

ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7
ISSN 0354-3501

Београд
Година XLX

Број
4-6

2013

Главни и одговорни уредник

Мирко Васиљевић

Заменици главног и одговорног уредника

Небојша Јовановић

Мирослав Пауновић

Уредник

Вук Радовић

Редакција

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

Међународни издавачки савет

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

Секретар

Мирјана Радовић

Технички секретар

Радица Милић

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

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

Издавач

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ

Београд, Трг Николе Пашића 1/II

тел./факс: 3234-985

e-mail: udruzpip@eunet.rs

www.pravniciuprivredi.org.rs

Технички уредник

Јован Ђорђевић

Графичка припрема

Досије студио, Браће Недића 29, Београд

Издаје ПЕРИОДИЧНО

Штампа

„Досије студио“, Београд

ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7
ISSN 0354-3501

Београд
Година XLX

Број
4-6

2013

САДРЖАЈ

ОСНОВНА ТЕМА

Мирко **ВАСИЉЕВИЋ**

Држава и привреда 13

ПРАВО ПРИВРЕДНИХ ДРУШТАВА

Кристиа **ЈЕСЕЛ-ХОЛСТ**

Мере за унапређење баланса између полова у управи
котираних друштава у ЕУ и Немачкој..... 43

Томас **МАЈЕР**

Вредности социјалне тржишне привреде у пројектима за
правну реформу у југоисточној Европи 52

Зоран **АРСИЋ**

Пуномоћник акционара предложен од стране акционарског
друштва 71

Марко **РАЈЧЕВИЋ**, *Срђан* **РАЈЧЕВИЋ**

Правни статус оснивача привредног друштва 83

Вийомир **ПОПОВИЋ**

Привредно-правни аспекти Споразума о сукцесији имовине
бивше СФРЈ..... 101

Вук РАДОВИЋ	
Будућност компанијског права Европске уније – нови Акциони план.....	116
Таијана ЈЕВРЕМОВИЋ ПЕТРОВИЋ	
Повезивање привредних регистара на нивоу ЕУ.....	143
Кашарина ЂУЛИЋ, Тања КУЗМАН	
Транспарентност пословања листираних компанија у Србији.....	165
Ивана РОДИЋ	
Кодекс корпоративног управљања у праву Европске уније... ..	183
Јелена ЛЕПЕТИЋ	
Право акционара на постављање питања.....	207
Марко РАДОВИЋ	
Рад и услуге као улог у основни капитал привредног друштва.....	226
Јована ВЕЛИЧКОВИЋ	
Правне последице оставке директора привредног друштва..	242
Бошко ВОЈКИЋ, Ијор РАДОВАНОВИЋ	
Независни директори.....	263

ФИНАНСИЈСКА ТРЖИШТА

Бранко ВАСИЉЕВИЋ, Рајко РАДОСАВЉЕВИЋ	
Интеграција банкарског тржишта Европске уније и формирање банкарске уније.....	278
Добросав МИЛОВАНОВИЋ, Душан ПРОТИЋ, Владо КОВАЧЕВИЋ	
Потреба за доградњом правног система у вези са трговином стандардизованим робама и стандардизованим терминским уговорима.....	289

ПРАВО ПОТРОШАЧА

Рајнер КУЛМС

Колективна правна заштита у Европи – аргументи у прилог хармонизацији? 309

Драјан ВУЈИСИЋ

Потрошач као субјект правне заштите. 328

Катјарина ИВАНЧЕВИЋ

Специјализовани омбудсман за заштиту потрошача 342

Ташјана ЈОВАНИЋ

Правни ризик банака због квалификације појединих одредби уговора о стамбеним кредитима као неправичних. . 357

Владимир ВУЛЕТИЋ

Ко нема очи за гледање, има очи за плакање: антички заматак обмањујућег пословања у савременој домаћој легислативи. 382

Драјољуб СИМОНОВИЋ

Уговор о тајмшерингу у домаћем праву 400

Борко МИХАЈЛОВИЋ

Како побољшати заштиту потрошача у Републици Србији?..... 417

МЕЂУНАРОДНО ПРИВРЕДНО ПРАВО

Александар ЂИРИЋ

Традиционална и савремена улога државе као субјекта међународних трговинских односа 432

Небојша ЈОВАНОВИЋ

Правни режим страних улагања у Србију као „банана државу“..... 448

Предрај Н. ЦВЕТКОВИЋ, *Срђан* ГОЛУБОВИЋ

Самоиницијативни предлог као инструмент реализације јавно-приватног партнерства. 476

Јелена ПЕРОВИЋ

Примена *lex mercatoria* пред Међународном трговинском
арбитражом. 490

Милена ЂОРЂЕВИЋ

Пуноважност уговорних одредаба о плаћању унапред
одређеног новчаног износа за случај повреде уговора
о међународној продаји робе. 499

Слободан НЕНАДОВИЋ

Нека гледишта о питању пословне етике у праву САД 521

Сандра ФИШЕР-ШОБОТ

Конкретно одмеравање накнаде штете кад је извршена
куповина ради покрића у међународном и српском праву. 540

Маја ЛУКИЋ

Евро као Тројански коњ европског уједињења
– надвладавање суверенитета држава чланица у име
штедње и солидарности. 555

Марко ЈОВАНОВИЋ

Проблем неусаглашености правила о одређивању
преференцијалног порекла робе у међународним
трговинским споразумима 573

Велимир ЖИВКОВИЋ

Лисабонски уговор и нова Уредба 1219/2012 као основи
права заштите страних улагања Европске уније 592

Јован ВУЈИЧИЋ

Појам услуга у праву Европске уније. 605

Марија МРКШИЋ, Јована ЂУРИЧИЋ

Примена *soft law* извора на регулисање јавно-приватног
партнерства у Европској унији 618

ИНТЕЛЕКТУАЛНА ПРАВА

Слободан МАРКОВИЋ

Колективно остваривање ауторског и сродних права
од монопола ка конкуренцији 633

Божин ВЛАШКОВИЋ	
Нови приступ у одређивању опасности замене у ширем смислу.....	653
Зоран МИЛАДИНОВИЋ	
Привремене мере и мере обезбеђења доказа у случају повреде права интелектуалне својине.....	667
Јагранка ДАБОВИЋ АНАСТАСОВСКА, Валентијин ПЕПЕЉУГОСКИ	
Новине у патентном систему у Европи и САД, или случај „Apple“ против „Samsung“-а, из другог угла.....	686
Нина ПЛАНОЈЕВИЋ	
Нека запажања о могућим облицима заложног права на правима интелектуалне својине код нас.....	711
Душан ПОПОВИЋ	
Дигитализација ауторских дела и приступ делима недоступних титулара ауторског права.....	726
Сања РАДОВАНОВИЋ	
Патенти и јавно здравље – принудна лиценца за извоз фармацеутских производа.....	744
Јелена ЂЕРАНИЋ	
Унитарни патент – европски патент са унитарним дејством.....	762
Соња СПАСОЈЕВИЋ	
Међународна судска надлежност у споровима због повреде права интелектуалне својине на интернету.....	779
Владимир БОРОВАЦ	
Оправданост заштите индустријског дизајна резервних делова за аутомобиле и друге сложене производе.....	791
Ксенија ВЛАШКОВИЋ	
Наслеђивање права слеђења.....	805
УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ	815

TABLE OF CONTENTS

MAIN TOPIC

Mirko VASILJEVIĆ

State and Economy	13
-------------------------	----

BUSINESS ORGANIZATIONS

Christa JESSEL-HOLST

Measures towards Improving Gender Balance in the Boardrooms of Listed Companies in the EU and in Germany.....	43
--	----

Thomas MEYER

Social Market Economy Values in Legal Reform Projects in South East Europe (SEE).....	52
--	----

Zoran ARSIĆ

Shareholders Proxy	71
--------------------------	----

Marko RAJČEVIĆ, *Srđan* RAJČEVIĆ

Legal Status of the Founders of the Company	83
---	----

Vitomir POPOVIĆ

Commercial-Legal Aspects of the Agreement on Succession of the Property of the Former SFRY	101
---	-----

Vuk RADOVIĆ	
The Future of EU Company Law – the New Action Plan.	116
Tatjana JEVREMOVIĆ PETROVIĆ	
Interconnection of Business Registers at the EU Level.	143
Katarina ĐULIĆ, Tanja KUZMAN	
Transparency of Listed Companies in Serbia	165
Ivana RODIĆ	
Corporate Governance Code in European Union Law.	183
Jelena LEPETIĆ	
Shareholder’s Right to ask Questions	207
Marko RADOVIĆ	
Work or Supply Services as Contributions in the Subscribed Capital of Companies	226
Jovana VELIČKOVIĆ	
Legal Consequences of Resignation of a Director of a Company.	242
Boško VOJKIĆ, Igor RADOVANOVIĆ	
Independent Directors	263

FINANCIAL MARKETS

Branko VASILJEVIĆ, Ratko RADOSAVLJEVIĆ	
The European Union Banking Market Integration and the Creation of the Banking Union.	278
Dobrosav MILOVANOVIĆ, Dušan PROTIĆ, Vlado KOVAČEVIĆ	
The Need to Upgrade the Legal System Related to Trade in Standardized Goods and Derivatives	289

CONSUMER LAW

Rainer KULMS	
Collective Redress in Europe – A Case for Harmonised Rules? . .	309

Dragan VUJISIĆ	
Consumer as the Subject of Legal Protection	328
Katarina IVANČEVIĆ	
Specialized Consumer Protection Ombudsman	342
Tatjana JOVANIĆ	
Banks' Legal Risk due to Qualification of Certain Provisions of Credit Agreements Relating to Residential Property as Unfair . . .	357
Vladimir VULETIĆ	
He Who Does not Have Eyes for Looking, Has Eyes for Crying: Antique Inception of Fraudulent Business in the Contemporary National Legislation.	382
Dragoljub SIMONOVIĆ	
The Agreement of Timesharing in Domestic Law	400
Borko MIHAJLOVIĆ	
How to Improve the Consumer Protection in the Republic of Serbia?	417

INTERNATIONAL COMMERCIAL LAW

Aleksandar ĆIRIĆ	
Traditional and Modern State Role as a Subject of International Trade Relations.	432
Nebojša JOVANOVIĆ	
Legal Regime of Foreign Investments in Serbia as a "Banana State"	448
Predrag N. CVETKOVIĆ, Srđan GOLUBOVIĆ	
Unsolicited Proposal as an Instrument of Implementation of Public-Private Partnership	476
Jelena PEROVIĆ	
Application of <i>Lex Mercatoria</i> in International Commercial Arbitration	490
Milena ĐORĐEVIĆ	
Validity of Clauses on Payment of Fixed Sums for Breach of International Sales Contracts.	499

Slobodan NENADOVIĆ	
Some Perspectives on Business Ethics in the USA Law	521
Sandra FIŠER-ŠOBOT	
Concrete Calculation of Damages in Case of Substitute Purchase in International and Serbian Law	540
Maja LUKIĆ	
The Euro as Trojan Horse of European Unification – Subduing Member State Sovereignty in the Name of Austerity and Solidarity	555
Marko JOVANOVIĆ	
Effects of Conflicting Rules of Origin Contained in Preferential Trade Agreements	573
Velimir ŽIVKOVIĆ	
Lisbon Treaty and the New Regulation 1219/2012 as Foundations of Investment Protection Law of the European Union	592
Jovan VUJIČIĆ	
The Notion of Services in EU Law	605
Marija MRKŠIĆ, Jovana ĐURIČIĆ	
Using <i>Soft Law</i> Sources for Regulating Public Private Partnership in European Union	618

INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

Slobodan MARKOVIĆ	
Collective Management of Copyright and Related Rights from Monopoly towards Competition	633
Božin VLAŠKOVIĆ	
A New Approach to Defining the Risk of Replacement in a Broader Sense	653
Zoran MILADINOVIĆ	
Temporary Injunctions and Measures for Obtaining Evidence in Case of Violation of Intellectual Property Rights	667

<i>Jadranka DABOVIĆ ATANASKOVSKA, Valentin PEPELJUGOSKI</i>	
New Developments in Patent System in Europe and United States, or Apple v. Samsung Case Revisited.	686
<i>Nina PLANOJEVIĆ</i>	
Some Observations on Possible Forms of Liens over Intellectual Property Rights in Serbia	711
<i>Dušan POPOVIĆ</i>	
Digitization of Copyrighted Works and Access to Orphan Works.	726
<i>Sanja RADOVANOVIĆ</i>	
Patents and Public Health – Compulsory License for the Export of Pharmaceutical Products	744
<i>Jelena ĆERANIĆ</i>	
Unitary Patent – European Patent with Unitary Effect	762
<i>Sonja SPASOJEVIĆ</i>	
International Jurisdiction in Disputes Related to the Infringement of Intellectual Property Law on the Internet	779
<i>Vladimir BOROVIĆ</i>	
Justifiability of Protection of the Industrial Design of Spare Parts for Cars and Other Complex Products	791
<i>Ksenija VLAŠKOVIĆ</i>	
The Inheritance of Resale Rights.	805
INSTRUCTIONS FOR AUTHORS	815

ОСНОВНА ТЕМА

др Мирко ВАСИЉЕВИЋ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

ДРЖАВА И ПРИВРЕДА*

Резиме

У овом раду аутор анализира нека ошворена ишћања сћања и персјективне односа државе и привреде (вечита дилема колико командe а колико слободе, колико „видљиве руке државе и невидљиве руке тржишћа“). Аутор анализира: прво, промену карактера привредне регулативе (конститујући ширење процеса демонаполизације субјектa ове регулативе, односно ширење њеног процеса подрушћивљавања, с тим што ошћаје ошворено ишћање природе регулативе коју не одликује принудљивост извршења); друго, ишћање разграничења формалних доносилаца прописа усшавом овлашћених и фактичких (скривених) доносилаца прописа по мери својих уских интереса (среша политике и монополске привреде); треће, однос привредне регулативе и економске ефикасности; четврто, поозицију односа државе и јавних предузећа; петто, ишћање државизације и/или приватизације привреде; шесто, кaпитал учешћа државе као мањинског власника (у принцип); седмо, држава и слободе (економске, политичке, правне). Коначно, аутор закључује да је држави место у економији у регулаторној, мониторинг и развојној сфери, као и у неким посебним функцијама (дискретни економски интервенционизам у сшолној провину, подстицај неразвијених подручја, подршка сшрајешким транама и слично), као и да је привредној регулативи пошребно да буде у служби привреде, како би унапредила економску ефикасност, а не у служби политике, како не би била на услузи другим интересима а не

* Рад је написан у оквиру вишегодишњег пројекта Правног факултета Универзитета у Београду *Развој правног сшстема Србије и хармонизација са правом ЕУ – правни, економски и социолошки аспект* (2013).

економским, а ипшю неминовно има за йоследицу социјализацију и неконкурентносћ йривреде.

Кључне речи: држава, закони, йривреда, йриваййизација, државизација, јавна йредузећа, ефикасносћ, йривредне слободе, кайиййал учешћа државе.

I Уводна одређења

Светом већ пет година, без сумње, влада озбиљна економска криза,¹ која се одражава пре свега на стање привреде, а тиме и државе и друштва. Економисти и политичари се из петних жила упињу да проникну у њене узроке, како би трасирали путеве изласка. На овој основи настао је и спор присталица тзв. филозофије либералне (и неолибералне) економије („невидљива рука тржишта као регулатор“) и присталица државе² са снажнијом регулаторном функцијом и снажнијом мониторинг функцијом у функционисању прописаних правила („видљива рука државе“).³ Тврдокорност неолибералног прилаза не хаје много за берзанске крахове упоредиве са економском кризом тридесетих година прошлог века, покушавајући да то опет припише *слабосћи државе, а не слабосћи йржишћиа*, истрајавајући и даље на логици „тржишног фундаментализма“.⁴ Разлози за невиђен економски суноврат траже се у

1 У Србији дуг државе, градова, општина и јавних предузећа привреди износи око 1,2 милијарди евра. Укупан дуг предузећа и предузетника износи око 20 милијарди евра. Рачуни око 1/3 од укупно 103.000 предузећа су блокирани, а само око 15% предузећа није под блокадом. Вид. <http://www.politika.rs/rubrike/Ekonomija/Drzava>, 11.11.2012.

Дуг привреде (19.000 предузећа и 16.000 предузетника) према банкама у Србији износи око 3 милијарде евра. С обзиром на то да је ово дуговање дуже од 90 дана, банке су ове дужнике класификовале у најнижу категорију „Д“, што је захтевало повећање резервација за ове кредите код Народне банке за нових око 3 милијарде евра, што блокира практично око 6 милијарди евра због проблематичних пласмана кредита привреди, док је укупан основни капитал банака у Србији око 5,5 милијарди евра. Вид. Извештај Кредитног бироа Удружења банака Србије, *Новосћиа*, 17. март 2013.

2 Вид. Даница Поповић, „Држава да уради нешто“, *Полийишка* (рубрика: Погледи), 9. јануар 2013.

3 „Русији је неопходан повратак на државно руковођење привредом“ – закључак радне групе Руске академије наука, која се бавила евроазијским економским интеграцијама и одрживим привредним развојем највеће државе на свету. Вид. Слободан Самарџија, „Повратак државној привреди“, *Полийишка*, 4. март 2013, стр. 2.

4 Вид. Милтон Фридман, *Кайиййализам и слобода*, Нови Сад, 1996; Веселин Вукотић, „Филозофија историје кризе“, у: Веселин Вукотић *et al.* (ур.), *Криза и йлобализација*, Институт друштвених наука, Београд, 2009, стр. 11–25.

грешци државе и њеној регулативи, као и непоштовању регулативе (похлепни брокери и банкари у „унутрашњим“ редовима), а не у грешци система неолибералног капитализма. То изгледа има доста сличности са марксистичком крилатицом да „ако ишта може доћи главе комунизму, то су мангупи у његовим редовима“. Чини се да ово стање најбоље објашњава Штиглицова опаска да је „пад Берлинског зида показао да комунистичка економија не може функционисати, а пад *Leman Brothers* да исто тако не може да функционише ни „необуздани капитализам“. Управо је Џ. Штиглиц својим капиталним делом о противречностима глобализације показао погубност такве економске и законодавне политике (посебно је форсира ММФ), тзв. „шок терапије“ брзе приватизације, без обзира на националне специфичности и недостатак институционалног капацитета држава за регуларност процеса и за заштиту својинских и уговорних права, како би се што пре успоставило исто економско и правно окружење („турбо капитализам“, „казино капитализам“).⁵

Светска економска криза и посебно националне кризе почетком двадесет првог века указале су на потребу тражења „новог пута“ са „људским ликом“ („нови капитализам“, „морални капитализам“, „државни капитализам“, „хумани капитализам“). На том путу време је за преиспитивање и улоге тржишта и улоге државе.⁶ О тој дилеми Штиглиц каже: „Показало се да је доктрина „тржиште је најбољи регулатор“ – лажна. Сви су хтели *минимум државној реулисања* и направили су штету од које је страдао цео свет. Регулисање је врло важно јер се одражава на целу глобалну економију. Нисам оптимиста да ћемо нешто изменити. Зашто? Зато што постоје *интересни крујови који су инсистирали на дереулисању* и на томе зарадили велики новац који су потом улагали у политичке процесе. Они можда нису тако добро инвестирали у обрт и некретнине, али су добро уложили у политику и добили не само мере против регулисања, већ и огромну помоћ банкама у кризи. *Сада ћокушавају да њај кайишнал искористије да сирече реулисање*. А не треба заборавити да су кључне економске категорије у САД створене уз помоћ државе – интернет, медицина и многе друге. Оне се после обраћају приватним финансијерима, али катализатор је држава. У перспективи се мора решити питање како наћи *баланс интереса њржишија*

5 Џозеф Штиглиц, *Противречности глобализације*, Београд, 2004, стр. 175–261.

6 Присталице либералног капитализма (филозофија „тоталног“ или „турбо“ капитализма) имају озбиљних проблема у тражењу одговора на питање како то да у ери „победне“ капитализма (либералног) највише јача земља којом влада комунистичка партија, „опозициона“ том капитализму (Кина). Тражење одговора у формули да је Кина дала предност традицији и прагматичном конфучијанизму (послушај старијег и по звању, и по имању и по узрасту) над модернијим (идеолошким) у основи је бежање од правог одговора који се налази у равни системске грешке либералног капитализма (попут системске грешке комунизма). Вид. Момчило Пантелић, „‘Косооки’ пристижу ‘носоње’“, *Политика*, 4. фебруар 2010, стр. 2.

и државе.“⁷ Да је Штиглиц био у праву доказ је Светски економски форум у Давосу (2010), посвећен „будућности капитализма“, који управо закључује да је „вишак њројиса узрок кризе“, те да „креатори светске економске политике чине фундаменталну грешку када мисле да могу дизајнирати строжу финансијску регулацију којом ће избећи настанак неких других непредвидивих и нежељених последица“.⁸

II Држава и привредна регулатива

1. Промена карактера привредне регулативе

Регулатива привреде је свакако област права која има специфичне одлике: реч је, наиме, о сфери права којом *не треба да доминира зона империјативности*⁹ („принудљивости“ или „изнудљивости“, како би, без сумње, рекао оригинални правни писац, творац синтетичке правне филозофије и теорије трипартиције, Тома Живановић)¹⁰ – тврдо право (*hard law*), већ зона законског овлашћивања (меко право – *soft law*) – зона уговора и принципа слободе уговарања.

7 Џозеф Штиглиц, „Интервју“, *Политика*, 6. јул 2009, стр. 3.

8 Вид. Славиша Тасић, „Вишак прописа узрок кризе“, *НИН*, бр. 3085, 11. фебруар 2010, стр. 26–29. Финансијско тржиште, као тржиште по природи иманентне неравнотеже, која дестабилизује економију, свакако јесте пример тржишта које мора бити чврсто регулисано, те је његова дерегулација сигурно фатаморган. Фатална улога недовољне, или пре некавалитетне, регулације тог тржишта, филозофије тржишног фундаментализма и одређених пропуста државе и њених регулаторних институција узимају свој данак у економској кризи почетка овог века чије се размере још не виде, али се она већ упоређује са последицама кризе тридесетих година прошлог века. Велики берзански маг Џ. Сорош овако разобличава улогу тржишног фундаментализма на том тржишту: „Кључна особина фундаменталистичких схватања је у томе да се она заснивају на судовима оцењивања. На пример: ако је нека мисао нетачна, онда се супротна тврдња сматра тачном. Управо таква *лоичка грешка* се налази у основи тржишног фундаментализма. Уплитање државе у привреду стално је доводило до негативних последица. То важи не само за централистичко планирање, већ и за економику благостања и кејнсијанско управљање. На основу такве баналне мисли тржишни фундаменталисти долазе до потпуно *нелоичној закључка: ако је државни интјервенционизам дефектјан, онда је слободно тржиштје љраво савршенствво*“. Нав. према: Марко Секуловић, „Криза глобализоване економије“, у: Веселин Вукотић *et al.* (ур.), *Криза и љобализација*, Београд, 2009, стр. 87–88. Вид. Хасиба Хрустић, *Свејска финансијска криза и државна интјервенција у одабраним земљама*, Институт за међународну политику и привреду, Београд, 2009.

