу анализе садржине наведене одредбе закона потребно је одредити правну природу и правни основ одговорности за штету у циљу дефинисања услова одговорности. О томе шта чини правни основ одговорности за штету и које врсте одговорности постоје, одговор је већ пружила наука облигационог права и Закон о облигационим односима (у даљем тексту ЗОО) због чега посебни закони немају потребу за посебним уређењем ових питања.

10 У погледу рокова застарелости за истицање одштетног захтева ЗПД садржи другачија решења у односу на ЗОО (чл. 376). Код опште одредбе о одговорности предвиђен је само објективни рок застарелости који износи три године од настанка штете, али не и субјективни рок који би текао од сазнања за штету или учиниоца, који према ЗОО износи такође три године, а како субјективни рок важи само у оквиру објективног рока, чак и у ситуацији да се касније сазнало за штету или учиниоца, то не би могло да доведе до продужења рока предвиђеног ЗПД.

У нашем праву постоји разликовање на уговорну и вануговорну (деликтну) одговорност за штету.¹¹ Основаност поделе у нашој теорији имала је своје присталице и противнике, али је чињеница да у нашем праву правила која важе за ова два вида одговорности нису у свему иста али и да имају заједнички циљ а то је накнада штете. Правила о вануговорној (деликтној) одговорности за штету садржана су у чл. 154–209 ЗОО, док су правила уговорне одговорности садржана у делу закона о дејствима обавеза у чл. 262–294.

Да ли је одговорност директора за штету проузроковану привредном друштву уговорна или вануговорна (деликтна) одговорност?

Уговорна одговорност се дефинише као одговорност за штету због повреде неке већ постојеће обавезе (која потиче из уговора или другог извора облигација) најчешће настале вољом страна, док вануговорна (деликтна) одговорност настаје због повреде неке опште норме, правни однос између страна ствара се тек чињеницом проузроковања штете.¹²

У литератури је углавном већински присутан став да је у питању уговорна одговорност (али се указује да има и другачијих мишљења).¹³ Као аргумент наводи се постојање закљученог уговора којим се регулишу међусобна права и обавезе директора и друштва.¹⁴ У пружању одго-

11 О разликама између уговорне и вануговорне (деликтне) одговорности за штету видети: Оливер Антић, *Облигационо право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2007, стр. 454–459.

12 Стојан Цигој, *Енциклопедија имовинској права и права угруженој рада (део о грађанскојравној одговорности)*, том први, Службени лист СФРЈ, Београд, 1978, стр. 402.

13 Мирко Васиљевић, *Корпоративно управљање – правни аспекти*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2007, стр. 223; Бојана Рилке, „Одговорност органа предузећа за штету причињену предузећу“, *Правни живот*, бр. 11/1995, стр. 102; Светлана Јефтић, *Системски и радноправни положај чланова управног одбора акционарској групиња*, магистарски рад, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2006, стр. 128.

14 Уговор који директори закључују са привредним друштвом може имати форму облигационоправног уговора којим се регулишу међусобна права и обавезе (менаџерски уговор), али може имати и форму уговора о раду. Уговор о раду по самом закону не могу закључити неизвршни директори, док у случају извршних директора закон оставља могућност избора између поменутих врста уговора. Види: ЗПД, 391, чл. 398 ст. 1 тач. 15 и чл. 441 ст. 1 тач. 13. Уколико (извршни) директор закључи уговор о раду са привредним друштвом, то би могло поставити питање правила одговорности, у смислу да ли се у том случају примењују одредбе радног законодавства у погледу имовинске одговорности запосленог. Одговор би требало да буде негативан из више разлога: прво спорно је питање да ли се директор привредног друштва може сматрати запосленим у правом смислу речи, одредбе радног законодавства су у потпуности супротне решењима ЗПД и садрже блажа правила одговорности због чега не би било оправдано применити их на извршне директоре (јер само они могу закључити ову врсту уговора), као

вора на ову дилему не треба исхитрено поступати већ је неопходно размотрити све аспекте сложености околности. Шта заправо представља препреку за једногласно одређење природе одговорности? Тачно је да директори са привредним друштвом закључују уговор о међусобним правима и обавезама, али је потребно уочити да је већина обавеза и дужности директора дефинисана законом без могућности другачијег уређења уговором, па се управо закон јавља као акт конституисања тих обавеза и дужности а не уговор.¹⁵ Ако се поменуте обавезе и дужности не испоштују онда то значи повреду закона као општег акта а не уговора као појединачног. Уговор који директор закључује са друштвом увек ће садржати и обавезу поштовања законом утврђених дужности, али се чињеница да је њихов извор закон а не уговор не мења, јер и да је таква одредба изостала законске дужности би и даље биле део правног уређења положаја директора, дакле како одсуство уговорне одредбе поменуте садржине не утиче на постојање одговорности, тако ни њено присуство не мења већ постојеће чињенично стање.

Директори иако закључују уговор којим се регулишу међусобна права и обавезе, са привредним друштвом не заснивају само уговорни већ и корпоративни однос на основу одлуке о именовању. Из наведеног проистиче да је правни однос директора и привредног друштва садржан из два елемента: корпоративног (регулисан законом) и уговорног (регулисан споразумом страна у границама које закон дозвољава).¹⁶ Може се поставити питање међусобног односа ова два елемента, у смислу да ли је један од њих преовлађујући или су међусобно изједначени. Код друштва са ограниченом одговорношћу први елемент се по самом закону сматра преовлађујућим, јер закон садржи решење по коме уколико у одлуци о именовању директора није одређено другачије, мандат директора почиње даном доношења одлуке о именовању.¹⁷ Сама одлука о именовању представља довољан правни акт да би директор друштва правноваљано засновао своју функцију и сходно томе обављао послове из своје надлежности у складу са правима и обавезама дефинисаних законом. Такође код уређења акционарских друштава у оквиру одредби којима се регулише правни положај органа управе, закон изричито не налаже обавезу закључења уговора директора и привредног друштва као услов за правноваљано заснивање функције. Одлука о именовању

лица са великим овлашћењим унутар друштва, нарочито посматрано у односу на неизвршне директоре.

15 Јакша Барбић, *Право груписава – груписава кайишала (књиша груша)*, четврто издање, Организатор, Загреб, 2001, стр. 497.

16 Есад Чолаковић, *Менаџерски уовори – модели, савјетии и йракса*, Библиотека калейдоскоп, друго измењено и допуњено издање, Загреб, 2006, стр. 121.

17 ЗПД, чл. 219, ст. 3.

од стране надлежног органа друштва у том погледу представља неизоставан правни акт.

У оквиру уређења престанака функције директора такође се налазе одредбе које су супротне правилима уговорног права, а на основу којих се опет потврђује став да је уговорни елемент правног односа између директора и привредног друштва по свом значају супсидијаран. Опште правило уговорног права јесте да се уговор као сагласност две изјављене воље, не може једнострано раскинути, осим уколико су испуњени услови за законом предвиђене основе једностраног раскида уговора (сваки од њих се темељи на разлогу који утиче на саму сврху постојања уговора).¹⁸ Према ЗПД скупштина (акционарског) друштва може разрешити директора и пре истека мандата, без навођења разлога, док директор може у свако доба поднети оставку писаним путем.¹⁹ У оба случаја, чак иако наведена права нису део садржине уговора закљученог између директора и привредног друштва и даље представљају законска права односних субјеката. Када се донесу одлуке такве садржине функција директора престаје у складу са законом, а чињеница да уговор између друштва и директора још није формално правно раскинут није правно релевантна за даље обављање функције. Често се указује и да је уговор о међусобним правима и обавезама директора и привредног друштва акцесоран,²⁰ али не у смислу како је то до сада схватано у теорији облигационог права. Уговор директора и друштва је акцесоран у односу на постојање одлуке о именовану, која мора бити донета у складу са законом. У супротном уколико то није случај, касније закључен уговор не може имати правно дејство чак иако је пуноважан по општим правилима облигационог права (у овом случају је спорно да ли би такав уговор могао бити пуноважан чак и по општим правилима облигационог права, јер је противан императивним прописима, а то је разлог за апсолутну ништавост уговора, или би се могло тумачити да има основ који је супротан императивним прописима, што би узроковало исту правну последицу).²¹ У том погледу уколико се након именовања донесе одлука (на основу статусног закона) којом се оно опозива, због својства акцесорности угово-

18 Види: Слободан Перовић, *Облигационо право – књига прва*, седмо издање, Службени лист СФРЈ, Београд, 1990, стр. 492. Поред неиспуњења (у ширем тумачењу обухвата и раскид уговора због правних и материјалних недостатака ствари), основ за једнострани раскид уговора представљају и промењене околности. Такође је могуће уговорити раскидну клаузулу, која представља основ за једнострани раскид уговора предвиђен вољом уговорних страна.

19 Види: ЗПД, чл. 395, 396, 425, 426, 439 и 440.

20 Зоран Арсић, „Правна природа односа између акционарског друштва и члана управног одбора“, *Право и привреда*, бр. 5–8/1999, стр. 81–83. О појму акцесорних уговора видети: С. Перовић, *нав. дело*, стр. 231.

21 Види: ЗОО, чл. 103 и 51 ст. 2.

ра између директора и привредног друштва, престаје и његово правно дејство у смислу даљег обављања функције, док би преостало да уговорне стране реше преостала питања која представљају садржину уговора, а нису регулисана законом у случају престанка функције.

На основу претходних излагања може се закључити да у правном односу директора и привредног друштва преовлађујући јесте корпоративни елемент, док уговор директора закључен са привредним друштвом има резидуалну сврху у смислу уређења оних питања која нису изричито уређена законом (радно време, накнаде, осигурање...).

Као аргумент у прилог опредељења за уговорну одговорност може се навести да без постојања уговорног односа директора и друштва не може бити ни обавезе поштовања законских дужности и аргумент да се правила уговорне одговорности примењују увек када је пре проузроковања штете већ постојао правни однос између страна. Као противаргумент на наведено може се рећи да закључење уговора није довољно за правно ваљано заснивање функције директора, пре тога је неопходно постојање одлуке о именовању коју доноси надлежни орган друштва у законом утврђеном поступку, а тек касније долази до закључења уговора. Само постојање посебног уговорног односа између страна није довољно да би се свака штета настала у времену његовог трајања одредила као уговорна, већ је потребно да је штета настала управо поводом тог уговорног односа као повреда њиме створене обавезе, а не обавезе која потиче из другог правног извора који такође регулише правни однос између страна. У праву сличан проблем се јавио код одређивања правне природе одговорности запосленог за штету проузроковану послодавцу, јер запослени имају закључен уговор о раду, али већина њихових обавеза и дужности је уређена законом. У теорији радног права заузет је став да је у питању вануговорна (деликтна) одговорност.²²

Потребно је такође указати да дефинисање правне природе одређеног института не би требало да представља само једну теоријску расправу, већ је важније какве правне последице такво одређење производи. Када се каже да је природа одговорности одређених субјеката (у овом случају директора привредног друштва) деликтна или уговорна, то даље подразумева и примену правила одређене врсте одговорности. Кључна обележја уговорне одговорности јесу могућност измене режима одговорности у границама које закон дозвољава, правила везана за обим накнаде штете (рецимо одговорност само за предвидљиву штету уколико је последица обичне непажње), затим ту су и друге особе-

22 Александар Балтић, Милан Деспотовић, *Основи радног права Југославије (систем радних односа) и основни проблеми социологије рада*, треће издање, Савремена администрација, Београд 1971, стр. 301–302.