9 Упор. Радомир Лукић, *Обавезујућа снаја љравне норме и љроблем објектјивној љрава*, Београд, 1995; Јасминка Хасанбеговић, *Заблуде о љравној норми (Правна норма није зайовестј?)*, Београд, 2006.

10 Тома Живановић, *Систјем синтјетичке љравне филозофије (Синтјетичка филозофија љрава I)*, Класици југословенског права, Београд, 1997, стр. 115–133.

Законски принцип *слободе уговарања*, као прво, постаје врховни принцип не само у уговорној привредној сфери, већ све више и у статусној привредној сфери (све форме затворених привредних друштава – ортакчко друштво, командитно друштво, друштво с ограниченом одговорношћу и затворено акционарско друштво, као и предузетник доминантно су уређене управо нормама које омогућују друкчији избор),¹¹ осим кад се ради о потреби заштите трећих лица (одговорност за обавезе, минимални основни капитал, заступање и заступници, дејство објављених података на интернет страници агенција за привредне регистре према трећим лицима, стицање правног субјективитета и слично).

Законска регулатива у привредној сфери, као друго, све више уступа место *аутиномној реулајиви* саморегулаторних организација или регулативи која настаје из саме пословне праксе (*lex mercatoria*: обичаји, узансе, пословни обичаји, пословни морал, општи услови пословања), као и регулативи која уместо да униформише, настоји да пружи оквире, упуте, инструкције (модел закони, кодекси, водичи) – *меко љраво* (*soft law*).¹² Такав карактер права неспоран је и у Закону о привредним друштвима Србије¹³ и посебно у Кодексу корпоративног управљања.¹⁴ Овај кодекс садржи две врсте правила: 1) препоруке или тзв. „*љримени или објасни*“ правила, која адресат треба да прихвати и по њима поступи (минимални стандарди), а ако то не учини или не учини на начин који је предвиђен овим кодексом, мора да пружи објашњење, то јест оправдавајуће разлоге за учињено одступање, и 2) предлоге који представљају правила која адресат не мора да прихвати, нити да пружи било какво објашњење за одступање од њих, а која се сматрају *љожелном*

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

12 Чини се да у области приватноправних пословних односа не би требало у том погледу изражавати толику бојазан која се, иначе, оправдано изражава у области међународних односа. Наиме, „у постојећој структури међународних односа, којој нису непознати неоимперијални елементи, конструкција „меког права“ води релативизацији међународног права на уштрб опортунитета и односа снага. У најбољем случају, стварају се партикуларни, изоловани правни режими, на основу вредности дефинисаних политичким документима, који се комбинацијом политичког, економског, а понекад и војног притиска, намећу неким, по правилу слабијим, државама, а изван домаћаја партикуларних режима остају државе са већом фактичком, политичком моћи“. Вид. Миленко Крећа, *Међународно јавно љраво I*, Београд, 2007, стр. 102–103.

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

14 Кодекс корпоративног управљања Привредне коморе Србије (*Службени љласник РС*, бр. 99/2012; даље у фуснотама: ККУ ПКС).

ѝраксом у области корпоративног управљања котираним акционарским друштвима.¹⁵

Суочена са отвореним питањем карактера модерне привредне регулативе (посебно компанијске регулативе и регулативе тржишта хартија од вредности), Висока група експерата за реформу компанијског права ЕУ (коју је формирала Европска комисија), полазећи од *развоја флексибилне ѝраксе реулаѝиве*, заузела је став да ЕУ треба шире да користи управо ове алтернативе регулативе, констатујући¹⁶ да је у досадашњој законској пракси *ѝревише коришћена ѝримарна реулаѝива ѝуѝем дирекѝива*,¹⁷ која је потом имплементирана у регулативу држава чланица. Висока ѝрупа експерата уједно констатује да у многим областима компанијске регулативе нема посебне потребе за детаљном регулацијом у директивама ЕУ и *ѝрејоручује следећи модел реулаѝије*: прво, ако је примарна регулација путем директива нужна, она треба да се задржи на нивоу принципа и општих правила, остављајући детаљно регулисање секундарној регулацији; друго, секундарна регулација и механизми установљених стандарда и ѝихове координације погоднији су механизми регулације, нарочито у области управљања компанијама и одржавања скупштина акционарских друштава, у циљу *охрабрења развоја најбоље (корѝоратѝивне) ѝраксе*.¹⁸

Са становишта теоријског одређења посебног појма права (права везаног за привреду), чини се да развој пословноправне регулативе иде у смеру признања теоријскоправног правца *друшѝивеноѝравноѝ плурализма* (постојање државног и аутономног права као два паралелна правна система), с обзиром на то да државно право не обезбеђује правну заштиту („принудљивост“) целовитом аутономном правном поретку (законско овлашћење за аутономне норме попут „примени или објасни“ или норме попут модела и препорука), већ само обезбеђује такву државноправну заштиту за аутономну сферу регулације из зоне законског овлашћивања за „слободу уговарања“. У делу у којем ауто-

15 ККУ ПКС, Увод – Врсте правила садржаних у кодексу.

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

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

18 *Winter Report*, стр. 32.

номна регулација у привреди, с овлашћењем државног (законског) права, нема државноправну заштиту у смислу принудљивости, чиме се настоји афирмисати *најбоља корпоративна пракса* као својеврсни извор (стваралац) права, чини се да се ова регулатива без такве заштите приближава моралу (пословном), са аутономним санкцијама, недовољно гаранцијским за владавину таквог права, чиме се може озбиљно довести у питање потребна правна сигурност као једна од врхунских правних вредности.

Право ишћање, дакле, није да ли привреда има превише или премало регулације, државне и/или аутономне, већ је право питање *какав је карактер и квалитет ише регулације?!* Право питање такође јесте и то да ли је *промена природе регулације* (ход од законске, са доминантним обележјима императивности, ка *саморегулацији*, са доминантним обележјима овлашћивања, и ка развоју *контрактуализације*) универзално прихватљив пут, посебно у сфери привреде, или није, односно да ли је прихватљив *иуи дерегулације*? Нама се чини да се на такав развој регулативе морају дати два одговора. Први, *дерегулација* у смислу одсуства или радикалног смањења свих нивоа регулативе није прихватљив пут „развоја“ регулативе. Други, регулатива (државна) и саморегулатива (аутономни субјекти) и контрактуализација (развој уговорне регулативе) нису алтернативни, већ комплементарни модели, *и регулатива (државна) и саморегулатива и контрактуализација*, али не и *дерегулација* у смислу одсуства или смањења свих нивоа регулативе. Остаје питање мере њиховог појединачног учешћа. Одговор на ово питање може бити само да мера учешћа појединачних сегмената овог односа не може бити свуда иста. У земљама *common law*-а, које имају снажну праксу и ауторитет судова, наглашени пут ка меком праву може бити прави пут, док за земље *civil law*-а, које, са значајним нијансама али са општим одличјем, немају такву праксу и ауторитет судова, такав пут апсолутно не одговара и то се мора отворено и на време рећи, како се премештањем центра одлучивања на „нејаке Уроше“ не би угрозила очекивања од тог трећег стуба власти у деценијама које следе.¹⁹

2. Привредна регулатива и економска ефикасност

Економија је база, а право је надградња, позната је марксистичка поставка, којој су и данас економисти често склони, посебно да би,

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

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

Право (посебно његов део који се директно или индиректно односи на економску регулативу) и економија не могу ићи различитим колосецима (па где се сретну, ако се некад сретну). Из потребе да се на научној основи утврди значај „хорског певања“ права и економије (или економије и права)²⁰ настала је и посебна научна међудисциплина „право и економија“, то јест „економска анализа права“, чије је порекло у тзв. Чикашкој школи права (*ѝромоѝија ѝринѝија ефикасноѝи ѝривредне реѝулатиѝиве*).²¹ Суштина идеје, која је као таква прихватљива, састоји се у томе да се правни институти и право уопште пропусте кроз *оѝиѝику ѝроѝикова и корисѝи*, те да су то појмови једнаке правне или друштвено-правне вредности. Према томе, различита правна правила имају различите економске ефекте, а људи подвргнути различитим правилима не доносе исте одлуке и не понашају се исто (понашање предузећа у државној или друштвеној својини или понашање предузећа у приватној својини). Отуда је важно да се неефикасна правила замене ефикаснијим, која су и са становишта трошкова и користи прихватљивија. Избор неефикасних правила води њиховој брзој амортизацији и застаревању, што опет изазива пораст трошкова и смањење користи. Управо *брзо засѝаревање* јесте карактеристика наше регулативе, посебно привредноправне.²² У

20 „Нигде кобан ефекат специјалистичке поделе није очигледнији него у две најстарије... дисциплине, економији и праву... Једна од главних тема ове књиге биће да правна правила праведног понашања служе врсти поретка чији је карактер правнику углавном непознат; и да тај поредак углавном истражује економиста којем је, заузврат, слично непознат карактер правила понашања на којима почива поредак који истражује“ – Фридрих Хајек, *Право, законодавѝтво и слобода*, Београд – Подгорица, 2002, стр. 16.

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

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

сваком случају, теорија и школа економске анализе права промовисала је *џринциј ефикасносџи* као врхунско мерило вредности привредне регулативе (шта се добија, а шта губи због избора неког правног правила или због одређене одлуке судије²³), што би требало да интересује и креаторе јавне политике, то јест законодавце и судије, који би у својим делатностима (доношење прописа и судских одлука у појединачним случајевима), опонашајући тржиште, требало да препознају ефикасност (државна-законодавна алокација и регулација и судска алокација права).²⁴

Чикашка школа је *џринциј ефикасносџи џодиџла на ранџ џринциџа равнџ џринцију џравде*, чиме жели да утиче и на само стварање и примену права. Сматра се да се људи, као разумна бића, понашају рационално, тако да је и кршење закона или уговора у функцији „цене“ (ако је санкција повреде права или уговорне обавезе, у смислу трошка-цене, у конкретним околностима прихватљивија од поштовања права или уговора, онда ће избор бити управо њихово кршење а не поштовање). Неefикасна правила са неefикасним санкцијама биће чешћи предмет кршења од ефикасних правила и ефикасних санкција. Уз то, неefикасно судство и ниска „цена“ судских спорова утичу на пораст броја судских поступака, уместо на вансудска решавања.²⁵

Чикашка школа економске ефикасности права иде толико далеко да анализира ефикасност права полазећи и од карактера регулаторних норми: *џмџератџивносџи или џермисивносџи* (диспозитивност). Таква дискусија је нарочито актуелна код компанијског права. Заговорници државне интервенције сматрају да постоји институционална инертност и сходно томе склоност да се задржи *status quo*, тако да, и ако закон дозволи слободу уговарања, она се најчешће не користи и примењује се законско правило а, с друге стране, императивне одредбе по правилу редукују трансакционе трошкове регулације те би зато законодавац у старту требало да се определи за ефикасно правило. Напротив, заговорници слободног тржишта сматрају, управо обрнуто, да је потребно дозволити више слободе уговарања и у компанијској регулативи. Као пример за то наводе институт злоупотребе повлашћених информација

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

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

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

на финансијском тржишту (*insider trading-dealing*), за који сматрају да га не треба законом уређивати јер он може да представља инструмент компензације управама акционарских друштава, а такође забрана би умањила ефикасност берзе и повећала трошкове примењивања саме забране. Уз то, увек постоји начин да се забрана заобиђе.²⁶

Конечно, школа економске анализе права (посебно чикашка), залажући се за слободно тржиште, залаже се и за то да тржишне токове уређује Смитова „невидљива рука *ѝржишѝа*“, што практично значи што мање регулације, а уколико је она нужна у њој би требало да доминирају пермисивна (диспозитивна) правила (слобода тржишта).²⁷ Реч је о филозофији тзв. *либералне економије*, која је доживела своју ренесансу за време тзв. реганизма и тачеризма, а и касније након слома комунизма („капитализам је победио“).