ности правила одговорности – рок застарелости за истицање захтева, ослобођење од одговорности, обавеза повериоца да предузима разумне мере како би се смањило износ штете...²³ Већина правила уговорне одговорности не могу се применити на одговорност директора привредног друштва за проузроковану штету. Разлози јесу у томе што су супротна уређењу ЗПД (могућност измене режима одговорности), или што би њихова примена у овом случају била отежана. На пример код правила о одговорности за предвидљиву штету, могућност предвиђања (врсте, не висине износа штете) одређује се према околностима које су познате у тренутку закључења уговора. Потешкоћу приликом примене поменутог правила представља чињеница да директори привредног друштва закључују уговор чије се трајање простире у одређеном временском периоду, при чему су уговором и законом само начелно дефинисане надлежности, обавезе и права директора. Конкретна задужења у односу на која могу бити познате чињеничне околности случаја настају тек у току трајања мандата, о којима се не може унапред знати (бар у већини случајева), због чега не постоји ни могућност да се одговорност у случају њихове повреде одређује према околностима познатим у тренутку закључења уговора.

Такође важна околност у односу на правила одговорности јесте да уговор којим се регулишу међусобна права и обавезе директора и привредног друштва није именован уговор.²⁴ Из тог разлога не постоје посебне одредбе којима би се уређивала правила уговорне одговорности, као што је случај код осталих именованих уговора. Такво стање ствари би подразумевало само примену општих правила уговорне одговорности, која би као што је указано имала потешкоће у својој примени на одговорност директора за штету проузроковану привредном друштву.

На основу изложеног може се изнети став да је одговорност директора за штету проузроковану привредном друштву према чл. 415 ЗПД вануговорна (деликтна) одговорност. Ако се одреди правна природа аката набројаних у члану закона чија повреда доводи до одговорности види се да се међу њима не помиње уговор закључен између директора и привредног друштва, већ само закон, статут друштва и одлука скупштине. Закон и статут друштва су општи правни акти (државни и аутономни), док је одлука скупштине појединачни акт, али у питању је једностранни не двострани правни акт као што је то уговор. Одлука скупштине друштва као појединачни правни акт доноси се на основу закона и статута (као општих аката) и конкретизује њихову садржину.²⁵

23 Види: ЗОО, чл. 262–269.

24 О подели уговора видети: С. Перовић, *нав. дело*, стр. 190–245.

25 Радомир Лукић, Будимир Кошутећ, *Увод у право*, двадесетчетврто издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2007, стр. 187, 336.

На овом месту је потребно одређено прецизирање. Став да је природа одговорности директора друштва вануговорна (деликтна) одговорност односи се само на чл. 415 ЗПД као сада у нашем праву опште одредбе о одговорности директора за штету проузроковану привредном друштву, јер се као основ штете наводи кршење одредбе закона, статута или одлуке скупштине. Наведено не спречава да у одређеним околностима директори према привредном друштву одговарају према правилима уговорне одговорности. То ће бити случај у погледу обавеза које за директоре настају самим уговором (у границама које право дозвољава) и нису претходно предвиђене другим правним актом (на пример обавеза да ће у првој половини мандата директор обезбедити повећање профита друштва за 0,5% или да ће се обезбедити освајање нових тржишта). Тада се примењују правила уговорне одговорности према правилима ЗОО о дејствима обавеза.

При одређивању правне природе одговорности директора привредног друштва учињен је први корак, сада је неопходно одредити правни основ одговорности за штету. У нашем праву постоје три правна основа вануговорне (деликтне) одговорности за штету:²⁶ 1) кривица (субјективна одговорност), 2) створени или контролисани ризик (објективна одговорност) и 3) одговорност по основу правичности. Основ одговорности опредељује услове одговорности и даје одговор на питање зашто је штету дужан да надокнади неко други а не онај кога је задесила.²⁷

Питање је заправо да ли је у питању субјективна или објективна одговорност, јер одговорност по основу правичности регулисана чл. 169 ЗОО по својој природи потпуно је изван домена одговорности која се разматра. Разлог постојања спора јесте формулација чл. 415 ЗПД којом се одређује одговорност, а која је у суштини непрецизна. Ако је циљ била субјективна одговорност онда је у поменутом члану требало да стоји да директор одговора за штету коју проузрокује друштву својом кривицом (принцип доказане кривице) или да одговара за штету коју проузрокује друштву осим уколико се не докаже да је штета настала без кривице (принцип претпостављене кривице, данас опште правило нашег права код субјективне одговорности за штету). Одредба је могла да гласи и на начин да се одговара само ако се за повреду набројаних правних аката знало или морало знати, иако овај стандард није најприкладнији јер се

26 Јаков Радишић, *Облигационо право (ојшћи гео)*, Номос, Београд, 2004, стр. 191. О основу одговорности видети: С. Перовић, „Основ уговорне и деликтне одговорности“, *Правни живоић*, бр. 3–4/2004, стр. 5–49.

27 Види: Марија Караникић-Мирећ, *Кривица као основ деликтне одговорности у грађанском праву*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009, стр. 41–42.

по терминологији ЗОО користи код уговорних односа, а не у материји вануговорне одговорности за штету, али би свакако указивао да је идеја законодавца субјективна одговорност. Ако је циљ била објективна одговорност одредба закона требало је да садржи јасну назнаку да се одговара за проузроковану штету без обзира на кривицу или да се наведу основи ослобођења од одговорности на основу којих би се са извесним степеном сигурности закључило да је у питању објективна одговорност.

У нашем праву субјективна и објективна одговорност су у односу равноправности и свака има свој домен примене, па се не би могло рећи да је субјективна одговорност правило, а објективна изузетак или обрнуто и на такав начин доћи до решења.²⁸ Мотив постојања одређеног основа одговорности требало би да одреди када се одговара због кривице, а када без обзира на кривицу.²⁹ Субјективна одговорност постоји онда када се одређени субјект није понашао онако како је требало и како се од њега основано очекивало. Слобода избора у погледу могућности понашања и упркос томе показано непоштовање одређених заповести разлог су да се таквом лицу упути прекор зато што је у датој ситуацији требало и могло да се понаша другачије али то није учинило.³⁰ Објективна одговорност је настала као резултат потпуно другачијих идеја. Када се увидело да постоје околности које не зависе од искључиве воље појединца, које могу проузроковати штету, а у којима ако би се остало само при субјективној одговорности, многе штете остале би ненадоднађене, јер би се кривица тешко могла доказати, почели су се тражити разлози зашто би се одговарало без обзира на кривицу.³¹ У нашем праву објективна одговорност постоји када штета потиче од опасне ствари или опасне делатности или када је то законом изричито предвиђено.³² Одговорност директора за штету проузроковану привредном друштву јесте субјективна (одговара се по основу кривице). Опште правило субјективне одговорности за проузроковану штету у нашем праву дефинисано у чл. 154 ЗОО јесте одговорност по основу претпостављене кривице, па се исто примењује и на одговорност директора привредног друштва. Рад директора се не може сматра-

28 Михаило Константиновић, „Основ одговорности за проузроковану штету“, *Архив за правне и друшћивене науке*, бр. 3/1952, стр. 296; М. Караникић-Мирић, *нав. дело*, стр. 69; М. Караникић-Мирић, „О односу субјективне и објективне одговорности“, *Правни живоић*, бр 11/2008, стр. 623–638.

29 М. Константиновић, *нав. чланак*, стр. 300.

30 Ј. Радишић, *Имовинска одговорност и њен досеј*, Београд, 1979, стр. 37.

31 М. Константиновић, *Облигационо право (према белешкама са предавања проф. М. Константиновића)*, Савез студената Правног факултета, Београд, 1958, стр. 127.

32 Види: ЗОО, чл. 154, ст. 2 и 3.

ти опасном делатношћу (а нарочито се у вези њиховог рада не може говорити о употреби опасних ствари) нити је објективна одговорност изричито предвиђена законом. Анализом аргумената у прилог и против теорије објективне одговорности долази се до истога закључка. Аргументи у прилог објективне одговорности су следећи: 1) за оштећеника је свеједно да ли се одговара по основу кривице или не, битно је да се штета надокнади, 2) штетник има користи од своје активности, те он треба да сноси и ризик настанка штете, 3) доказивање штетникове кривице је врло тежак задатак за сваког оштећеника и 4) због тога што је штета настала због штетникове активности он треба да је надокнади, јер је могао избећи њено постојање ако никако другачије онда уздржавајући се од те активности.³³ Од наведених аргумената у погледу одговорности директора могао би да опстане само први, да је привредном друштву свеједно по ком основу се одговара, док други аргументи у потпуности опадају. Директори друштва нису ти који извлаче корист од пословања, јер добит припада друштву, истина је да они за свој рад добијају накнаде али то је недовољан разлог за постојање објективне одговорности, доказивање кривице може бити тежак задатак, али како се у нашем праву кривица код субјективне одговорности претпоставља штетников положај је знатно побољшан и на крају свакако да директори друштва не могу да се уздрже од активности да би избегли штетне последице, јер се они и ангажују у друштву да би деловали и предузимали иницијативу. Нарочито важан разлог у овом случају против постојања објективне одговорности јесте да би таква одговорност имала негативне последице у погледу мотива за прихватање функције и доношење важних пословних одлука, што би многе способне појединце задржало изван делатности пословања (они који су склони ризику најчешће сами оснивају друштво). Појам кривице је веома еластичан, њему се према потребама околности може дати одговарајућа садржина а нарочито са постојањем правила претпоставке кривице, субјективну одговорност чини прикладним правилом одговорности за директоре привредног друштва. Још један аргумент се може истаћи у прилог тврдње да је у питању субјективна одговорност. ЗПД у чл. 415 ст. 2 наводи да одговорност неће постојати ако се поступало у складу са одлуком скупштине (потребно је да одлука није побојна или да сами чланови управе нису пропустили своје овлашћење да захтевају поништај такве одлуке). Како се воља привредног друштва, у овом случају оштећеника, формира унутар његових органа, онда би се таква одлука која мора постојати пре настанка штете по својој правној природи могла одредити као пристанак оштећеника. Пристанак оштећеника представља основ искључења противправности радње, а како се у литератури сматра да је питање противправно-

33 М. Константиновић, *нав. дело*, стр. 129-132.

сти везано само за субјективну одговорност,³⁴ онда се потврђује изнет став о природи основа одговорности директора друштва (пристанак оштећеника као основ искључења одговорности регулисан је у чл. 163 ЗОО код одговорности по основу кривице).

На крају се могу одредити услови одговорности директора за штету проузроковану привредном друштву. Како је у питању субјективна одговорност по основу претпостављене кривице услови одговорности су: 1) штета 2) узрочна веза и 3) кривица. Оштећеник (привредно друштво) треба да докаже постојање штете због повреде закона, статута или одлуке скупштине и узрочне везе између радње или пропуштања директора и настале штете, на основу чега се постојање кривице обориво претпоставља, а на оштећенику (директору) је терет доказа да је штета настала без његове кривице (услови одговорности једнаки су за све врсте директора у друштву).

III Одрцање друштва од захтева за накнаду штете – правна природа

Потпуна новина нашег права јесте могућност одрицања привредног друштва од захтева за накнаду штете.³⁵ ЗПД полази од општег правила да није могуће одрицање друштва од захтева за накнаду штете, али изузетак постоји уколико се испуне два законом одређена услова (позитивни и негативни услов). Привредно друштво се може одрећи захтева за накнаду штете уколико одлуку такве садржине изгласа $\frac{3}{4}$ већина присутних акционара (позитивни услов), али је потребно да се њеном доношењу неprotиве акционари који поседују најмање 10% основног капитала друштва (негативни услов). Слична одредба постоји и у немачком праву, разлика јесте у томе што се одлука о одрицању од захтева може донети тек након три године од настанка штете, али не и пре тога.³⁶

Одредба осим што је новина у нашем праву, изазива недоумице око правне природе таквог одрицања. Чињеница проузроковања штете јесте извор облигација (која за оштећеника ствара право, а за штетника обавезу њене накнаде), због чега као и свака облигација може престати само на начин предвиђен ЗОО.³⁷ Схватање о правној природи одрицања

34 М. Караникић-Мирић, *нав. дело*, стр. 281.

35 Одредба о одрицању од захтева за накнаду штете уређена је у ЗПД, чл. 415 ст. 7.

36 Brian R. Cheffins, Bernard B. Black, „Outside Director Liability Across Countries“, European Corporate Governance Institute, Working paper No. 71/2006, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=438321>, 10.3.2012, стр. 1424.

37 Престанак обавеза уређен је ЗОО, чл. 295–359 (испуњење, компензација, отпуштање дуга, новација, конфузија, немогућност испуњења, протек времена, отказ, смрт).

од права у општој теорији грађанског права није јединствено, те се оно одређује као правна радња слична правним пословима³⁸ или као једностани правни посао.³⁹ До сада се одрицање од права односило само на престанак апсолутних права (својина, заложно право). Закони који уређују материју заложног права у одредбама којима се уређује њихов престанак управо наводе могућност одрицања од права које мора бити дато у одговарајућој форми.⁴⁰ ЗОО међу одредбама о начину престанка облигације не наводи одрицање од права. Сличан по дејству начин престанка облигација јесте опроштај дуга, али то није једнострани акт повериоца већ је непоходан и пристајак дужника. Могло би се можда сматрати да је у питању повлачење тужбе или одрицање од тужбеног захтева у складу са Законом о парничном поступку (у даљем тексту ЗПП) када је тужба већ поднета (обзиром да се говори о захтеву као појму процесног права, а не о праву на накнаду штете као појму материјалног права),⁴¹ али из законске одредбе се види да је у питању ситуација када поступак још није покренут. Једино преостаје тумачење да је у питању одрицање од права на тужбу, али оваква правна ситуација није уређена у нашем праву. Правна природа оваквог одрицања нарочито би била значајна у околностима када би постојала одлука друштва овакве садржине, а ипак дође до подизања тужбеног захтева. Питање је како би са таквом тужбом требало поступити. У одредбама ЗПП не проналази се основ за њено одбацивање,⁴² већ би евентуално таква одлука могла представљати основ за приговор директора као разлог одбијања тужбеног захтева.

IV Закључна разматрања

На основу претходних излагања уочава се правни значај нове одредбе Закона о привредним друштвима којом се регулише одговорност директора за штету проузроковану привредном друштву. Поменути значај одредбе закона огледа се у неколико сегмената.

38 Види: Драгољуб Стојановић, О. Антић, *Увод у грађанско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, друго издање, Београд, 2004, стр. 312–315. Правне радње сличне правним пословима јесу чиновни воље, саопштења воље, саопштења замисли и реални акти. Одрицање од права спада у чиновне воље.

39 Обрен Станковић, Владимир Водинелић, *Увод у грађанско право*, пето издање, Номос, Београд, 2007, стр. 162.

40 Закон о хипотеци (*Службени гласник РС*, бр. 115/2005–10), чл. 51; Закон о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар (*Службени гласник РС*, бр. 57/2003, 64/2006), чл. 54.

41 Види: Закон о парничном поступку (*Службени гласник РС*, бр. 72/2011; даље у фуснотама ЗПП), чл. 202 и 349.

42 ЗПП, чл. 294.

Веома важна правна особина чл. 415 ЗПД, јесте да има карактер опште одредбе о одговорности директора за штету проузроковану привредном друштву, настале као последица повреде било које одредбе закона (ЗПД), статута или одлуке скупштине. У том погледу је заменио некадашњу одредбу о посебним случајевима имовинске одговорности која више није део садржине закона. Целисходност постојећег решења узроковано је тиме да казуистички метод није адекватан начин уређења материје одговорности за штету. Тада се увек може појавити околност која није посебно наведена, када се поставља питање на који начин у таквом случају треба поступити. Из тог разлога неопходно је постојање општег основа одговорности.

Техника уређења материје закона такође указује да чл. 415 има значајно место, јер закон на више места садржи правило о његовој сходној примени.

Веома значајан допринос новог члана закона остварен је тиме што је својом садржином омогућио нови приступ при анализи института имовинске одговорности директора привредног друштва. Као што је указано у уводним разматрањима овој теми се може приступити, поред компанијскоправног и са аспекта облигационог права. Као резултат таквог поступања добија се потпуна правна анализа, која би изостала без укључивања и теорије облигационог права, јер је чињеница проузроковања штете поред уговора најзначајнији извор облигација. Основ за укључивање и облигационог права у анализу одговорности директора привредног друштва на основу чл. 415 закона јесте чињеница да није везан за повреду конкретног института ЗПД или уопште компанијског права, а у односу на које би се посматрала одговорност директора. Члан закона прописује опште правило о понашању директора, а то је да у свом раду треба да се придржавају одредби закона, статута или одлуке скупштине. Уколико директори не поступи у складу са наведеним, онда се нису понашали онако како је требало и од њих се основано очекивало, због чега ће бити одговорни за тиме проузроковану штету. Због наведеног досадашње анализе имовинске одговорности директора друштва у нашој литератури наклоњене су компанијскоправном аспекту, јер су и посматране у односу на конкретне институте компанијског права (углавном посебне дужности према привредном друштву).

У вези института посебних дужности према привредном друштву,⁴³ већ је указано да је имовинска одговорност директора привред-

43 Посебне дужности према привредном друштву су уређене ЗПД у чл. 61–80. Више о посебним дужностима видети: М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 141–172; Ian M. Ramsay (editor), „Corporate Governance and the Duties of Company Directors“, Centre for Corporate Law and Securities Regulation, Faculty of Law, The University of Melbourne, 1997, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=92431>, 1.4.2012.

ног друштва углавном везивана за њихову повреду. Сада када у нашем праву постоји и општа одредба о одговорности, пракса би требало да дефинише њихов међусобни однос у погледу одређивања најзначајнијег основа одговорности. Теоријски посматрано општа одредба би требало да има већи значај, јер се односи на све потенцијалне околности настанка штете у раду директора друштва, док се посебне дужности односе на специфичне законом дефинисане околности. Код посебних дужности према привредном друштву наглашава се накнада штете као правна санкција која следи као последица њихове повреде, док у другим околностима само друштво треба да препозна када може истаћи захтев такве садржине, а на основу сада постојеће опште одредбе о одговорности за проузроковану штету. Важно је указати да када се каже да постоји специфичан однос опште одредбе о одговорности за штету и посебних дужности према привредном друштву, у том погледу се заправо мисли само на дужност пажње. Дужност лојалности се односи на специфичне околности које се могу појавити у раду директора друштва, а то је случај када је интерес друштва супротстављен интересу директора или са њиме повезаним лицима. Дужност пажње представља опште законско упутство о томе како директори друштва треба да се понашају, тј. који степен пажње треба да испоље приликом извршавања својих обавеза (потребно је поступати савесно, са пажњом доброг привредника у разумном уверењу да се поступа у најбољем интересу друштва).⁴⁴ Тумачењем одредбе из чл. 415 такође се уочава правило о начину понашања директора, а то је понашање у складу са законом, статутом или одлуком скупштине друштва, иако примарни задатак овог члана закона није дефинисање начина понашања директора, већ уређење правила њихове имовинске одговорности. Практика ће показати која одредба закона ће доминирати као темељ одштетних захтева тужилаца, али сама чињеница да дужност пажње представља законску обавезу подразумева да је обухваћена доменом примене чл. 415 ЗПД.

На крају се може поставити питање разлога постојања других одредби закона којима се изричито прописује санкција накнаде штете, као последица повреде одређених обавеза, ако у нашем праву сада постоји општа одредба о одговорности директора за штету проузроковану привредном друштву. Разлози за такво поступање су у потпуности оправдани. Када је у питању штета проузрокована прекорачењем овлашћења за заступање и повредом посебних дужности према привредном друштву, важно је уочити да нису директори друштва једина лица на која се те обавезе односе.⁴⁵ Са друге стране чл. 415 у свом домену примене огра-

44 ЗПД, чл. 63, ст. 1.

45 Лица која морају да се придржавају датих овлашћења за заступање дефинисана су у чл. 41, а лица која имају посебне дужности према привредном друштву у чл. 61 ЗПД.

ничен је у погледу субјеката одговорности. Обавезу поступања у складу да датим овлашћењима за заступање и посебним дужностима имају и друга лица изван домена примене чл. 415, што би у ситуацији када би се поставило питање њихове одговорности за повреду поменутих института, а у околностима без изричитог наглашавања накнаде штете као последице одређеног поступања, довело до примене општих правила облигационог права, што вероватно не би протекло без потешкоћа. Када је у питању повреда поступка стицања и располагања имовином велике вредности (као такође посебно именованог чињеничног основа одговорности), вероватно је циљ законодавца био да нагласи само одговорност оних директора који у том поступку и учествују. У случају дводомног модела управе то нису извршни директори.⁴⁶ У случају да су код уређења овог института изостале одредбе о одговорности (што не би изазвало веће потешкоће због сада постојећег општег основа одговорности), могло би се десити да као тужени буду наведени и директори који у том поступку нису учествовали, јер се општа одредба о одговорности односи на све чланове управе. У таквим околностима, свакако да би било готово немогуће доказати одговорност лица која по самом закону нису ни овлашћена да одређеном поступку учествују и сходно томе би се могао истаћи приговор недостатка стварне пасивне легитимације.⁴⁷

Jovana VELIČKOVIĆ, M.A.

Postgraduate Student, Faculty of Law University of Belgrade

LIABILITY OF MEMBERS OF THE MANAGEMENT ORGANS OF COMPANIES FOR DAMAGE CAUSED TO THE COMPANY (ART. 415 OF THE ACT ON BUSINESS ORGANIZATIONS)

Summary

This article considers the new provision (Art. 415) of the Law on business organizations, which regulates the liability of members of the management organs of companies for damage caused to the company. Content of this provi-

46 Види: ЗПД, чл. 472, ст. 3.

47 О појму стварне пасивне легитимације видети: Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, пето издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010, стр. 190.

sion is divided into seven paragraphs which regulates several questions: when there is a liability for damage caused to the company, the ground of exemption from liability, the liability of several persons (directors) for damage, prescription period for raising the claim and possibility for company to disclaim of the right to compensation. Focus of the analysis is based on defining the legal nature and legal foundation of liability (first and second paragraph) and the legal nature of the right of company to disclaim compensation request (seventh paragraph). Approach to the issue is from the aspect of Tort Law in order to achieve complete legal analysis of the subject matter. In concluding remarks is the legal significance of the existence of the new provision of Company Law, and its relationship with duties to the company, as so far the most common (factual) foundation in relation to which was observed the liability of board members for damage caused to the company, both in domestic and foreign literature.

Key words: *Art. 415 of the Law on business organizations, liability of members of the management organs of companies, legal nature and legal foundation of the liability for caused damage, disclaim of compensation request, duties owed to the company.*

СТРУЧНА МИШЉЕЊА

Гордана АЈНШИЛЕР ПОПОВИЋ
судија Привредног апелационог суда

ДЕЈСТВО ОДЛУКЕ УСТАВНОГ СУДА I УЗ. 850/10 НА ЗАПОЧЕТЕ ПОСТУПКЕ „АУТОМАТСКИХ СТЕЧАЈЕВА“

Закон о стечају је почео да се примењује 23.1.2010. године.

Одредбама члана 150 до 154 Закона о стечају регулисан је „Посебан поступак у случају дуготрајне неспособности за плаћање“.

По наведеном поступку, који се у пракси одомаћио под називом „Аутоматски стечај“, иницирано је неколико хиљада стечајева. Наведени поступак, од почетка примене изазивао је велико интересовање али и негодовање јавности, а начин на који је овај поступак регулисан свакако је условио и покретање иницијативе за оцену уставности одредаба члана 150 до 154 Закона о стечају.

Спровођење поступка оцене да ли су цитиране одредбе у складу са Уставом Републике Србије, окончано је доношењем одлуке Уставног суда Републике Србије I Уз. 850/10 која је донета на седници 12. јула 2012. године, а објављена у „Службеном гласнику Републике Србије“, бр. 71/12 од 25.7.2012. године. Наведеном одлуком утврђено је да одредбе члана 150 до 154 Закона о стечају („Службени гласник Републике Србије“, бр. 104/09) нису у сагласности са Уставом.