Уз све заслуге које, без сумње, школа економске анализе права има на плану објашњења значаја економије у праву и детерминисаности права неким економским категоријама (ефикасност, интерес, економска логика), чини се да јој се могу ставити озбиљни приговори. Прве озбиљније критике на рачун те школе стигле су од друге значајне економске школе права, *аустријске економске школе* (наглашава значај информација и неизвесности у економији, значај индивидуализма и тржишта, али и *улоје државе*, као регулатора и ствараоца институционалног оквира), која сматра да је чикашка школа у праву и економији произвела више проблема него што их је решила, јер је заборавила на важност других аспеката који су потребни за функционисање права, па и у економији (психологија – мотивисаност, социологија – друштвене групе и интереси и сложеност функционисања друштва, антропологија, култура рада и култура права). Истиче се такође да је принцип ефикасности схваћен *ѝревише ѝехнички и инжењерски* и уместо тог принципа нуди се *ѝринциј слободе*²⁸ као основна вредност за процену квалитета права у економији (економске слободе заштићене правом). Промотерима принципа ефикасности у економији, као основног мерила вредности права, упућују се и посебне критике на рачун форсирања прагматизма, „друштвености“ права и запостављања правде и правичности, као

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

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

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

и на рачун форсирања економског критеријума ефикасности (било као средства, било као циља), што је у блиској вези (са више камуфлаже и софистицираности) са марксистичком поставком о односу економије и права.

Посебан аспект критике принципа ефикасности, као основне вредности за процену квалитета права (једностраност иде толико далеко да се тим критеријумом мере не само институти материјалног права, већ и процесног права и свих поступака, што може довести до крајњих апсурда и обесмишљавања мисије права у друштву), везан је за херметичку изолованост права од окружења на тој основи и неуважавање утицаја специфичности друштвеног окружења (традиција, локална култура права, значај неформалних извора права и принципа вредности права), као да је право ванвременска и ванпросторна категорија, лишена „мириса и укуса“, настала у неком безваздушном космосу. Отуда, теорије тешко излазе на крај са потребом да се објасне неефикасност приватне својине у неким сиромашним земљама и њена успешност у развијеним земљама (узрок очигледно нису толико правила колико слабо функционисање права, слаба заштита својинских и уговорних права и низак институционални државни капацитет за обезбеђење функционисања прописаних правила). На тој основи настале су нове економске теорије (институционалне и неоинституционалне – *школа својинских њрава*²⁹), које наглашавају значај државе у изградњи квалитетног права (*њремало или њревише рејулације*, по мишљењу аутора, јесте вештачки спор, јер је основни проблем у томе какав је *квалиџеџи рејулације*, а не колико она мери „тежински“), али и у снажној примени тог „доброг права“ (које обезбеђује добру својинску и уговорну заштиту и висок ниво економских слобода) кроз систем јаким формалних и „неформалних“ институција.³⁰

3. Стварни и формални законодавац у Србији

За привреду Србије посебно је важно питање ко је стварни, а ко формални доносилац закона и подзаконских аката? Формални је свакако Уставом овлашћени доносилац – Народна скупштина (закони) и Влада и министарства (подзаконски акти). Ипак, чини се да као и у акционарском праву где постоје номиновани (формални, регистровани) власници акција и стварни власници акција (за чији рачун именована-

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

30 Вид. А. Јовановић, *нав. дело*, стр. 103–107 и 138–142; Љубомир Маџар, „Глобална криза као системска појава“, у: Веселин Вукотић *et al.* (ур.), *Криза и глобализација*, Београд, 2009, стр. 26–41.

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

Конкретни докази овакве „употребе“ државе и *приватизације процеса доношења закона* најбоље су видљиви на приватизационим законима и законима о преузимању акционарских друштава донетим после тзв. октобарских промена на старту новог миленијума. Наше је уверење да је управо таква спрега и исходила, по српску привреду разорну и уништавајућу, филозофију тих приватизационих закона: продаја друштвеног капитала и имовине што пре, било коме и независно од порекла средстава и по било коју „победничку цену“ у условима велике понуде и недовољне тражње. Ефекти су видљиви: српска привреда је на коленима.³¹ Србија је уз то постала од средње задужене земље високо задужена земља.³² Исти ефекат по српску привреду имали су и закони који уређују преузимање акционарских друштава јавним путем, који су донети после таквих приватизационих закона и руковођени су у основи истом филозофијом, чија имплементација је била могућа у наставном „стампедо ефекту“ продаје акција стечених бесплатно по било којој цени („било која“ је вредност у условима кад је предмет продаје стечен бесплатно) од стране запослених и грађана у условима њихове

31 На тендерима и аукцијама у следству примене тих закона продато је укупно 2.284 предузећа (127 тендера, 2.157 аукција), од тога је раскинуто већ 646 уговора (28% од укупно продатих). Вид. *Политика*, 6. март 2012, стр. 11.

32 „Износ за отплату спољњег дуга драматично расте. У 2002. години износ за отплату дуга био је само 218 милиона евра, а 2010. године већ је достигао 3.4 милијарде евра и 2011. године већ рекордних 4.07 милијарди евра. Вид. Млађен Ковачевић, интервју, „Србија је високо задужена земља“, *Политика*, 26. фебруар 2012, стр. 12.

економске немоћи и офанзиве власника капитала сумњивог порекла и са сумњивих дестинација, којима је сам закон широм отворио врата за својеврсну легализацију. *Центри економске моћи*, дакле, „*произвели*“ су законе *по својој вољи*, користећи нетранспарентан процес доношења прописа, да би након тога побрали ефекте тих прописа.

Привредна сцена Србије је данас суморна не толико због злоупотреба приватизационих закона и закона о преузимању акционарских друштава, мада је и тога вероватно било, већ због доношења прописа по мери приватних интереса економских центара моћи, а не по мери друштвених потреба и друштвено одговорног остваривања власти. Без размрсивања овог „гордијевог чвора“ на овакав начин неће бити могуће наћи прави одговор на питање шта је узрок, а шта последица суморне економске сцене Србије и толиких друштвених неједнакости неутемељених на раду и способности. Одговорност државе у овом смислу на огромном је испиту, као што је и на другој страни на огромном испиту заустављање процеса „подржављења јавног сектора“ по мери политичких потреба („партијски феуди“), које нису економски мотивисане.

4. Привредни закони у „раљама“ привреде или политике

Привреда је осетљив механизам, који не трпи неизвесност, несигурност, нестаљност, неслободу, политизацију. Отуда, привреда тражи прописе по мери својих потреба, а не по мери политичких потреба. Привреда је економски детерминисана, а не политички. У мери у којој привредом доминира политика, у тој мери је и она неконкурентнија и неразвојнија. Да би привреда била независнија од политике (поготову политике која креира својеврсну „приватну привреду“, селективном подршком одабраних компанија које за узврат финансирају политичке странке такве политике која врши власт) потребно је да и за то има институционалну снагу, која се првенствено сагледава кроз призму снаге привредних комора, као репрезентаната интереса привреде пред државом, као и кроз призму снаге струковних удружења привредних грана и призму удружења послодаваца. На жалост, све ове привредне асоцијације већ дуже времена у нас су више у служби политике, а мање у служби привреде. Отуда, није ни чудо што нашу привредноправну регулативу више одликује квалификација „привредни закони у раљама политике“, а не „привредни закони у раљама привреде“.

Привреда која је у доброј мери изневерена од властите асоцијације, посебно привредне коморе, која се уљуљкала на ловорикама обавезног чланства привредних субјеката у коморама (које је управо издахнуло

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

III Држава и јавна предузећа

За разлику од седамдесетих и осамдесетих година прошлог века, које су и у западним економијама обележене великим национализацијама, време деведесетих прошлог и почетак овог века свакако обележава супротан тренд – приватизација. Држава се постепено повлачи из привредне функције (осим делом из јавног и стратешког сектора), будући да у својству привредника, с обзиром на њене бројне друге функције, не може да буде конкурентна са приватним предузетником (индивидуалним или колективним). Ово се не односи само на комерцијални сектор привреде, већ све више и на сектор тзв. делатности од општег интереса, односно јавни сектор. Држава све више за себе резервише право да *иroyисује иравила иржишине иіре* за учеснике на тржишту и да обезбеди строгу контролу њихове примене. За државу је много важније да има добре пореске обвезнике, него да има привредна друштва у државној својини, која послују са губицима. У мери у којој остаје у привредној функцији, држава је све више принуђена да, због буџетских дефицита и неефикасности јавног сектора (посебно због чињенице да он постаје партијски

привезак, под контролом партије којој „политичким споразумима владајућих коалиција“ припада то предузеће, те уместо јавне својине са јавном функцијом постаје партијска својина са „феуд-партијском“ функцијом) напушта позицију искључивог власника у делатностима јавног сектора, како на националном нивоу (државна јавна предузећа), тако и на нивоу територијалних јединица (локална – комунална јавна предузећа).³³ На овој основи стварају се облици друштва капитала (акционарска друштва и друштва са ограниченом одговорношћу).³⁴ Ако држава из одређених разлога мора да остане једини сопственик неких предузећа која обављају делатност јавног сектора (неатрактивност програма приватизације; ангажман на проналажењу стратешких инвеститора; национални интерес; обезбеђивање конкуренције пре приватизације – искуство показује да је *за сектор природних монопола пре приватизације потребна демонополизација – увођење конкуренције*, како један монопол – државни не би заменио други монопол – приватни, који је, уз то, и опаснији и тежи за отварање), онда је она у обавези да обезбеди њихову равноправност на тржишту и транспарентност финансијског пословања.³⁵

У земљама ЕУ односи између јавних предузећа и државе уређивани су извесно време тзв. *уговорним плановима*³⁶ (закључени између владе као вршиоца власништва над овим друштвима и директора – управе ових друштва), којима се прецизирају обавезе, права и одговорности обе уговорне стране (ако ова друштва испуњавају и некомерцијалне функције, овим планским уговорима се прецизирају и обавезе оснивача у компензацији за испуњавање таквих циљева, будући да тада ово друштво своје приходе може остварити делом из цене, а делом из буџета, али је у сваком случају дужно *да обезбеди финансијску равнотежу и транспарентност финансијског пословања*). Ако општи интерес налаже да се цене услуга или производа ових друштва формирају на нетржишном нивоу, држава ће бити дужна да за тај износ обезбеди средства у буџету и да то обелодани. Само на овој основи могуће је говорити о равноправности друштва у приватној и државној својини. Уговорни планови се по правилу закључују на петогодишњи период, а сваке године се иновирају. Ови планови дефинишу циљеве привредних

33 Такав пут трасира управо и: Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама (Службени гласник РС, бр. 88/2011).

34 Вид. Закон о јавним предузећима (Службени гласник РС, бр. 119/2012).

35 Према подацима Привредне коморе Србије – Центар за информатику, у Србији је крајем 2012. године било 494 јавна предузећа (ниво Републике, градова и локалних заједница).

36 Ову идеју преузима и српски Закон о јавним предузећима („програм пословања“), чл. 8 и 50–56.