Одмах по објављивању наведене одлуке Уставног суда у пракси се поставило питање утицаја наведено одлуке на поступке „аутоматских стечајева“ који су у току односно на покренуте поступке дуготрајне неспособности плаћања, који су се у време објављивања одлуке Уставног суда затекли у различитим фазама поступка.

Да би се размотрило дејство наведене одлуке на поступке због дуготрајне неспособности плаћања који су у току неопходно је анализирати одредбе Устава Републике Србије као и Закона о Уставном суду.

Чланом 59 Устава Републике Србије регулисано је, да Уставни суд може одредити начин отклањања последица које су настале услед примене општег акта који није у сагласности са Уставом и законом, Одлука Уставног суда има правно дејство од дана објављивања у „Службеном гласнику Републике Србије“.

Имајући у виду наведено недвосмислено је да одредбе члана 150 до 154 Закона о стечају за које је одлуком Уставног суда утврђено да нису у складу са Уставом, престају да важе од дана објављивања наведене одлуке Уставног суда у „Службеном гласнику Републике Србије“, а то је 25.7.2012. године. То даље значи да се при доношењу одлука и решавању спорних односа, после наведеног датума не могу применити одредбе које су одлуком Уставног суда проглашене неуставним односно у супротности са Уставом.

Остало је међутим спорно питање дејства одлуке Уставног суда у ситуацијама у којима су већ донети акти на основу одредаба за које је Уставни суд утврдио да нису у складу са Уставом.

Стога нема дилеме да ће се посебни поступци по основу дуготрајне неспособности плаћања започети обавештењем НБС – организације за принудну наплату, у којима до тренутка објављивања одлуке Уставног суда у „Службеном гласнику Републике Србије“, није донето решење о отварању поступка стечаја обуставити, јер се више не могу применити одредбе члана 150 до 154 Закона о стечају, којима је био регулисан поступак у наведеној ситуацији. Стога уколико је на дан објављивања одлуке Уставног суда суду било тек поднето обавештење надлежне службе за наплату, о дуготрајној неспособности плаћања одређеног привредног субјекта, суд ће одмах по пријему истог обуставити поступак по обавештењу, без доношења било каквог решења (па ни решења о претходном стечајном поступку), јер се више не могу применити одредбе члана 150 до 154 Закона о стечају које су и биле основ за даље поступање суда у наведеној ситуацији. Такође, ако је у тренутку објављивања одлуке Уставног суда, већ било донето решење о покретању претходног стечајног поступка, уз налог да се у року од 60 дана, повериоци или стечајни дужник уплате одмерени износ предујма са захтевом да се стечајни поступак спроведе, суд такође мора поступак обуставити, али у тој ситуацији претходни поступак, а не поступак по обавештењу, и уколико је дошло до уплате средстава од стране неког од стечајних поверилаца или самог стечајног дужника, уплаћена средства вратити уплатиоцу, јер нема даље основ за поступање, а тиме ни за задржавање

уплаћених средстава. Уколико наведене уплате није било, а још увек је у току рок од 60 дана у коме се наведена уплата могла извршити, суд ће само решењем обуставити претходни поступак позивајући се управо на одлуку Уставног суда којом је искључена свака даља примена одредаба које су биле основ за његово поступање.

Свакако, најлакше је отклонити последице уколико је у поступку због дуготрајне неспособности плаћања, до објаве одлуке Уставног суда, дошло у фази претходног поступка или одмах по подношењу суду обавештења, јер се заправо искључивањем даљег поступања аутоматски и отклањају све последице дотадашњег поступања органа.

Нешто је сложенија ситуација уколико је поступајући у смислу одредаба члана 153 Закона о стечају првостепени суд донео решење да се стечајни поступак отвара и закључује, јер није било уплате предујма у току трајања претходног стечајног поступка којим је остављена могућност уплата истог у року од 60 дана. Дакле, уколико је донето решење из члана 153 Закона о стечају којим се констатује да су испуњени стечајни разлози и потом стечајни поступак отвара и уз констатацију да нема правног интереса поверилаца и дужника да се исти стечај спроводи он и закључује, од значаја је размотрити да ли је наведено решење до тренутка објављивања одлуке Уставног суда постало правноснажно или не.

Наведено са разлога што је одредбом члана 60 став 1 Закона о Уставном суду предвиђено да закони и други општи акти за које је одлуком Уставног суда утврђено да нису у сагласности са Уставом, опште прихваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима и законима, не могу да се примењују на односе који су настали пре дана објављивања одлуке Уставног суда, ако до тог дана нису правноснажно решени. То би значило да се цитиране норме члана 150 до 154 Закона о стечају, које су проглашене несавесним са Уставом не могу примењивати ни на поступак према правним лицима која су дуготрајно неспособна за плаћање, уколико решење о отварању и закључењу стечаја по принципима посебног поступка због дуготрајне неспособности (аутоматског стечаја), није постало правноснажно. Како је то фаза, међутим, када је првостепени суд већ донео одлуку, а иста још није постала правноснажна треба размотрити да ли је још увек у току рок за подношење жалбе на наведено решење, или је жалба већ поднета па је поступак по жалби спречио наступање правноснажности.

Уколико је објављивање одлуке Уставног суда наступило у тренутку када још није истекао рок за жалбу, и исто још увек није била поднета, потребно је сачекати протек наведеног рока да би се видело да ли ће бити жалбе на означену одлуку или не. У тој фази првостепени суд

не може самоиницијативно обустављати поступак, нити своје решење укидати или стављати ван снаге. Уколико жалба буде поднета мора се спровести поступак по жалби, као и у ситуацији када је жалба поднета пре објављивања одлуке Уставног суда, али о њој још није одлучено до тренутка објављивања одлуке Уставног суда.

Поступак по жалби мора бити спроведен уз поштовање одредбе члана 60 став 1 Закона о Уставном суду, а што значи да ће другостепени суд у жалбеном поступку против решења којим се стечајни поступак отвара и уз констатацију да су испуњени стечајни разлози, али да нема интереса за спровођење истог, одмах и закључује, морати да има у виду да су одредбе о посебном поступку због дуготрајне неспособности стечаја оглашене неуставним, те да се оне не могу применити, па ће стога свако такво решење које је донето на бази примене наведених одредаба, укинути и предмет вратити првостепеном суду на поновни поступак. Најправилније било би да се наведено укидање и враћање првостепеном суду уради уз напомену да наведене норме више није могуће применити, те да је стога потребно да првостепени суд размотри потребу обуставе означеног поступка, што би сигурно директно и условило такво поступање првостепеног суда, јер заправо више нема одредаба на основу којих би се по обавештењу надлежне службе Народне банке Србије, могло поступати отварањем претходног поступка или испитивањем стечајног разлога односно доношењем решења о отварању и закључењу стечаја. Како у наведеним ситуацијама није било никакве уплате предујма, па је управо то и био разлог да се одмах по отварању стечајног поступка и констатацију да су испуњени стечајни разлози, уз констатацију одсуства правног интереса за спровођење исти и закључи, у смислу члана 153 Закона о стечају, наведено поступање је и једино правилно решење.

То значи да ће у свим поступцима који су били пред Привредним апелационим судом у тренутку када је објављена одлука Уставног суда, а по жалби на решење којим се отвара и закључује поступак стечаја по процедури поступка дуготрајне неспособности плаћања, суд, уз позив на одредбе Закона о Уставном суду и донету одлуку Уставног суда, укинути наведено решење првостепеног суда и указати првостепеном суду да суштински нема више одредаба по основу којих би се тај поступак могао водити, а то ће условити обуставу истог поступка од стране првостепеног суда.

По становишту судске праксе нешто је другачија ситуација уколико је по уплати предујма од стране стечајног дужника или некога од поверилаца, у току претходног поступка у року од 60 дана, а све у поступку иницираном обавештењем надлежне службе Народне банке,

по уплаћеном предујму дошло до испитивања постојања стечајног разлога, те је на рочишту утврђено да исти постоји и стечајни поступак отворен. Цитирана одлука Уставног суда ће имати дејство на наведену одлуку наравно само уколико иста није постала правноснажна до тренутка објављивања одлуке Уставног суда. Уколико је правноснажност наступила раније не могу се применити одредбе члана 60 став 1 Закона о Уставном суду. Стога у поступку по евентуалној жалби на такво решење (с обзиром да жалба свакако одлаже правноснажност истог), неопходно је имати у виду доношење одлуке Уставног суда, датум њеног објављивања и њено дејство.

Према одредбама члана 152 Закона о стечају, предвиђено је да ће се у случају уплате предујма, даљи ток поступка одвијати према одредбама Закона о отварању и спровођењу стечаја, а које одредбе подразумевају и потребу постојања уредног и потпуног предлога за покретање стечајног поступка поднетог од стране законом овлашћеног предлагача. Стога у жалбеном поступку у ситуацији, уколико уз уплату предујма није поднет и уредан и потпун предлог, за стечај над дужником, одлука којом се отвара стечајни поступак по посебним правилима због дуготрајне неспособности плаћања, морала би бити укинута и предмет враћен у фазу претходног поступка, у коме би првостепени суд (управо због уплате предујма од стране стечајног дужника или повериоца), морао ценити чињеницу да уз уплату предујма није достављен уредан и потпун предлог за покретање стечајног поступка или уплатилац предујма уопште није поднео предлог за стечај над дужником.

Уколико је уз уплату предујма, био достављен од стране стечајног дужника или повериоца (који су уплатили предујам) уредни и потпун предлог за покретање стечаја, стекли су се услови за потврђивање решења о отварању стечаја у жалбеном поступку, наравно ако није било других пропуста у доношењу истог, јер је рочиште на коме је испитивно постојање стечајног разлога и донето решење о отварању стечајног поступка, вођено по редовној процедури, као по предлогу, а не по одредбама које су оглашене несагласним са Уставом.

Уколико међутим, уплатилац предујма није доставио потпун и уредан предлог, не би постојао иницијални акт по коме би се према одредбама у редовној процедури отварања и спровођења стечаја могло поступати, па би у тој ситуацији све зависило од чињенице да ли је достављан неуредан и непотпун предлог или уз уплату уопште није достављен ма какав предлог. Према становишту праксе и у једној и у другој ситуацији неопходно је ипак по укидању решења којим се стечајни поступак отвара (уз позивање на неуставне одредбе члана 150 до 154 Закона о стечају), затражити да се уплатилац предујма изјасни да

ли жели спровођење стечаја и да уколико жели спровођење стечаја достави уредни и потпуни предлог у остављеном краћем року, односно да достављен непотпун или неуредни предлог, уреди у наведеном смислу. Уколико у наведеном року уплатилац предујма уреди свој предлог и такав уредан и потпун предлог доставио суду, или уколико би уплатилац предујма који првобитно није уопште поднео предлог (а што је било могуће према одредбама о поступку дуготрајне неспособности), достави у остављеном накнадном року уредан и потпун предлог, стекли би се услови да суд поступа даље по одредбама о редовној процедури, што подразумева и спровођење поступка по предлогу за отварање стечаја над дужником, испитујући испуњеност стечајних разлога и евентуалним отварањем и спровођење истог.

Аутоматска обустава поступка, по укидању одлуке првостепеног суда о отварању стечајног поступка, без претходног обраћања уплатиоцу предујма са налогом да достави уредни и потпуни предлог за покретање стечаја над стечајним дужником, била би, према становишту праксе, повреда права уплатиоца предујма, с обзиром да су у претходној процедури потрошена средства која је он на име предујма уплатио, па му се иста више не би могла вратити при обустави поступка.

Свакако је потребно размотрити и ситуације у којима је у поступку иницираном обавештењем Народне банке о дуготрајној неспособности плаћања, по уплати предујма, на рочишту суд утврдио да је испуњен стечајни разлог и донео решење којим се отвара стечајни поступак, и исто је постало правноснажно пре објављивања наведене одлуке, па је објављивање наведене одлуке Уставног суда заправо затекло поступак стечаја у различитим фазама његовог спровођења. Како је решење о отварању стечаја у наведеној ситуацији правноснажно, и како се тиме спровођењем стечаја прешло са одредаба о поступку дуготрајне неспособности плаћања чл. 150 до чл. 154 Закона о стечају, на одредбе о редовној процедури спровођења поступка стечаја, то доношење и објављивање одлуке Уставног суда, према становишту праксе не може бити од утицаја на даље спровођење стечајног поступка који је у току, и то без обзира на фазу у којој се налазе. Од тренутка правноснажности решења о отварању поступка стечаја, то су стечајеви који се спроводе по редовној процедури, и чињеница да су проглашене неуставним одредбе које су биле од значаја за иницијалну фазу наведеног поступка, више нису од утицаја на само спровођење стечаја, а тиме нема ни разлога да се такав поступак спровођења стечаја, везује за дејство одлуке Уставног суда. Наведени поступци стечаја спровешће се и окончати по општим одредбама без икаквог дејства наведене одлуке.

Важно је такође размотрити дејство одлуке Уставног суда на поступање регистратора који су имајући у виду цитиране одредбе За-

кона о стечају, по правноснажности решења о отварању и закључењу стечаја, брисали наведена правна лица из регистра привредних субјеката. Уочено је да регистратор по објављивању одлуке Уставног суда својим решењем „брише упис брисања правног лица“ када је оно било последица правноснажног решења о отварању и закључењу стечаја по одредбама чл. 150–154 Закона о стечају, које су проглашене несагласним са Уставом.

Такво поступање регистратора не би се могло прихватити ни по службеној дужности, а ни у ситуацији у којој би странке односно оснивачи тј. чланови или власници капитала брисаних привредних субјеката (образлажући свој правни интерес за опстанак друштва) захтевом то од њих тражили. Дакле, иако је у пракси уочено да постоје ситуације у којима по захтеву власника капитала стечајних дужника брисаних по основу правноснажности решења о отварању и закључењу стечаја регистратори врше брисање наведеног брисања, правних лица из регистра, наведено се не би могло прихватити као правилно поступање.

Одредбама члана 61 став 2 Закона о Уставном суду, предвиђено је да предлог за измену коначног или правноснажног појединачног акта, донетог на основу Закона или другог општег акта за које је одлуком Уставног суда утврђено да није у сагласности са Уставом, опште прихваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима или законом, може да се поднесе у року од шест месеци од дана објављивања одлуке у „Службеном гласнику Републике Србије“, ако од доспелог појединачног акта, до подношења предлога или иницијативе за покретање поступка није протекло више од две године. Наведено указује да у свим ситуацијама у којима је до објављивања одлуке Уставног суда, поступак правоснажно окончан доношењем појединачног акта који је коначан или правноснажан, те стога у фази поступка у којој је дошло до објављивања, није више могуће узети у обзир одлуку Уставног суда, а последице се могу отклањати само по захтеву за измену наведеног коначног или правноснажног појединачног акта који је донет уз примену неуставних одредаба под условом да такав захтев буде поднет у року од шест месеци од дана објављивања одлуке у „Службеном гласнику Републике Србије“, ако од достављања појединачног акта до подношења предлога или иницијативе за покретање поступка није протекло више од две године. Захтев се подноси органу који је донео одлуку на основу прописа за који је утврђено да је несагласан са Уставом. У конкретној ситуацији то би значило да с обзиром да је решење суда којим се отвара и закључује стечај у смислу члана 154 Закона о стечају, донета применом одредаба за које је утврђено да нису у сагласности са Уставом, било потребно да заинтересовано лице поднесе предлог за измену наведеног

решења првостепеном суду уз позив на примену наведених одредаба и одлуку Уставног суда и то у законом прописаним роковима. По таквом предлогу за измену, суд као орган који је донео појединачни акт морао би исти изменити и тек тада би се стекли услови да и сам регистратор изврши брисање извршеног брисања правног лица из регистра односно да правно лице као активно друштво буде уписано у исти регистар.

Регистратор, међутим, не може директно вршити брисање на основу предлога за измену коначног акта поднетог од стране оштећеног лица, јер његово решење о брисању и није засновано на одредбама о „аутоматском стечају“ које су сходно одлуци Уставног суда у супротности са Уставом, већ је његово поступање засновано на правноснажној судској одлуци којом се отвара и закључује стечај, а у чију се правилност он не сме упуштати.

Стога тек кад суд измени решење које је било основ брисања, стећи ће се услови и да регистратор реагује, односно изврши брисање решења из регистра. Самостално поступање регистратора без обзира на чињеницу да и даље опстаје решење суда које је правноснажно и којим је поступак стечаја отворен и закључен доводи до апсурда да постоји правноснажно решење о закључењу стечаја, а нису спроведене обавезне последице брисања правног субјекта из регистра привредних субјеката, односно да су радње регистратора и суда у директној супротности.

Проблеми на које се указује су се појавили у пракси одмах по објављивању одлуке Уставног суда, а у будућности ће се појавити сигурно још многи. Само пажљиво и промишљено поступање може решити наведене проблеме не повређујући права других учесника у поступку, па је стога у пракси неопходно бити веома обазрив и свакако уједначено поступати при решавању истих.

ПРИЛОЗИ

др Љубинка КОВАЧЕВИЋ
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

РАДНО И СОЦИЈАЛНО ПРАВО

Заштита старијих радника – скорашњи допринос међународних организација

У српском језику, реч „старост“ нема јединствено значење, већ једнако означава и одређени узраст, тј. животно доба, као и животни период у који ступамо у познијим годинама живота.¹ Када је реч о другом значењу, ваља имати у виду да у науци, законодавству и пракси не постоји једнодушан став о годинама у којима почиње старење,² тако да се нпр. у статистичким извештајима старијим лицима редовно сматрају старији од 60 година, док се као старији радници квалификују радници старији од 50 година (нпр. у извештајима Организације за економску сарадњу и развој), односно радници између 55 и 64 године (нпр. у актима Европске уније), а у праву Сједињених Америчких Држава, у складу са одредбама Закона о старосној дискриминацији у запошљавању (1967), старијим радницима сматрају се лица са навршених 40 година. Најшира дефиниција старијих радника садржана је, међутим, у Препоруци Међународне организације рада број 162, чијим је одредбама овај појам одређен тако да обухвата „све раднике који су, због старења, подложни да се суоче са тешкоћама у запошљавању и занимању“.³

1 Маријана Миланков, „Старосна дискриминација“, *Геронтологија*, бр. 1/2010, стр. 79.

2 Etelka Korpič-Horvat, *Aktivno staranje*, у: Etelka Korpič-Horvat, Darja Senčur Peček (ur.), „Tendence v razvoju delovnega prava“, Inštitut za delovna razmerja in socialno varnost pri Pravni fakulteti Univerze v Mariboru, Maribor, 2009, стр. 91–92.

3 *ILO Recommendation concerning Older Workers (1980)*, тачка 1.

Питање заштите старијих радника данас се убраја међу важна питања радног и социјалног права, будући да је у последњих 50 година, захваљујући унапређењу услова живота и улагањима у здравствену заштиту и образовање, утростручен број становника наше планете старијих од 60 година, а очекује се да ће у будућности он расти и много брже. Таква демографска кретања представљају један од највећих цивилизацијских успеха, али се могу разумети и као озбиљан изазов за читаво друштво. Ово посебно стога што старење становништва и продужење животног века, заједно са падом стопе фертилитета, угрожавају финансијску стабилност (и одрживост) националних система социјалне сигурности. Савладавање тог проблема претпоставља предузимање низа мера у области јавног здравља, образовања, запошљавања и радних односа, не би ли се очувала радна способност старијих радника и повећала њихова стопа запослености. Увођење ових мера, при том, претпоставља јачање *међугенерациске солидарности*, будући да се захтев за већим учешћем старијих лица у тржишту рада појављује паралелно са захтевом да се младим радницима омогући да стекну радно искуство и напредују у каријери.

Поред обавезе пружања подршке коју различите генерације дугују једна другој, а коју изражава концепција међугенерациске солидарности, заштиту старијих радника треба сагледати и у контексту концепције *активне старења*. Најопштије посматрано, активно старење подразумева старење људи у добром здрављу и њихово пуно учешће у друштвеном животу, са осећањем професионалне испуњености и независности у погледу обављања свакодневних активности. Примена концепције активног старења, отуд, рачуна на већи допринос старијих лица развоју друштва, што је потврђено и на међународном нивоу, почевши од Уједињених нација и њених специјализованих агенција.⁴ Томе ваља прибројати и различите регионалне нормативне и друге активности, које су нарочито бројне у Европи, будући да старење становништва производи озбиљне последице по европски социјални модел. Тако је Парламентарна скупштина Савета Европе усвојила Резолуцију о активном старењу,⁵ док је под окриљем Европске уније, 2012. година проглашена

4 У документима Светске здравствене организације, активно старење се разуме као процес унапређења здравља, партиципације, сигурности и квалитета живота са годинама. То посебно подразумева стварање услова за физичку, социјалну и менталну добробит и учешће старијих лица у друштву, уз приступ одговарајућој заштити, сигурности и потребној нези. Придев „активно“ у овој синтагми, при том, треба да истакне партиципативну природу концепције, будући да активно старење, поред могућности старијих лица да буду физички активни и учествују у тржишту рада, укључује и њихово континуирано учешће у друштвеним, економским, културним, духовним и грађанским активностима. World Health Organization, *Active ageing: a policy framework*, Geneva, 2002, стр. 11.

5 Parliamentary Assembly of the Council of Europe Resolution 1793 (2011) Promoting active ageing: capitalising on older people's working potential.

за *Евројску јодину активної сїарења и међуїенерацїјске солидарностїи*.⁶ Овом симболичном чину Европске уније претходио је, међутим, и низ активности које су биле усмерене превасходно на запошљавање старијих лица. Тако је у већ у првој европској стратегији запошљавања (*European Employment Strategy 1997–2004*) као један од основних циљева утврђено веће учешће старијих лица у тржишту рада. Значај тог циља потврђен је и у Лисабонској стратегији (2000–2010), која је била усмерена на повећање укупне стопе запослености на 70%, уз задатак да до 2010. године стопа запослености лица од 55. до 64. године буде 50% (*Stockholm European Council 23–24 March 2001, Presidency conclusions*). Попут већине других циљева, ни овај циљ Лисабонске стратегије није остварен (2010. године, у државама чланицама Европске уније било је запослено само 46% лица старости од 55. до 64. године), због чега је у новој стратегији раста утврђено да би до 2020. године требало обезбедити пораст стопе запослености лица од 20. до 64. године на 75%, између осталог и кроз веће учешће старијих радника.⁷

Повећање стопе запослености старијих радника сигурно није лак задатак. Његовом савладавању може допринети пре свега очување радне способности и мотивисаности за рад старијих радника, али и прилагођавање услова рада њиховим потребама. То, нарочито, претпоставља стварање подесних послова, флексибилнију организацију рада (заснивање радног односа са непуним радним временом или на даљину, флексибилну организацију радног времена и сл.), унапређење здравља и безбедности старијих радника на раду, као и *уклањање сїаросне дискриминацїје у зайошљавању*. При том ваља имати у виду да у најважнијим међународним инструментима за заштиту људских права, а, исто вреди и за уставе већине држава, старост није непосредно забрањена као основ дискриминације, будући да у време усвајања ових извора, старење становништва и пратеће демографске промене

6 Decision No. 940/2011/EU of the European Parliament and of the Council of 14 September 2011 on the European Year for Active Ageing and Solidarity between Generations (2012), *Official Journal L* 246, 23.9.2011., стр. 5–10. Почевши од 1983. године, Европске заједнице (Европска унија), сваке године бирају једну тему од општег интереса на коју желе да скрену посебну пажњу јавности и подстакну комунитарне институције, као и државне органе, социјалне партнере и невладине организације у државама чланицама на предузимање потребних мера како би се променио однос према одређеном питању. У том циљу, Европска комисија проглашава тзв. европске године, које су до сада биле посвећене, између осталог, малим и средњим предузећима и занатлијама (1983), животної средини (1987), безбедности, хигијени и здрављу на раду (1992), старим лицима и међугенерацїјској солидарности (1993), доживотном образовању (1996), лицима са инвалидитетом (2003), професионалној мобилности (2006), једнакости шанси (2007), борби против сиромаштва и социјалне искључености (2010) и волонтирању (2011).