друштва и која средства влада треба да обезбеди управи друштва да би их она реализovala. Ако се делатности од општег интереса реализују преко закључених уговора о концесији (јавни уговори – ујравнојравни уговори),³⁷ овим уговорима прецизираће се и сва битна питања права, обавеза и одговорности уговорних страна (делатност друштва као профитног субјекта и општи интерес да се концесионирана делатност обавља трајно, континуирано и уз равноправан третман корисника, уз прописани режим за обављање те делатности, сходно њеној природи).

Закон о привредним друштвима оставља посебним законима, који регулишу статус јавних предузећа у појединим делатностима од општег интереса, да уреде питање корпоративизације јавних предузећа (претварање у друштва капитала у којима су за почетак држава, или територијална јединица, једини акционар или члан), до уласка у поступак приватизације, при чему се не прописују било какви рокови нити обавезност, ни за корпоративизацију ни за приватизацију. Претпоставка свих претпоставки за ово је конституисање имовине јавних предузећа (државе или локалне заједнице) као власништва тих предузећа. Ово је недавно и учињено доношењем Закона о јавној својини,³⁸ а после тога и доношењем Закона о јавним предузећима.³⁹

Једно од најосетљивијих питања делатности друштва капитала (важи и за тзв. јавна предузећа) у искључивој или већинској државној својини (и/или својини ужих територијалних јединица) јесте питање њихове контроле. Основна функција ове контроле је обезбеђивање њиховог функционисања као субјекта привредној (привредној) права, а не као субјекта административној права (држава као носилац доминијума, а не империјума). Будући да управљање овим друштвима све више клизи ка својеврсном „технократизму“, разумљиво је да се појачавају инструменти њихове контроле. Реч је о разноврсним инструментима *преходне контроле* (давањем сагласности надлежног државног органа на одређене акте, одлуке, тарифне системе, изборе управе), контроле преко посебно именованог надзорног одбора (преглед годишњег извештаја управе, годишњих финансијских извештаја и извештавање о томе надлежног државног органа), затим о инструментима *накнадне контроле* (контрола од стране владе, контрола од стране законом основаних регулаторних тела са својством правног лица, контрола од стране парламента), као и о *директном учешћу представника државе у ујравним и надзорним одборима* ових друштва, те учешћу представника корисника услуга („и компетентних институција“) у управним одборима, односно одборима директора и надзорним одборима.

37 Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама, чл. 46.

38 Закон о јавној својини (Службени гласник РС, бр. 72/11).

39 Закон о јавним предузећима, чл. 9 и 10.

IV Држава и приватизација и/или државизација

Крај двадесетог и почетак двадесет првог века у политичком смислу обележио је крах социјалистичког политичког система и њиме условљеног колективног модела привреде типа државне или тзв. друштвене својине. Догму колективне својине заменила је догма приватне својине, као парадигма конкурентне и ефикасне својине. Пут од колективних форми својине ка приватним формама (индивидуалним или колективним, акционарским) тражен је кроз разне моделе у основи обавезне и орочене приватизације (иако је и државна својина и својина локалне самоуправе – *јавна својина* по тексту самог Устава равноправна форма својине са приватном својином, као и задружна својина), што је већ озбиљно питање уставне основаности или неоснованости.⁴⁰

Путеви приватизације, нарочито у земљама у транзицији из колективних својинских догми (друштвена својина у економији, државна својина у економији), били су различити, а најчешће се радило о примени *ишв. шок тѐраијија* брзих приватизација, које су биле мотивисане страхом од повратка у комунистичку парадигму (идеолошки разлози), а економски углавном неутемељене (економска ефикасност на глобалном плану није повећана иако је својинско окружење истоветно са оним у развијеним тржишним економијама, мање-више, створено). „Закаслела памет“ идеолошки оптерећених „кумова“ брзе промене својинске структуре у економији признала је да ни исто својинско окружење не даје исти резултат, ако нису испуњене друге претпоставке за економске слободе. Посебно се у том смислу указује на непостојећи и неадекватан *инстѝишѝуционални кайацѝишѝей* – *инстѝишѝуционални вакуум*, који само по својој спољној форми „глуми“ истоветност са пореклом, „глуми“ подршку сигурности својинских права и уговора⁴¹ (што би рекао Јесењин: „Тако је мало пута пређено/ Тако је много грешака учињено“). Тако су се и десиле, што би писац рекао, „године које су појели скакавци“.

Нужност претварања колективних својинских форми државне и друштвене својине („приватизација“) у приватне својинске форме (индивидуалне и колективне акционарског типа) за ефикаснију привреду је неспорна константа.⁴² Неспорна константа, међутим, у нашим усло-

40 Устав Републике Србије (*Службени гласник РС*, бр. 98/06), чл. 86.

41 Вид. Љубомир Маџар, „Политичке границе права и слобода (домети комплементарности и подручја сукоба)“, у: Веселин Вукотић *et al.* (ур.), *Полиѝика и слободе*, Београд, 2003, стр. 21–40; Љубомир Маџар, „Етички аспекти привређивања и економски учинци морала“, у: Веселин Вукотић *et al.* (ур.), *Морал и економија*, Београд, 2008, стр. 14–28; Марко Секуловић, „Православна етика и дух капитализма или тегобе наше транзиције“, у: Веселин Вукотић *et al.* (ур.), *Морал и економија*, Београд, 2008, стр. 83–94.

42 У водећој америчкој литератури се сматра да су државне интервенције у бизнис корпорације нешто што је и поред берзанских крахова најмање пожељна ствар. Јер,

вима није њена „фундаментализација“ и „идеологизација“ као циља њо себи и за себе, уместо да буде у функцији неспорног циља ефикасније и конкурентније привреде. На таквом путу, логично је да циљ није бирао средства („макијавелистички синдром“) те су бројне приватизације пронашле „погрешне власнике“ (незаинтересоване или неспособне за развој купљеног предузећа и незаинтересоване за одржање запослених у радном односу) и „погрешна средства“ (послужиле су за „прање новца“ стеченог разним нерегуларним основима стицања – од трговине наркотицима преко трговине оружјем у ратним временима или трговине цигаретама у времену економских санкција). Како није реч о спорадичним, већ о масовним појавама, то се и десило да се „приватизација као циљ за себе“ преокрене у свом практичном исходишту „у циљ против себе“. До овога су довели бројни негативни ефекти идеолошки, а не економски мотивисаних приватизација, чији је сумарни ефекат *злоупотреба њравној субјективнијетиа куйљеној ѡредузећа* (извлачење имовине и прихода и „трансфер“ у новооснована привредна друштва са малим бројем запослених, уз отпуштање великог броја запослених у купљеном предузећу и неисплаћивање зарада и, на крају, покретање стечајног поступка над истим). Оштећени (комерцијални повериоци, запослени, држава и локална заједница као фискуси), уз велику „помоћ“ струковно недовољно оспособљених судова, углавном су неми пратиоци ових процеса или спорадични критичари „недорасле регулативе“. Струковна истина је овде, међутим, неумољива: сви такви правни послови и правне радње могу бити предмет „побијања“ применом установе *„злоупотреба њравној лица“* компанијског права⁴³ или „побијања правних послова и радњи“ стечајног права (предузетих у одређеним роковима, пре подношења предлога за покретање стечајног поступка, који су од шест месеци преко једне године, па до пет година).⁴⁴ Да су ове правне установе коришћене у складу са својом вокацијом, вероватно би и негативни

државно контролисане фирме су мање ефикасне. Дакле, једино питање политике није да ли приватизовати државно контролисане привредне делатности, већ како то урадити. Менаџери државно контролисаних корпорација не понашају се као прави акционари, нити одговорни државни службеници имају подстицаје за контролу менаџера таквих компанија. У многим случајевима то води губитку имовине компаније у корист приватних компанија („тјунеловање“). Такође, у контексту тзв. агенцијских проблема корпоративног управљања, лични интерес владиних званичника води их пре на фокусирање промоције политичких каријера него јавног интереса. Вид. Amir N. Licht, „State Intervention in Corporate Governance: National Interest and Board Composition“, *Theoretical Inquires in Law*, Vol. 13, Issue 2, 2012, стр. 597–602.

43 Вид. ЗОПД, чл. 18; Мирко Васиљевић, *Компанијско ѡраво – ѡраво ѡпривредних друштва*, 7. издање, Београд, 2012, стр. 66–72.

44 Закон о стечају (*Службени ѡласник РС*, бр. 104 /2009), чл. 119–130; М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 577–579.

ефекти приватизација били занемарљивији, а правна сигурност уговора⁴⁵ била би примеренија тржишним потребама.

Понашање државе (регулаторних тела, агенција, министарстава, владе, парламента) у процесима приватизације упоредиво је са синдромом „слона у *сџакарској радњи*“. Поред тога што није користила механизме контроле токова и порекла новца у процесима приватизације, у складу са, истина, недовољно снажним законским оквиром, *држава је најправила и најмање њеи аушоолова* на овом терену: први, приватизација „погрешним власницима“ са „погрешним пореклом новца“ („од приватизације до прихватизације“); други, дозволила је да се главнина прихода од приватизације (као и задужења у иностранству) усмери у потрошњу (и политичке кампање честих ванредних избора или за приватизационе саветнике који су вешто „покривали“ и у своје цене „укључивали“ „власнике приватизационих одлука“), уместо у инвестиције и развој;⁴⁶ трећи, бројне приватизације изведене су на некономској основи, праћене су непоштовањем приватизационих уговора и завршиле су се раскидима уговора (али не и раскидима консултантских уговора, поводом таквих приватизација, са енормним консултантским накнадама и поред отпадања основа) и јачањем државног (владајућег партијског) сектора („од приватизације до државизације“); четврти, паралелна са приватизацијом, радикална либерализација спољнотрговинског промета допринела је „гушењу“ домаће производње свођењем просечне царинске стопе на једноцифрену и укидањем скоро свих ванцаринских ограничења;⁴⁷ пети, фактичко и формалноправно омогућавање „поклона“ припадајућег градског грађевинског земљишта (до тада у државној својини) купцима приватизованог предузећа (уместо да се тај велики државни ресурс сачува у државном власништву и кроз дугорочни закуп приведе привредној функцији и тиме деблокирају инвестиције и развој).

Идеолошки мотивисана приватизација заборавила је на потребу бар минималног уважавања *јринципиа јравичности* у расподели колек-

45 „Непоштовање уговора и чување монопола државном предузећу одвело је у пропаст добро приватно аутотранспортно предузеће, док је 450 радника изгубило посао“ – *НИН* („Држава против Илије Девића“ – Случај АТП „Војводина“), бр. 3086, 18. фебруар 2010, стр. 28–29.

46 „Само по основу прихода од приватизације и нових задужења у иностранству Србија је од 2000. године забележила прилив од преко 30 милијарди долара“. Вид. Јован Душанић, „Оде све у потрошњу“, *Полиџика*, 8. фебруар 2010, стр. 12.

47 То је изазвало повећање спољнотрговинског дефицита (не треба занемарити ни утицај моћног увозничког лобија), који је крајем 2009. године износио готово 33 милијарде долара (што је три пута више од дефицита из 2000. године), уз скоро потпуно приватизован комерцијални сектор привреде. Вид. Млађен Ковачевић, „Извоз за дугове“, *Полиџика*, 18. фебруар 2010, стр. 14.