7 Europe 2020: A strategy for smart, sustainable and inclusive growth (COM/2010/2020 final).

нису представљале тако изражен изазов као данас.⁸ Ипак, и поред тога, постоји могућност да се забрана дискриминације по основу старости изведе из отворено изречених елемената, будући да у предметним изворима права није утврђен *numerus clausus* основа дискриминације, већ само неки, нарочито значајни основи, заједно са тзв. каучук клаузулом. Такође, треба имати у виду да је питање старосне дискриминације непосредно уређено законима само у малом броју држава. Први од њих усвојен је 1967. године, у Сједињеним Америчким Државама (*Age Discrimination in Employment Act*),⁹ док се у европским државама предметно питање редовно уређује под окриљем општег закона о забрани дискриминације или матичног закона за област радних односа, тако да су ретки закони који за искључиви предмет уређивања имају, управо, старосну дискриминацију (нпр. у Великој Британији и Холандији).¹⁰

Снажан подстрек за уређивање ове материје у европским државама представља ступање на снагу Директиве Савета 2000/78/ЕЗ, јер њоме упостављен општи оквир за једнако поступање у запослењу и занимању подразумева, између осталог, и забрану дискриминације на основу животног доба.¹¹ Пресудан допринос прецизирању забране овог облика дискриминације дала је *јуриспруденција Суда правде Европских*

8 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General comment 6: The economic, social and cultural rights of older persons, 1995, E/1996/22, став 11. Изузетак од овог правила представљају Међународна конвенција о правима свих радника миграната и чланова њихових породица (члан 7) и Повеља о основним правима у Европској унији (члан 21), у којима је животно доба непосредно забрањено као основ разликовања. Повељом о основним правима у Европској унији признато је и право старијих лица да живе достојанственим и независним животом (члан 25), док је Ревидираном европском социјалном повељом (*Службени гласник РС*, бр. 42/09) зајемчено право старијих лица на социјалну заштиту у најширем смислу речи (члан 23). Више о заштити права старијих лица у светлу феномена „фрагментације“ људских права вид. у Frédéric Mégret, „The human rights of older persons: a growing challenge“, *Human Rights Law Review*, бр. 1/2011, посебно стр. 47–51.

9 Америчким Законом о старосној дискриминацији у запошљавању испрва су била заштићена сва лица старија од 40 и млађа од 65 година; круг заштићених лица је касније проширен на запослене од 40. до 70. године, да би последњом новелом горња старосна граница за заштиту старијих радника била укинута. У литератури се, међутим, истиче да су ове законске одредбе неправичне јер ускраћују заштиту лицима млађим од 40 година, иако и она могу бити суочена са ризиком старосне дискриминације, нарочито ако обављају одређене послове (нпр. посао ТВ-водителја или манекена). В. В. Woodruff, „Unprotected until forty: the limited scope of the age discrimination in Employment Act of 1967“, *Indiana Law Journal*, бр. 4/1998, стр. 1295–1312.

10 Pierre Bailly, Jean-Philippe Lhernould, „Discrimination en raison de l'âge: sources européennes et mise en œuvre en droit interne“, *Droit social*, бр. 3/2012, стр. 224.

11 Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation (*Official Journal L 303*, 2.12.2000., стр. 16–22).

заједница (Евројске уније), који је последњих година донео неколико значајних пресуда о овом питању. У том смислу, најпре ваља поменути знамениту пресуду у случају Манголд (*Mangold*), у којој је подцртано да потреба да се олакша запошљавање старијих радника не сме да буде злоупотребљена на начин да се са њима закључује уговор о раду на одређено време и онда када за то не постоје оправдани разлози (дакле, и у случају послова за којима постоји трајна или, макар, дуготрајнија, потреба послодавца).¹²

Пресуде Суда у Луксембургу значајне су и за правилније разумевање изузетака у којима је допуштено разликовање радника према животном добу. С тим у вези, треба имати у виду да се од послодавца очекује да у доброј вери бирају кандидате за запослење на основу способности, вештина и умећа значајних за успешно обављање послова, тако да послодавац може да прави разлику између лица која траже запослење, али не сме да их дискриминише.¹³ Изузетни случајеви у којима послодавац има оправдан разлог да различито поступа према радницима се, при том, односе на ситуације у којима би забрана различитог поступања могла да доведе у питање обављање конкретних послова, јер одређено животно доба представља *йрави, одлучујући услов за усјешно обављање йосла*, нпр. из здравствених и безбедносних разлога (заштита запослених на пословима са повећаним ризиком). Европски суд правде је, тако, утврдио да навршених 30 година може бити утврђено као горња старосна граница за запошљавање ватрогасаца, јер је то неопходно за

12 Суд је одлучивао о допуштености одредаба немачког Закона о радном односу са непуним радним временом и на одређено време, према којима су старија лица (испрва су то била лица која су у тренутку заснивања радног односа била старија од 58 година, да би последњом новелом граница била спуштена на 52 године) могла да закључују уговор о раду на одређено време независно од законских ограничења која важе за друге запослене. Констатовано је да је као *једини* критеријум за закључивање уговора о раду на одређено време била утврђена старост као таква, дакле, независно од структуре радне снаге на немачком тржишту рада и независно од личне ситуације сваког запосленог. Послодавцима су на тај начин биле „одрешене руке“ да сваком раднику старијем од 52 године, без разлике (дакле, без обзира да ли је пре закључивања уговора био незапослен или не, односно независно од дужине периода незапослености), понуде закључење уговора о раду на одређено време, уз могућност да са њим изнова закључују ову врсту уговора неограничени број пута, тј. све док радник не испуни услове за одлазак у пензију. Спорне законске одредбе се, у том смислу, не могу разумети као прикладно и нужно решење за обезбеђење заштите старијих радника на тржишту рада (за разлику од неких других мера за решавање проблема незапослености старијих лица), већ, по оцени Суда, успостављају непосредну старосну дискриминацију. Пресуда у случају C-144/04 (*Werner Mangold v. Rüdiger Helm*) од 22. новембра 2005. године (*European Court reports* 2005, стр. I-9981).

13 Marie-Thérèse Lanquetin, „Le principe de non-discrimination“, *Droit ouvrier*, mai 2001, стр. 187.

обезбеђивање „операционалне способности и доброг функционисања професионалне ватрогасне службе“. ¹⁴ Ово посебно стога што се са годинама, смањују респираторни и мускуларни капацитети, као и друге нарочите здравствене способности које се захтевају од ватрогасаца, тако да изузетно мали број старијих радника има довољне способности за безбедно и делотворно учешће у акцијама гашења пожара и спасавања људи. Пред Судом је испитиван и колективни уговор закључен за авио-компанију Луфтханза (*Lufthansa*) којим је, због безбедности ваздушног саобраћаја, било предвиђено да лицима запосленим на пословима посаде авиона у овој авио-компанији аутоматски престаје радни однос када наврше 60 година живота. ¹⁵ Суд је закључио да одређени број година живота може представљати услов за заснивање радног односа, будући да пилоти морају имати посебне здравствене способности које им омогућавају да својим радом не угрожавају јавну безбедност, а, које се, по правилу, смањују са годинама. Тиме, међутим, није искључен захтев да ограничења која се тичу старијих радника морају бити неопходна за заштиту јавне сигурности и сразмерна овом циљу. У том смислу, Суд је констатовао да правила о контроли здравствених и других способности пилота (која се предузима ради избегавања аеронаутичких незгода) делотворно доприносе безбедности ваздушног саобраћаја и онда када су пилоти старији од 60 година. Ипак, у средишту одлуке Суда нашао се аргумент да спорне одредбе колективног уговора нису биле усклађене са меродавним немачким законима и одговарајућим међународним стандардима летења (*Joint Aviation Requirements – Flight Crew Licensing 1.060a*) према којима титулари пилотске лиценце имају право да лете као чланови посаде авиона до 65. године. ¹⁶

Поред разлога професионалне нужности, Европски суд правде је квалификовао као оправдане разлоге за разликовање радника према старости и следеће разлоге: унапређење могућности младих радника за запослење; стварање услова за делотворно планирање запошљавања радника; правичнију међугенерациску расподелу могућности за запо-

14 Пресуда у случају C-229/08 (*Colin Wolf v. Stadt Frankfurt am Main*) од 12. јануара 2010. године (*European Court reports*, 2010, стр. I-0000).

15 Пресуда у случају C-447/09 (*Reinhard Prigge, Michael Fromm, Volker Lambach v. Deutsche Lufthansa AG*) од 13. септембра 2011. године.

16 Ипак, потоњи извори предвиђају и одређена ограничења, укључујући правило да пилоти старији од 60 година смеју да лете само уколико се у летачкој екипи налази и пилот који је млађи од 60 година. Иако би потоња мера предострожности могла сугерисати да навршених 60 година може да угрози способност за обављање пилотског позива, Суд је протумачио меродавне изворе права на начин да пилоти млађи од 65 година испуњавају физичке и друге захтеве за безбедно обављање посла (издржљивост, снагу, концентрацију и др.), што је било довољно за одлуку да је пилотима Луфтханзе неоправдано престао радни однос.

слење; обезбеђивање заступљености различитих генерација у одређеној радној средини, ради размене искустава и нових идеја; стварање услова за лакше учешће старијих радника у тржишту рада.¹⁷ То, нарочито вреди за случајеве у којима је разматрано значење које забрана старосне дискриминације има у светлу *йресџанка радној односа збој љзв. навршења радној века*. По оцени Суда, примена правила о овом основу престанка радног односа представља различито поступање према радницима на основу старости, али се не може квалификовати као старосна дискриминација, будући да има за циљ успостављање равнотеже између различитих социјалних, економских, политичких и демографских захтева, тако да доприноси тзв. међугенерациској правди и остваривању одређених циљева политике запошљавања (смањење незапослености младих и др.).¹⁸ Ово тим пре што се предметни основ престанка радног односа може применити само под условом да је запослени остварио одређени минимални стаж осигурања који му обезбеђује стицање права на старосну пензију.¹⁹ Европски суд правде је, тако, закључио да клаузуле шпанских колективних уговора о престанку радног односа због навршења година живота у којима се може стећи право на пензију не успостављају дискриминацију, зато што су донете као део националне стратегије за обезбеђивање веће стопе запослености и правичније међугенерациске расподеле могућности за запослење.²⁰ По оцени Суда, легитимности предметног правила доприноси и то што је изнедрено у поступку колективног преговарања, који омогућава лакше прилагођавање радноправних норми конкретним ситуацијама и компромис између међусобно супротстављених, легитимних интереса друштва (интерес да се обезбеде веће могућности за запошљавање мла-

17 Тако је, примера ради, утврђено да правило на основу којег су послови стоматолога у Немачкој били доступни само радницима млађим од 68 година није сагласно са комунитарним стандардима, јер ова старосна граница није била постављена за све стоматологе, како би захтевала потреба заштите здравља пацијената, већ само за једну одређену групу стоматолога (стоматологе који су пружали услуге на основу уговора закљученог са касом за здравствено осигурање /енгл. *panel dentist*, фр. *dentiste conventionnel*). Пресуда у случају C-341/08 (*Domnica Petersen v. Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe*) од 12. јануара 2010. године (*European Court reports*, 2010, стр. I-0000).

18 Frédéric Mégret, „The human rights of older persons: a growing challenge“, *Human Rights Law Review*, бр. 1/2011, стр. 61.

19 За анализу упоредноправних решења о (не)допуштености престанка радног односа због навршења година живота које представљају услов за одлазак у пензију вид. Andrew Wood, Marisa Robertson, Dominika Wintersgill, *A comparative review of international approaches to mandatory retirement*, Department for Work and Pensions, London, 2010.