тивне својине (потреба социјалне стабилности и опште прихватљивости процеса), имајућу у виду начин њеног стварања. Управо на правичност је мислио и римски правник Улпијан својом изреком „*свакоме дајти оно што му припада*“. У свакодневном говору се за неког каже да је правичан (посебна важност управо за судије и арбитра) ако у „једнаким стварима једнако поступа“, односно у „различитим стварима различито поступа“ у мери њихове различитости. Зар се уосталом и о законима не говори као о правичним (праведним) или неправичним (неправедним). Да је ова правна вредност била бар у нужној мери у фокусу пажње законодавца, те да није у потпуности занемарена у целовитој друштвеној функцији права, зарад неких других друштвених (или „приватно друштвених“) вредности или зарад вредности по себи и за себе (како циљ приватизације дефинише један наш познати писац из области економије),⁴⁸ никада бројни закони о приватизацији на овим просторима не би имали форму (и „резултат“) какав су имали.

Иако приватизација по својој вокацији није у „великој љубави“ са принципом правичности, чини се, што пракса и показује, да његово елиминисање у овим процесима, без обзира на наглашени субјективизам и немогућност дефинисања („*дефинисана њравичности не би више била њравичности*“),⁴⁹ ипак нужно води лишавању за право једног важног стандарда којим се одређују бројни правни институти, попут злоупотребе права, више силе, савесности и поштења, јавног поретка и слично. Овим се право лишава неопходних социјалних сокова и друштвених вредности који воде материјалној правди. Правичност је, истина, одговор на несавршеност законодавца и сложеност задатка права, са мисијом која је блиска мисији „морализовања права“ или привођења права својој „мајци“ правди, чиме позитивно право иде у сусрет природном праву. Додуше, правичност води извесној правној несигурности, али „неправичност може компромитовати право и више и дубље него и сама несигурност“. Отуда, и „неправично право је несигурно право“, а „праву су обоје у истој мери неопходни, тако да оно треба да представља синтезу максимума сигурности и максимума правичности“.⁵⁰ Коначно, оно што би право изгубило кроз претерани правни формализам и догматичност добило би кроз објективну и професионалну примену стандарда правичности.⁵¹ При том, то наравно не значи да ради постојања пра-

48 Вид. Љубомир Маџар, „Приватизација као циљ привредне и друштвене транзиције“, у: Павле Васић *et al.* (ур.), *Својина и слободе*, Београд, 1996, стр. 1–8.

49 Божидар С. Марковић, „Правичност као извор права“ у: Данило Баста (ур.), *Преображаји идеје њрава*, Београд, 1991, стр. 280.

50 Божидар С. Марковић, „Правичност и правни поредак“, у: Данило Баста (ур.), *Преображаји идеје њрава*, Београд, 1991, стр. 271.

51 Т. Живановић (810–811) говори о материјалној (формалној, законској) правичности и судској (право-примењивачкој) правичности.

вичности правник може да заборави на само право. Наиме, још у XVIII веку искусни енглески класични правник Блекстон рекао је да је *йраво без йравичности*, иако тврдо и непријатно, још увек много корисније по опште добро него *йравичности без йрава*. Треба ли се и овом приликом подсетити на „оца класичног природног права“ Х. Гроцијуса који је писао да је правичност још увек „управо врлина која се састоји у поправљању онога у чему је закон због своје општости погрешно“?

Чини се да је исто и са моралом у поступку приватизације. *Веза йрава и морала је несумњива*, а чини се да је најбоље изражена формулом „и што није забрањено може да не буде поштено“ (В. Богишић).⁵² У принципу су позитивноправне норме најчешће и моралне („морализовање закона“). Ипак, неке правне норме су у супротности са моралом, било тако што налажу или дозвољавају нешто што морал забрањује или тако што забрањују нешто што је моралом допуштено. Опште ограничење владајућег принципа уговорног права о слободи уговарања налази се или у сфери јавног поретка или у сфери начела морала. Када је реч о бројним случајевима приватизације, у којима се радило о правним пословима куповине капитала или имовине из сфере „прања новца“, начела морала могла су свакако да мало више „раде“, ако је већ законодавство недорасло потребама времена?! Кад би само морал (слобода) умео да пева, као што су сужњи (запослени) певали о њему (њој)! Ово нарочито стога што не постоји „неподношљиво неправедни морал“ или „морално неправо“, за разлику од „неподношљиво неправедних закона“ и „законског неправо“ (Г. Радбрух).⁵³ То и јесте посебан разлог за што ближи сусрет права (позитивног) са моралом који се налази у сфери природног права (како постоји и може да постоји и такав морал, то нема знака једнакости ни у овом односу), као и са правдом као његовом врховном вредношћу, како би право (позитивно) било отелотворење правде („мајке права“).

V Држава и капитал учешћа

Поред власништва јавних предузећа (републичког или локалног нивоа) држава (и локалне заједнице) може да има и капитал учешћа заједно са другим правним и физичким лицима, било већинска или мањинска. У принципу, ова капитал учешћа држава (и локалне заједнице)

52 Валтазар Богишић, *Ойштии имовински законик за Црну Гору* (чл. 999), Цетиње, 1888. Однос права и морала посебно је изразио J. Carbonnier (J. Carbonnier, *Flexible droit – textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, 1983, стр. 49) речима да „између две солуције, треба увек изабрати ону која је за мање права и која оставља више простора обичајима или моралу“.

53 Густав Радбрух, *Филозофија йрава*, Београд, 1980, стр. 281–293.

може имати у свим привредним делатностима, без обзира на то да ли су то делатности од општег (јавног) интереса или пак то нису те делатности. У сваком случају, држава (и локална заједница) попут власништва јавних предузећа и у случају капитал учешћа у делатностима од општег интереса не мора да буде мотивисана само профитно, већ то могу бити и разни други интереси – *iure imperii* (потреба обезбеђења обављања тих делатности, разне социјалне потребе и слично),⁵⁴ док у случају капитал учешћа у делатностима које нису од општег интереса држава (и локалне заједница) би морала бити искључиво мотивисана профитном потребом – *iure gestionis*. Капитал учешћа државе могу се вршити само у правним формама друштава капитала (акционарско друштво и друштво с ограниченом одговорношћу), због ограничености ризика на износ улога, док не би могла да се врше у формама друштава лица (ортакчко и командитно друштво), због неограниченог ризика.⁵⁵

У принципу, држава (и локална заједница) по основу капитал учешћа има позицију као и сви други власници капитал учешћа: добит и управљање је сразмерно капиталу⁵⁶ (принцип равноправног третмана).⁵⁷ Ипак, у одређеним случајевима, посебно у контексту разлога приватизације државног (и друштвеног) капитала држава (и локална заједница) може да има и у извесном смислу привилегован (протекционистички) статус, односно одређена посебна права или посебан начин остваривања одређених права, који јој могу дати одређене посебне врсте акција. Ово је случај са тзв. „златним акцијама“,⁵⁸ које држава (или локална заједница) стиче на уговорној основи (или на основу посебног

54 Такав пример је свакако Централни регистар, депо и клиринг хартија од вредности, који је основан Законом о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената (*Службени гласник РС*, бр. 47/2006) и по својој форми је акционарско друштво непрофитног типа са јавним овлашћењима. Исти је случај и са Акционарским фондом, који је основан Законом о праву на бесплатне акције и новчану накнаду коју грађани остварују у поступку приватизације (*Службени гласник РС*, бр. 123/2007 и 30/2010), има форму затвореног акционарског друштва са непрофитном функцијом.

55 Овакав закључак изводи се аналогично са решењима Закона о јавним предузећима (чл. 47 и 48) у вези са оснивањем друштава капитала од стране јавних предузећа и улагању јавних предузећа у друштва капитала (уз сагласност свог оснивача – државе или локалне заједнице).

56 Државни удео у власништву финансијског сектора 2012. године коштао је Србију најмање 340 милиона евра, али проблем није решен. Вид. Јована Рабеновић, „Држава тражи газде за своје банке“, *Полишика*, 9. јануар 2013.

57 ЗОПД, чл. 318. Вид. М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 307.

58 Вид. Татјана Јованић, „Златне акције и неки облици државне контроле над пословањем приватизованих предузећа која обављају делатности од општег интереса“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2004, стр. 246–264; Јелена Лепетић, „Златне акције у компанијском праву Србије“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2012, стр. 164–178.

закона који у Србији недостаје или оснивачког акта или статута друштва) у поводу приватизације државног (или „подржављеног“ друштвеног) капитала, по основу којих задржава практично *йзв. йраво веџа* на кључне одлуке управе или скупштине друштва капитала насталог на тој основи, па чак и ако је мањински власник капитал учешћа. С друге стране, у контексту приватизације „подржављеног друштвеног капитала“, држава (или локална заједница) може стећи и *йосебне врџие акција* (подваријанта обичних акција) које дају управљачка права држави само у одређеним питањима (додуше кључним) у друштвима капитала чији капитал удео поседује по овом основу (смањење или повећање основног капитала, реорганизација друштва, оптерећење имовине, давање или узимање имовине у дугорочни закуп, поравнање са повериоцима и стицање или располагање непокретностима и имовином велике вредности). У овим случајевима управљачка права државе у друштву капитала са таквим капитал учешћем остварује Агенција за приватизацију, с тим да се гласањем против не сматра само такво изјашњавање већ и неизјашњавање, а у случају да је предметно друштво капитала не позове да се изјасни, а одлука је донета, таква одлука је ништава.⁵⁹ За разлику од института тзв. златне акције, где држава у основи има привилегован статус у односу на друге акционаре исте класе (одступање од принципа „једна акција – један глас“, који одражава принцип равноправног третмана акционара исте класе), у овим случајевима држава у основи има и подређен статус у односу на остале власнике капитал учешћа, с обзиром на то да не може да одлучује сразмерно свом капитал учешћу о бројним питањима корпоративног управљања, као што је то случај са другим власницима капитал учешћа, али и привилегован статус јер и ако не гласа а позвана је да гласа сматра се да је гласала против одлуке, а ако није позвана од друштва капитала да гласа и не гласа одлука је ништава, што није случај са другим имаоцима обичних акција⁶⁰ (непримена принципа равноправног третмана власника капитал учешћа у друштвима капитала).⁶¹

59 Закон о Агенцији за приватизацију (*Службени йласник РС*, бр. 38/01, 35/04, 45/05), чл. 11б; Закон о Акцијском фонду (*Службени йласник РС*, бр. 38/01, 45/05), чл. 8а.

60 Виш. Јелена Лепетић, „О равноправности државе као акционара у неким формама капитал учешћа“, *Правни живоић*, бр. 11/2012, стр. 122–126.

61 Интересантно је приметити да је српски законодавац у једном изузетно важном питању које се тиче лица са фидуцијарним дужностима према привредном друштву такође одступио од принципа равноправног третмана акционара (члана) и такву дужност прописао у важећем Закону о привредним друштвима (чл. 61 ст. 1 тач. 2 и чл. 62 ст. 2–5) и за акционара (и члана) са значајним капитал учешћем (више од 25% акција са правом гласа) и контролним капитал учешћем (док је у Закону о привредним друштвима то било прописано само за акционара (и члана) са контролним капитал учешћем (чл. 31 ст. 1 тач. 2 и 367). Проширивање

Друштво капитала са капитал учешћем државе (или локалне заједнице), независно коликим, јесте правни субјект (ово важи и за тзв. јавно предузеће). Као правни субјект, ово друштво капитала је самостални носилац права и обавеза у правном промету, те оснивач (или доцнији власник) не одговара за његове обавезе (али сноси ризик пословања до висине уложених средстава). У *йравним односима са йрећим лицима ово друштво је инстийиуција йривайној йрава* (уговори које закључује подвргнути су општим правилима уговорног права – *ius dominium*). Судска надлежност подвргнута је општим правилима. Фискални режим ових друштава је у принципу изједначен са режимом осталих друштава капитала (обавезно је такође на обезбеђивање финансијске равнотеже). Изузетно, *неки ућовори овој друштва кайишала моју бити йодвринути у йравнојравном режиму* (нпр. уговори о јавним радовима, уговори о јавним набавкама).⁶² Као правни субјект, ово друштво може бити и субјект стечаја.