20 Пресуда у случају C-411/05 (*Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA*) од 16. октобра 2007. године (*European Court reports*, 2007, стр. I-8531).

дих) и радника старијих од 65 година (интерес да наставе да раде, како би могли да обезбеде веће приходе и касније остварују више пензије).²¹

О престанку радног односа због навршења радног века одлучивано је и у случају Розенблат (*Rosenblatt*), који се тицао оправданости аутоматског престанка радног односа чистачице која је навршила 65 година живота, а желела је да настави да ради, будући да скромна пензија на коју би имала право није била довољна за њено и издржавање њеног детета са инвалидитетом. Суд је закључио да забрана старосне дискриминације није неспојива са престанком радног односа због навршења година живота које представљају услов за одлазак у пензију, чак и ако је извесно да ће старосна пензија на коју запослени има право бити недовољна. Ово стога што правило о престанку уговора о раду не подразумева и аутоматски одлазак запослене у пензију, нити њено дефинитивно напуштање тржишта рада, будући да, као титулар права на рад, може да настави да зарађује за живот на основу новог запослења (код новог или претходног послодавца).²²

Премда заштиту старијих радника прате бројне дилеме, могуће је уочити да међународне организације за њу везују најмање два циља. Први циљ тиче се примене начела једнакости и забране дискриминације, будући да разликовање радника које није неопходно због разлога професионалне нужности или легитимних циљева политике запошљавања повређује њихово достојанство, а у случају ограниченог приступа тржишту рада, суочава раднике са ризиком сиромаштва и социјалне искључености. Осим тога, заштита старијих радника треба да допринесе савладавању негативних последица актуелних демографских кретања, а, пре свега, успостављању и очувању финансијске равнотеже и одрживости система социјалне сигурности.²³ У средишту заштите старијих радника се, отуд, мора наћи и питање очувања њихове радне способности и мотивисаности за рад, чему може допринети, између осталог, и по-

21 Claire Kilpatrick, „The Court of Justice and Labour Law in 2010: a new EU Discrimination Law architecture“, *Industrial Law Journal*, бр. 3/2011, стр. 293–294.

22 Пресуда у случају C–45/09 (*Gisela Rosenblatt v. Oellerking Gebäudereinigungsgesellschaft mbH*) од 12. октобра 2010. године (*European Court reports*, 2010, стр. I–0000). Суд је слично резонувао и у скорашњој пресуди у случају C–141/11 (*Torsten Hörnfeldt v. Posten Meddelande AB*) од 5. јула 2012. године, закључивши да се старосна дискриминација не успоставља одредбом шведског Закона о заштити запослења којом је прописано да запосленом може престати радни однос само због чињенице да је навршио 67 година живота и то, без узимања у обзир висине старосне пензије на коју ће радник имати право, тј. независно од чињенице да ће, због дугогодишњег рада са непуним радним временом, предметна социјална престаџија бити изузетно скромна.

23 Simonetta Manfredi, Lucy Vickers, „Retirement and age discrimination: Managing retirement in higher education“, *Industrial Law Journal*, бр. 4/2009, стр. 344–345 и 363.

себна заштита у погледу безбедности и здравља на раду, право на додатне дане годишњег одмора, посебна заштита приликом отказа уговора о раду и ограничавање ноћног и прековременог рада (рад само уз писану сагласност старијег радника). На одговарајуће политичке и законодавне мере морају се надовезати и мере које ће предузимати социјални партнери, у циљу развијања културе активног старења и спречавања старосне дискриминације. Ипак, ове мере треба примењивати опрезно, будући да постоји опасност да се подстицање старијих лица да буду активнија може разумети и као позив за сужавање њихове заштите у оквиру система социјалне сигурности. Такво тумачење чини се неприхватљивим, због чега се приликом спровођења реформи пензијског система, система запошљавања и система радних односа морају уважити потребе *свих ируиа старијих лица*, укључујући многобројну групу лица од којих није реално очекивати да раде и након навршене 65. године живота, као и лица која нису у прилици да остваре довољна социјална давања.²⁴

24 Parliamentary Assembly of the Council of Europe Resolution 1793 (2011) Promoting active ageing: capitalising on older people's working potential, став 4.

ПРИКАЗИ

мр Лука БРЕНЕСЕЛОВИЋ

Нова и важна књига о јапанском привредном праву и правној култури: Handbuch Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, приредили: Harald Baum и Moritz Bälz; Carl Heymanns Verlag 2011, LXXIV + 1726 стр.

У Немачкој је прошле године изашао опширан приручник, чији је главни циљ да пружи увид и олакша читаоцима сналажење у јапанском, како привредном, тако и правном животу уопште. Но, како између нашег и јапанског правног поретка постоје значајна културно-историјска и структурална подударана, уверен сам да би ова књига могла бити интересантна не само нашим привредницима и чиновницима Министарства иностраних послова који се из пословних и службених разлога интересују за јапанско право – такав читалац ће се вероватно и другачије снаћи –, већ нарочито за нашу правну науку, и посебно науку привредног права која би од извесних поређења са јапанским приликама могла имати користи.

Што је једна овако озбиљна и обимна књига, на безмало две хиљаде страна, изашла у Немачкој није никакво изненађење и случајност. Управо је 2010. године, пред сам излазак Приручника, немачка адвокатска канцеларија *Sonderhoff & Einsel* прославила стоту годишњицу пословања у Токију. Осим те и других канцеларија, у Немачкој се јапанско право традиционално проучава институционализовано: на универзитетима и у *Max Planck* институту за упоредно и међународно приватно право у Хамбургу. Тај Институт уредио је нарочит реферат за јапанско право, чији је директор управо један од приређивача Приручника проф. *Harald Baum*. Други је приређивач проф. *Moritz Bälz*, који на Правном факултету у Франкфурту редовно држи предавања из јапанског права. Редовно у Немачкој излази и часопис који је посвећен искључиво јапанском праву: *Zeitschrift für Japanisches Recht*.

1. Приручник и контекст јапанског права

Јапанско је право нашим правницима углавном велика непознаница, што је штета јер између јапанског правног поретка и нашег постоје бројна готово куриозна подударања. Постоји додуше један узак круг наших аутора који су писали о јапанском праву, али нема говора да је познавање правних прилика у Јапану неки општи топос међу нашим правницима.¹

До друге половине 19. века јапанско је друштво било затворено и углавном лишено свакаквих страних утицаја. У следећем *Меиџи/Меиџи*-периоду, у другој половини 19. века, Јапан је отворио врата за западне привредне и културне утицаје. У том циклусу дошло је до масовне рецепције европског, прво француског, а затим и немачког концепта правног поретка и правних института. Али та рецепција, дабоме, није могла да избрише наслеђени начин мишљења и правног опхођења, због чега су се у Јапану развиле бројне културноправне специфичности које се могу сабрати под одредницу *јравној дуализма* (у Приручнику, § 1).

Тај правни дуализам истог је карактера као и правни дуализам у Србији, што није случајност већ последица сличног историјског контекста, у коме су бројне уредбе и решења из страног, поглавито немачко-аустријског права, преузимане не с обзиром на нарочити смисао који имају у погледу уређења друштвених односа у Немачкој или Аустрији, већ као некакви облици и модели чијим усвајањем се тобоже непосредно модернизује друштво. Како сами правни облици који су уведени, у стварности у многим случајевима никако нису одговарали друштвеним потребама и оправданим друштвеним схватањима, то се и у Јапану, подједнако као и код нас, држи да је неки облик срамоте, претеривања или шикане када се једна страна у уговорном односу обрати суду ради одстрањења правних недоумица и заштите права (уп. у Приручнику, § 1, 27-36).

Интересантно је и посматрати како се Уставни односно Врховни суд у далеком Јапану, управо због упоредивог контекста правне рецепције и дуализма, на исти начин не меша у свој посао као и наш Уставни суд, и управо на сличан начин повлађује политичким струјама као што то чини и наш суд. Значајна подударања постоје и у односу према уговорима, где се писмени и уопште сваки дугорочни облици уговорања на категоријалном плану слабо цене и поштују. Уместо тога у првом плану стоји лични однос међу уговарачима; једно начелно настојање да се заједнички врши неки посао ставља се изнад слова и одредби утаначених уговора.

1 Тек је недавно изашла књига проф. Ђуровића и проф. Љиљане Марковић, која предаје јапански језик на Филолошком факултету у Београду: Радомир Ђуровић, Љиљана Марковић, *Правни систем Јапана*, Београд 2011.

*

Нарочитом академском оквиру у коме је настао, Приручник дугује и методолошку утемељеност по којој се истиче. Упоредноправна анализа у Приручнику није схваћена као апстрактно поређење одредби, већ као функционално, културно осетљиво сагледавање прописа у контексту правног живота и смисла који им јапанске специфике дају (§ 1, 4-5). Тај правнометодолошки концепт доведен је, већ према предмету приручника, и у везу са новијим настојањима у економији да се осим поставки разумног избора разраде и признају културни и институционални обрасци привредног живота (§ 1, 6). Са друге стране, велики број излагања је у складу са немачком правном традицијом доведен до нивоа који омогућава читаоцу да у највећој мери практично сагледа правне карактеристике и домет појединачног случаја од кога, можебити, полази.

Приручник је тематски подељен у 32 поглавља, при чему последња два поглавља обухватају немачко-јапански речник најважнијих правних термина и немачко-енглеску библиографију издања о јапанском праву. Прво и друго поглавље књиге садрже основне податке о историји и карактеристикама јапанског правног поретка као и о институционалном оквиру јапанског права. Посебан значај дат је правним професијама и школовању правника (§ 2, 45-83).

Након дугог ратног стања, Јапан је између 1603. и 1868. године политички консолидован. У том периоду нарочите диктатуре границе Јапана биле су херметички затворене за стране утицаје, са чиме се подудара и чињеница да се Јапан узмакао тада преовлађујућим колонијалним утицајима у остатку источне Азије. До средине 19. века владали су феудални односи. У том периоду развила се нарочита правна свест, чија је једна од главних карактеристика била да су правни спорови међу појединцима држани за заваду и морално посрнуће и да се власт, осим изузетно, ни на који начин у те спорове није мешала (§ 1, 9). За разлику од европских друштава која су стајала под утицајем римског права, где је право управо пре свега схватано као поредак правог расуђивања односа међу људима, дотле је у Јапану право појмовно било ограничено на уредбе и наредбе највише власти.

Под војном присилом Сједињених Америчких Држава, Јапан је 1853. године отворио луке и обавезао се неповољним билатералним уговорима да ће странцима обезбедити нарочите трговинске и личне повластице. Ти су догађаји у Јапану схваћени као велико понижење тако да је 1868. године свргнута вишевековна диктаторска власт (шо-гунат) и поново успостављена врховна државна власт цара (§ 1, 12). У надолазећем новом периоду развило се уверење да је за војну само-

сталност земље неопходна снажна привреда, а да је привредни напредак могућ само ако се заведе и правни систем који је у другим земљама пропратио економско успињање. На тој премиси у Јапану је отпочела не само широка законодавна рецепција страних правних решења, већ је и велики број младих Јапанаца послат на студије у иностранство.

У првом времену рецепције, посебна је пажња поклањана француском праву, али тзв. Стари грађански законик из 1890. године, који је мање-више стајао у француској традицији, никад није ступио на снагу. Уместо тога, преовладало је уверење да се треба наслонити на тада најмодернију кодификацију – на нацрте немачког Грађанског законика. На тој основи је, уз опширно преиспитивање и правно поређење израђен јапански Грађански законик из 1896. године, такозвани Минпо, који и данас важи (§ 1, 16-20).