VI Држава и слободе (политичке, економске, правне)

Слобода има не само правну вредност („сфера йрава је сфера слободе“, рекао би Хегел), већ је исто тако значајна и у свим другим областима друштвеног живота, посебно у политици (слобода говора) и економији (слобода избора). Значај слободе у праву схватили су још и антички мислиоци и правни филозофи узимајући је као покоравање законима који оличавају неко „добро“ (Платон и Аристотел). И Џ. Лок слободу везује за закон, наглашавајући да ње нема без закона и да се она мора кретати у законским оквирима. Слично поступа и Монтескје („слобода је право да се чини све што закони допуштају; када би грађанин могао чинити оно што закони забрањују, слободе више не би било јер би и остали имали ту власт“),⁶³ с тим што он проблем слободе посматра

овакве дужности са контролног акционара (и члана), што је такође теоријски спорно са становишта принципа равноправног третмана акционара (и чланова) и на акционара (и члана) са значајним капитал учешћем, с обзиром на то да је могућа последица одговорност за штету по основу повреде дужности лојалности друштву (клаузула сукоба интереса), дужности поштовања забране конкуренције и дужности по основу повреде пословне тајне, уз могућност подношења индивидуалне и деривативне тужбе по овом основу, посебно кад је реч о држави (или локалној заједници) као мањинском (али најмање значајном акционару или члану) у привредним друштвима, може да буде погубно по интересе државе (и локалне заједнице) због ангажовања овакве имовинске одговорности, посебно кад се има у виду традиционална неодговорност представника државе (и локалне заједнице) у управи, надзорном одбору или скупштини тог друштва капитала.

62 Вид. Joseph Hamel, Gaston Lagarde, Alfred Jauffret, *Droit commercial*, Paris, 1980, I, стр. 733.

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

у оквиру своје теорије о троделној подели власти на законодавну, судску и извршну. Сличног је схватања и Русо.⁶⁴ И Кант слободу схвата као природно право које изворно припада човеку, али које може постојати само заједно са слободом сваког другог (*самоограничавање слободе*). Он сматра да право омогућује правну заједницу као „добро уређену слободу“, те да такву слободу, као природно право, не нарушава ни принуда (принудљивост, изнудљивост), то јест државна санкција. Да није тако, вршило би се неправо од стране других, што је препрека за слободу, те је отуда *принуда која се шоме сујројстивља у ствари омоћућавање слободе у складу с њравом*. Функција принуде је да поново успостави и одржи окрњену законску слободу. И Фихтеова правна филозофија је проблем права решавала с обзиром на принцип слободе, а и за Хегела „сфера права је сфера слободе“, али самосвесне слободе, што значи да је она ограничена слободом других.⁶⁵ Коначно, за Ролса „правда као непристрасност пружа снажне аргументе за једнаку слободу“.⁶⁶

Ц. С. Мил у свом теоријском *ѡрактѡиѡу о слободи*, пре свега политичкој (али тиме и правној), залаже се за најшири оквир слобода, износећи при том мисли које су задужиле цивилизацију. Овде ће бити поменуте само три. Најпре, Мил се пита: „Где су, дакле, границе власти човека над самим собом? Где почиње власт друштва? Колико људски живот треба да се потчини личности, а колико друштву?“ „Сваком своје“, одговара, „и то ће бити најправедније. Личности нека припадне онај део живота који се тиче превасходно појединца, а друштву пак онај који се углавном тиче друштва“. Затим: „Гушити слободну изјаву мисли значи захтевати за себе непогрешивост, и са тим обичним али ипак добрим доказом, потврђено је да то гушење ваља одбацити“. Најзад, поентира: „Кад би сви људи били једног мњења, само један човек против јавног мњења, тад цело човечанство не би имало више права да том једном човеку запуши уста, него што би тај исти човек, само кад би могао, имао право да заповеди целом човечанству да ћути“⁶⁷ (мирише волтеровски!).

64 Жан Жак Русо, *Друшћивени уѡвор* (предговор: Љ. Тадић), Београд, 1993, стр. 51–57.

65 Вид. Данило Баста, „Један век правне филозофије на Правном факултету у Београду (1841–1941)“, *Право и слобода*, Сремски Карловци – Нови Сад, 1994, стр. 20–24; Димитрије Матић, *Начела умној државној ѡрава и крајѡак ѡрећлед исћоријској развѡјѡка начела ѡрава, морала и државе од најстѡаријѡх времена до наших дана*, Класици југословенског права, Београд, 1995, стр. 140–142; Коста Чавошки пише (*Макијавели*, Нови Сад, 2008, стр. 208) да су за Макијавелија добри закони „жила куцавица слободног живота“; Г. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 238–241.

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

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

И у нашој филозофскоправној мисли постоје успешно написане књиге о значају слободе за право. Најпре, Д. Матић пише: „Право је, дакле, слобода и обрнуто: слобода је право“, као и: „То заједничко што ум захтева јесте у томе да моја слобода буде у сагласности са слободом других“. ⁶⁸ И Р. Лукић сврстава слободу у *йравну вредносй*, пишући да „са гледишта слободе, право и није ништа друго него покушај да се, с једне стране, слобода заштити и што потпуније оствари, а истовремено, с друге, да се разумно ограничи како не би нашкодила ни човеку ни друштву, будући да није увек неизбежно управљена на добро“. Лукић сматра да је право снажан гарант слободе, упркос бројним ограничењима која намеће човеку, јер је то „суштински у интересу саме слободе“ (нама се чини често и у интересу самог човека). ⁶⁹ Такође и С. Перовић, на основу темељне анализе релевантне филозофскоправне теорије и релевантних правних извора (домаћих и међународних), даје и дефиницију слободе: „Слобода је природно право човека да својим вољним радњама врши избор садржине и начин своје делатности у различитим подручјима индивидуалног и заједничког живота, али тако да, држећи се праведног закона и толеранције као израза културе разума, не вређа исту и једнаку слободу других“. ⁷⁰

Чини се да је Француска револуција (1789), „једина чије светско историјско значење не припада подручју сумње“, која је исходила Декларацију о правима човека и грађанина (*„Буди се рађају и живе слободни, и једнаки у йравима“*, њено је уводно гесло), учинила да модерна правна филозофија (на челу са Кантом, Фихтеом и Хегелом) направи својеврсни *заокрепй од „йрироде“ ка „слободи“*, што је отворило нову историјску перспективу и за право: „Његово тле постаје слобода, а оно само њен органон“. ⁷¹

У *обласйи (йржйшине) економије, слобода* у датом правном окружењу (регионалне хармонизације права и светске глобализације права) ⁷² јесте једна од основних вредности. Претпоставке за постојање ове вредности су, пре свега, 1) приватна својина као доминантна својина, ⁷³

68 Д. Матић, *нав. дело*, стр. 150.

69 Радомир Лукић, *Сисйем филозофије йрава*, Београд, 1995, стр. 516–518.

70 Слободан Перовић, *Беседе са Койаоника*, Београд, 2009, стр. 670.

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

72 Вид. Веселин Вукотић *et al.* (ур.), *Глобализација и йранзиција*, Институт друштвених наука, Београд, 2001; Веселин Вукотић *et al.* (ур.), *Криза и йобализација*, Институт друштвених наука, Београд, 2009.

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

2) слободна конкуренција, 3) слобода избора правних форми организовања предузетништва, 4) владавина права (са свим њеним квалитетима), 5) квалитетна регулација, 6) нова улога државе у економији (регулатор и креатор правила игре и контролор поштовања тржишних прописаних правила игре), 7) снажан институционални капацитет државних и регулаторних институција, 8) култура предузетништва и снажан пословни морал,⁷⁴ 9) уговорна слобода, 10) правна култура и снажна правна свест, 11) снажна заштита својинских права, 12) политичка стабилност и стварна демократија.⁷⁵ Ако су све те претпоставке обезбеђене, онда се може говорити о високом нивоу економских слобода, као претпоставци конкурентне и развојне економије.

Право је слобода, али и економија је слобода (што наравно важи и за политику). Али „када би слобода умела да пева, као што су сужњи певали о њој“ (што би рекао песник), онда би и у једном, и у другом и у трећем односу, који су уосталом комплементарни,⁷⁶ могла да нам саопшти да је то у нашим условима још далеко од стварности („побуна факта против права“). Парадигматична илустрација може се задржати само на неким карактеристичним одговорима позитивног права из сфере економије на насущну потребу за економском слободом и правним гаранцијама такве слободе: 1) обавезност и ороченост приватизације („приватизације ради, а не економије и слобода ради“), 2) обавезност правне форме отвореног акционарског друштва при такође обавезној приватизацији, 3) обавезност изласка на берзу тако насталог друштва и немогућност „напуштања“ берзе без сагласности регулаторног тела, 4) принудно лишавање својинских права – принудна експропријација (принудна куповина и принудна продаја), у неким случајевима права преузимања акционарских друштава, као да је реч о дефинисаном општем интересу, а не приватносвојинском интересу... Ако је и од државе и права, много је, ако је за економске слободе, мало је!

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

75 Вид. Веселин Вукотић *et al.* (ур.), *Политика и слободе*, Институт друштвених наука, Београд 2003; Љубомир Маџар, „Својина, слобода и друштвени напредак“, у: Веселин Вукотић *et al.* (ур.), *Економија и њраво*, Београд, 1998, стр. 15–36; Веселин Вукотић, „Економске слободе и предузетништво“, у: Веселин Вукотић *et al.* (ур.), *Економија и њраво*, Београд, 1998, стр. 37–50; Божо Стојановић, „Слободно тржиште – склад или анархија“, у: Веселин Вукотић *et al.* (ур.), *Економија и њраво*, Београд, 1998, стр. 115–130.

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

VII Уместо закључка

Докле треба да сеже „видљива рука државе“ у економији? Одговор на ово питање није могуће дати у математичкој формули, али у сваком случају ниједан екстрем (државно командни или либерално чисто тржишни) није прихватљив. „Невидљива рука *џржишија*“ у сваком случају не може „видљивој руци државе“ одузети улогу регулатора и креатора регулаторног оквира, заштитника две основне полуге сваке економије – својине и уговора и то путем снажног институционалног капацитета, као и предводника стратешких праваца развоја (подршка одређеним гранама привреде; подршка неразвијеним деловима земље; дискретни економски патриотизам заштите домаће привреде прописивањем стандарда, нецаринских мера заштите и дозвољене економске помоћи – „економски национализам“; реформа јавног сектора; изградња инфраструктуре – од путева до телекомуникација; унапређење пословног амбијента – правна сигурност, политичка стабилност, економска стабилност, владавина снажних институција; обезбеђење макроекономске стабилности и уређених јавних финансија) и, коначно, снажан институционални мониторинг (надзор).

У контексту промене улоге државе у економији мења се и карактер привредне регулативе у савременом све глобализованијем свету и иде у правцу својеврсног *џодрушћивљавања* – држава више није једини привредни законодавац (губитак монопола), већ се појављује више доносилаца привредне регулативе (подруштвљавање привредне регулативе): саморегулаторне организације, привредни субјекти (аутономна регулатива као општи извор и слобода уговарања као појединачни извор). С друге стране, карактер привредне регулативе се мења утолико што привредну регулативу не прати више обавезност принудљивости извршења (државна санкција) – тзв. *џврдо џраво*, већ изостанак државне принудљивости извршења, уз аутономне санкције финансијских тржишта за које је питање правне природе отворено – тзв. *меко џраво*. Својеврсно подруштвљавање привредне регулативе и поред добрих намера води слабљењу квалитета и ауторитета права због дифузности санкција неизвршења, посебно изостанка санкције државне принуде извршења.