Привредно право било је прво уређено тзв. Старим трговачким закоником, који је важио од 1893. до 1899. Тај је законик према расподели грађе опонашао француску традицију, али су му се одредбе углавном ослањале на немачка решења. Нови Трговачки законик ступио је затим на снагу 1899. године, а интересантно је да је намерно био ослоњен на нека старија немачка решења, зато што су јапански правници држали да је немачки трговачки законик из 1897. године и сувише модеран за јапанске прилике. Тај је „Нови законик“ остао у Јапану концептуално неизмењен све до 2005. године када су облици привредних друштава уређени у засебном „Закону о друштвима“. (§ 1, 22).

Након Другог светског рата, под утицајем савезничко-америчке управе, јапанско право је у извесним сегментима, а нарочито у погледу устава, и управо у погледу права привредних друштава приближено америчком праву (§ 1, 23). Јапански законодавац традиционално доноси одлуке на широкој упоредноправној основи, тако да је почев од 80-их година 20. века приметан и утицај европског комунитарног права (§ 1, 25). У првом реду као примери тог најновијег утицаја могу се навести прописи о заштити потрошача и прописи који уређују одговорност произвођача ствари са недостатком.

За развој читавог јапанског правног система посебно је значајна привредна криза која је захватила Јапан на крају 20. века. Та је криза била повод и подстицај држави да спроведе бројне правосудне реформе. На основи разних социолошкоправних опажања и непосредних увида настоји се да се у Јапану заведе правна држава у материјалном смислу. Савет за реформу правног система овако је 2010. године поентирао целу ствар:

„How must the various mechanisms comprising the justice system and the legal profession, which serves as the bearer of that system, be

reformed so as to transform the spirit of the law and the rule of law into the 'flesh and blood' of Japan? In other words, how should those mechanisms and the legal profession be reformed so as to make the law (order), which serves as the core of freedom and fairness on which 'our country' should be based, broadly penetrate the entire state and all of society and become alive in the people's daily life?" (у Приручнику § 1, 46).

2. Преглед садржаја Приручника по главама

Приручник је осмишљен као књига о привредном и „економском“ одн. јавном привредном праву, али у суштини садржи излагања о свим правновалентним ситуацијама које су битне за пословање у Јапану. Осим наведених поглавља на почетку и крају књиге, срж приручника чине следеће тематске целине:

Излагање почиње са правом привредних друштава (§ 3), нашта се затим надовезује увод у привредно право, са посебним излагањима о купопродаји, обезбеђењу, облицима заступања, превозу робе и складиштењу (§ 4). Дугогодишњи адвокат у Токију *Jörn Westhoff* скицирао је уобичајан ток пословања инвеститора који улажу у Јапан (§ 5). Следећи блок посвећен је тржишту капитала и ограничењима код преузимања привредних друштава (§ 6, 7).

Затим следе излагања о праву осигурања (§ 8); о радном праву, систему социјалне заштите и условима запошљавања и пословања странца у Јапану (§ 9); о општим установама уговорног права (§ 10) и општим условима пословања (§ 11); о праву накнаде штете и одговорности произвођача за ствари са недостатком (§ 12); о заштити потрошача (§ 13); о реалним и личним обезбеђењима (§ 14, 15); о непокретности, куповини и изнајмљивању пословних просторија и јавноправним одредбама о изградњи (§ 16); о заштити конкуренције и ограничењима тржишног наступања (§ 17, 18); о заштити интелектуалне својине (§ 19-23); о пореском праву (§ 24) и књиговодству (§ 25); о међународном приватном праву (§ 26); о парници, извршењу и привременим мерама (§ 27); о поравнању, медијацији и арбитражи (§ 28); о стечајном поступку (§ 29); о кривичноправним мерама сузбијања привредног криминалитета (§ 30); о животној средини и њеној заштити (§ 31).

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Чланак не би требало да буде дужи од 16 страна од 28 редова са 66 знакова у реду, односно 28.800 знакова, фонт *Times New Roman* 12.

Чланак на српском језику треба да буде писан ћирилицом, осим страних речи и речи на латинском језику, које се пишу латиницом и курзивом (косим словима, односно италики).

Чланак мора да на почетку садржи резиме, са основном садржином и резултатима рада, као и кључне речи на српском језику, а на крају такође резиме и кључне речи на енглеском језику. Резиме може да има највише 15 редова, док кључних речи може да буде највише седам.

Наслов чланка се пише на средини, великим словима. Наслови унутар чланка морају да имају следећи формат.

- 1) *Први ниво наслова* – на средини; нумерација: римски број (нпр. I, II, III, итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 2) *Други ниво наслова* – са леве стране; нумерација: арапски број са тачком (нпр. 1., 2., 3., итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 3) *Трећи ниво наслова* – са леве стране; курзив (коса слова, италики); нумерација: мало слово азбуке са затвореном заградом (нпр. а), б), в), итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 4) *Четврти ниво наслова* – са леве стране; нумерација: арапски број са затвореном заградом (нпр. 1), 2), 3), итд.); прво слово велико, а остала мала.

Пример:

I Појам

1. Терминологија

a) *Терминологија у ујоредном праву*

1) Немачко право

Чланак се предаје у електронском облику.

Редакција часописа задржава право да чланак прилагоди јединственим стандардима уређивања и правописним правилима српског и енглеског језика.

ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

1. Књиге

a) Књиге се цитирају на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, наслов дела наведен курзивом, евентуално редни број издања, место издања, година издања, скраћеница стр., број стране.

Пример: Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, 9. издање, Београд, 2006, стр. 100.

Roy Goode, *Commercial Law*, 3rd edition, London, 2004, стр. 429.

б) Када се цитира књига више аутора, њихова имена и презимена се раздвајају зарезом.

Пример: Драгиша Слијепчевић, Слободан Спасић, *Коментар Закона о сјечајном уопштујуку*, Београд, 2006, стр. 67.

Hubert de Vauplane, Jean-Pierre Bornet, *Droit des marchés financiers*, 3^e édition, Paris, 2001, стр. 243.

в) Књига коју је неко лице приредило као уредник се цитира тако што се након његовог имена и презимена у загради наводи ознака „уредник“ или скраћеница „ур.“, односно одговарајућа ознака на језику на ком је књига објављена.

Пример: Мирко Васиљевић (уредник), *Акционарска друштва, берзе и акције*, Београд, 2006, стр. 27.

Fidelis Oditah (editor), *The Future for the Global Securities Market*, Oxford, 1996, стр. 74.

Heinz-Dieter Assmann, Rolf A. Schütze (Hrsg.), *Handbuch des Kapitalanlagerechts*, München, 1990, стр. 55.

- г) Када се цитира једна књига одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, након чега се додаје скраћеница *нав. дело* курзивом, потом стр. и број стране.

Пример: М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 102.

R. Goode, *нав. дело*, стр. 431.

- д) Када се цитира више књига истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, након чега се наводи пун наслов књиге курзивом, потом стр. и број стране.

Пример: Н. Јовановић, *Емисија вредносних папира*, стр. 107.

2. Чланци

- а) Чланци се цитирају на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, назив часописа курзивом, број и година издања, скраћеница стр., број стране.

Пример: Зоран Арсић, „Учешће у скупштини акционарског друштва“, *Право и привреда*, бр. 1–4/2005, стр. 23.

Klaus J. Hopt, „Aktionärskreis und Vorstandsneutralität“, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, Nr. 4/1993, стр. 535.

- б) Када се цитира чланак више аутора, њихова имена и презимена се раздвајају зарезом.

Пример: Бошко Живковић, Катарина Вељовић, „Квалитет корпоративног управљања и тржиште корпоративне контроле у условима транзиције“, *Право и привреда*, бр. 1–4/2005, стр. 43.

Michael C. Jensen, William H. Meckling, „Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure“, *Journal of Financial Economics*, Vol. 3, 1976, стр. 307.

- в) Када се цитира један чланак одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, након чега се додаје скраћеница *нав. чланак* курзивом, потом стр. и број стране.

Пример: В. Радовић, *нав. чланак*, стр. 164.

- г) Када се цитира више чланака истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, отворени наводници, пун наслов чланка, затворени наводници, потом стр. и број стране.

Пример: В. Радовић, „Стечајни исплатни редови“, стр. 184.

- д) Рад, односно чланак објављен у оквиру зборника радова или књиге, коју је неко друго лице приредило као уредник, се цитира на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, ознака „у:“, име уредника, презиме уредника, назив зборника радова, односно књиге, евентуално редни број издања, место издања, година издања, скраћеница „стр.“, број стране.

Пример: Небојша Јовановић, „Отварање и затварање привредних друштава“, у: Мирко Васиљевић (уредник), *Акционарска друштва, берзе и акције*, Београд, 2006, стр. 307.

3. Прописи

- а) Прописи се цитирају на следећи начин:

пун назив прописа, отворена заграда, гласило у коме је пропис објављен курзивом, број гласила и година објављивања, затворена заграда, скраћеница чл., ст., тач., односно пар. и број одредбе.

Пример: Закон о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 125/2004), чл. 15.

- б) Ако ће наведени закон поново бити цитиран у раду, приликом првог цитирања се после броја гласила и године објављивања наводи скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати.

Пример: Закон о регистрацији привредних субјеката (*Службени гласник РС*, бр. 55/2004 и 61/2005; даље у фуснотама: ЗРПС), чл. 3 ст. 1.

- в) Члан, став и тачка прописа означава се скраћеницама чл., ст. и тач., а параграф скраћеницом пар.

Пример: чл. 24 ст. 1 тач. 5 или пар. 14.

- г) Приликом поновљеног цитирања одређеног прописа наводи се његов пун назив, односно скраћеница уведена приликом првог цитирања, скраћеница чл., ст., тач. или пар. и број одредбе.

Пример: Закон о привредним друштвима, чл. 7.
ЗРПС, чл. 25.

- д) Прописи на страном језику се цитирају на следећи начин:

пун назив прописа преведен на српски језик, година објављивања, односно усвајања, отворена заграда, пун назив прописа на оригиналном језику 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: СА), чл. 67.

- ђ) Прописи Европске уније се цитирају на начин прописан Приручником за превођење правних аката Европске уније из 2009. године, који је доступан на сајту Канцеларије Владе Републике Србије за европске интеграције (www.seio.gov.rs).

4. Извори са Интернета

- а) Извори са Интернета се цитирају на следећи начин:

име и презиме аутора, односно организације која је припремила текст, назив текста, евентуално место и година објављивања, ознака „доступно на адреси:“, адреса Интернет странице 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 припреmila текст, и назив текста, а евентуално и скраћеница „стр.“ и број стране.

Пример: Giovannini Group, Cross-Border Clearing and Settlement Arrangements in the European Union, стр. 6.

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ

И

ЧАСОПИС „ПРАВО И ПРИВРЕДА“

**организују Двадесетдруги сусрет
правника у привреди Србије
са уобичајеним тематским областима**

Време: 29–31. мај 2013. године

Место: Врњачка Бања – конгресни центар хотела „ЗВЕЗДА“

Уредник Сусрета: проф. др Мирко Васиљевић

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

347.7

ПРАВО и привреда : часопис за привредноправну теорију и праксу / главни и одговорни уредник Мирко Васиљевић. – Год. 31, бр. 1/2 (1993) – . – Београд : Удружење правника у привреди Србије, 1993– (Београд : Досије студио). – 24 cm

Тромесечно. – Је наставак: Privredno pravni priručnik = ISSN 0032-9002

ISSN 0354-3501 = Право и привреда

COBISS.SR-ID 101774343

ЧЛАНЦИ:

Миле Рачић, Синиша Домазет

Државна помоћ и систем трговине емисијама штетних гасова у праву конкуренције ЕУ

Анета Спаић

Медијација у осигурању

Зоран Илкић

Примена европског извештаја о саобраћајној незгоди, са освртом на трзајну повреду врата

Светислав Јанковић

Специфичности имовинске одговорности за штету од изливања/избацивања нафте са брода у воду

Срђан Стојилковић

Заложно право на броду у правном оквиру Републике Србије

Јован Вујичић

Опозивост понуде према униформним правилима

Јована Величковић

Одговорност за штету чланова управе привредног друштва (члан 415 Закона о привредним друштвима)

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“