Овај процес „разводњавања *џрава*“ појачан је посебно због уверења пословне јавности да постоји блиска спрега моћних привредних лобија и институција законодавног процеса, тако да се закони доносе по мери уских монополских интереса уског круга економских власника државе, а не по мери општих интереса и привредноправне сигурности. Бројни недостаци и самог поступка доношења закона (недовољна јавност, не-

кредитбилност радних тела, хитност, брза амортизација, правно некритичко трансплантирање, изостанак јасне концепције развоја правног система, „кратки спојеви“ англосаксонске и континенталне регулативе, некритичко преписивање европских хармонизованих прописа и кад за то не постоји правна обавеза, интензивирање поља правне несигурности, временско раздвајање момента ступања на снагу закона и момента почетка њихове примене и слично) директно резултирају и у правном феномену „незаконској њрава“. Све ово умањује ефикасност закона, тиме и ефикасност привреде, која се све мање налази у окружењу економских слобода и слободе избора, а све више је укотвљена у раље политике, служећи тако управо потребама политике. Уместо тога, ако се жели конкурентност, развојност, нема бољег рецепта од повратка привреде привредним слободама (схваћеним као могућност избора) и тиме и самој себи, у дефинисаним законским оквирима. Ако јој на том путу сапутник буде њривредна рејулајива у раљама њривреде, а не у раљама политике, њен развој и конкурентност неће изостати. У противном, ако и њривредна рејулајива буде у раљама њолијике, врло брзо неће бити у стању да служи ни политици која је присваја („приватизација државе“), а ни привреди ради које постоји.

Mirko VASILJEVIĆ, PhD

Professor at the University of Belgrade Faculty of Law

STATE AND ECONOMY

Summary

The author of this article analyzes some open questions of the condition and perspective of the relation between state and economy (eternal dilemma how much of command and how much of “the visible hand of state and the invisible hand of market”). The author analyzes: first, the change of character of economic regulations (concluding the existence of expansion of the demonopolization process of subjects of these regulations, what is expansion of process of its socialization, therewith the question of nature of the economic regulations which are not characterized by compulsion of enforcement remains open; second, the question of demarcation between formal bearer of regulations authorized by the Constitution and factual (hidden) bearers of regulations to the extent of their narrow interests (connection between politics and monopolistic economy); third, relation between economic regulations and economic efficiency; fourth, position

of the relation between state and public corporations; fifth, the question of nationalization and/or privatization of the economy; sixth, capital participations of the state as minority owner (in the principle); seventh, state and freedoms (economic, political, legal). Finally, the author concludes that position of the state in the economy is in regulatory, monitoring and developing sphere as well as in certain special functions (discrete economic patriotism in foreign trade, stimulation for undeveloped areas, support to strategic branches and similar), and that economic regulations need to serve to economy in order to improve economic efficiency, and not to be the servant to the politics and at disposal to other interests from economic ones, what consequently leads to socialization and non-competition of the economy.

Key words: *state, laws, economy, privatization, nationalization, public corporations, efficiency, economic freedoms, capital participations of the state.*

ПРАВО ПРИВРЕДНИХ ДРУШТАВА

Christa JESSEL-HOLST, PhD

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

MEASURES TOWARDS IMPROVING GENDER BALANCE IN THE BOARDROOMS OF LISTED COMPANIES IN THE EU AND IN GERMANY

Summary

The European Commission has adopted a Proposal for a “Directive of the European Parliament and of the Council on improving the gender balance among non-executive directors of companies listed on stock exchanges and related measures”. Although the proposal is formulated in a neutral way, the intention is in particular to strengthen participation of women as the typically under-represented sex in the decision-making process of large enterprises. It is at this moment not possible to predict what will be the outcome of the Proposal for the Directive. In any case, the German experience shows that changes can be triggered not only by direct state intervention, but that it may be enough to announce the intention to adopt a directive to influence the recruitment policy of corporations.

Key words: *listed companies, EU, non-executive directors, gender balance, corporate governance.*

I Introductory remarks

The European Commission has on 14 November 2012 adopted a Proposal for a “Directive of the European Parliament and of the Council on

improving the gender balance among non-executive directors of companies listed on stock exchanges and related measures”. Although the proposal is formulated in a neutral way, the intention is in particular to strengthen participation of women as the typically under-represented sex in the decision-making process of large enterprises. The proposal is therefore discussed under the catchword of introduction of a “women’s quota”.

The initiative has been heavily influenced by experiences from Norway. As the first country in the world, Norway has introduced a women’s quota by law even in 2003, with entry into force in 2008. Since then, in the larger corporations, 40 per cent of non-executive directors must be women. Violations of the law are sanctioned very severely.

The recent initiative of the Commission has provoked very different reactions in the 27 Member States. In Germany, it can only be described as a highly controversial topic, and the media provide a continuous flow of contributions from supporters or opponents, as the case may be. Other Member States, as for example Sweden or France, take a more relaxed attitude.

So far, in Germany, the enterprises are totally free in the choice of board members. Therefore, adoption of the Directive would for them entail the obligation to introduce fundamental novelties in the national law. This would also mean a major change for German corporations. So far, 15.5 per cent of the members of the supervisory boards, and only 4.2 per cent of the members of the management boards of the large listed corporations in Germany are women.

In contrast to this, quite a number of other Member States (namely Belgium, France, Italy, the Netherlands, Spain, Portugal, Denmark, Finland, Greece, Austria and Slovenia) have already decided in favour of a women’s quota in their national law, so that for them, nothing much would change. For example, under French law the percentage of women in leading positions shall be raised step by step up to 40 per cent in 2017.

II Background of the recent Proposal for an EU-Directive on improving the gender balance in listed companies

Equal treatment of men and women for the European Union is considered a founding value and core aim (Articles 2 and 3(3) of the Treaty on European Union). According to Art. 8 of the Treaty on the Functioning of the European Union, “in all its activities, the Union shall aim to eliminate inequalities, and to promote equality, between men and women”. Art. 157(4) TFEU expressly authorizes the Member States to *adopt measures providing for specific advantages in order to make it easier for the underrepresented sex to pursue a vocational activity or to prevent disadvantages in professional careers,*

with a view to ensuring full equality in practice between men and women in working life.

Initially, the European Union has attempted to enhance gender equality by the use of soft law instruments. Examples for such an approach are the Council Recommendation 84/635/EEC of 13 December 1984 on the promotion of positive action for women, as well as the Council Recommendation 96/694/EC of 2 December 1996 on the balanced participation of women and men in the decision-making process.

However, these initiatives have proved to be of little effect in the practice. Comprehensive statistical data as well as a survey of legislative and other measures including voluntary initiatives on different levels can be found in the Progress report: “Women in economic decision-making in the EU, March 2012. A Europe 2020 initiative”. The Report has shown that in the EU, on a total average only 13.7 per cent of corporate seats in the large enterprises were held by women; among non-executive directors, women held 15 per cent of the seats.

III Summary of the Proposal

Declared aim of the Proposal is to ensure a more balanced representation of man and women among the non-executive directors of listed companies (Art. 1). The tool that has been chosen by the Commission is that of a directive. Unlike the regulations which have general application and are binding and directly applicable in all Member States, the directives are binding only upon the Member States as such and must be transposed in the respective national laws in the form and methods chosen as appropriate by the national authorities (Art. 288(3) TFEU).

The Proposal consists of an elaborate Explanatory Memorandum, a considerable number of recitals and altogether 11 provisions. Small and medium-sized enterprises do not fall under the scope of the Directive (Art. 3).

Art. 4 of the proposed Directive imposes on listed companies certain objectives with regard to non-executive directors. The Directive does not apply to the executive directors.

Non-executive directors are defined separately for companies with a unitary board system and for those with a dual board system. In the latter, the management and the supervisory functions of the company are carried out by separate bodies, whereas in the alternative, one single board combines the management and the supervisory functions. The German law traditionally follows the two-tier system, with “Vorstand” and “Aufsichtsrat” (management board and supervisory board). Some other Member States know only the one-tier system, whereas a growing number of States leaves the choice be-

tween dual or single board system to the companies themselves. The Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company provides for the *Societas Europaea* (“SE”) also the free choice between the single or the two-tier system.

For companies with a unitary board, non-executive director means any board member who is not engaged in the daily management of the company (in other words: any member other than an executive director), whereas in a dual-board system, the term designates any member of the supervisory board (Art. 2).

The Directive aims at securing for men and women a legal minimum of 40 per cent of the non-executive director positions. With regard to listed companies which do not fulfill the requirement, the Member States are obliged to institute positive actions in favour of the under-represented sex (Art. 4).

On the one hand, appointments shall be made “on the basis of a comparative analysis of the qualifications of each candidate, by applying pre-established, clear, neutrally formulated and unambiguous criteria”. But in order to attain the minimum of 40 per cent participation for either sex, “in the selection of non-executive directors, priority shall be given to the candidate of the under-represented sex if that candidate is equally qualified as a candidate of the other sex in terms of suitability, competence and professional performance, unless an objective assessment taking into account of all criteria specific to the individual candidates tilts the balance in favour of candidate of the other sex”.

The companies are granted an interval to make the necessary arrangements for improving the gender balance within their boards. The above-mentioned minimum of 40 percent for either sex must be attained at the latest by 1 January 2020; in case of listed companies which are public undertakings, it shall be ensured earlier, until 1 January 2018 (Art. 4(1)).

On the request of an unsuccessful candidate, the listed companies shall be under a duty of disclosure of their qualification criteria and of the considerations which have led to the decision in favour of a candidate of the other sex. In case of justified doubt, the burden of proof shall lie with the company and not with the candidate. To that purpose it suffices for the unsuccessful candidate to establish facts from which it may be presumed that the candidate was equally qualified as the appointed candidate from the opposite sex.

In certain sectors of the economy gender balance is difficult to achieve because the workforce consists almost entirely of members of the same sex. Member States may provide exemptions for those listed companies where the under-represented sex accounts for less than 10 per cent of the workforce.

Instead of a legal minimum of 40 per cent for non-executive directors, Member States may provide that the members of the under-represented sex hold at least one third of *all* director positions (executive or non-executive), Art. 4.

The Directive also imposes certain control mechanisms (Art. 5). In particular, the listed companies shall be obliged to provide the relevant information and to make yearly reports to their national authority.

For cases of infringement the Member States shall have to provide for “effective, proportionate and dissuasive” sanctions (Art. 6). These may include monetary fines, but also the declaration of nullity, by a judicial body, of an appointment of a non-executive director made in violation of the regime of the directive.

The requirements of the Directive are to be understood as minimum requirements (Art. 7). Minimum harmonization means that the Member States may even go further in ensuring a more balanced representation of men and women.

IV The discussion in Germany

1. Absence of legislative measures

In Germany, instruments for improving gender balance in companies’ boards may *de lege lata* be found only in the soft law. The German Stock Corporations Act (Aktiengesetz) does not deal with the topic.

2. Gender balance as a soft law issue

Participation of women in top-ranking positions in the economy is in Germany far from satisfactory. Whereas this finding seems to be acknowledged by a broad majority, there is a sharp dispute on the question whether the state should intervene, and if yes, in which way? Especially the enterprises oppose any kind of regulatory intervention. In their opinion, the economy is already over-regulated. In order to avoid more state intervention, they have in recent years developed their own schemes for the advancement of women.

From the point of view of the enterprises, the matter could just as well, or better be dealt with in instruments of the soft law. The topic of advancement of women in business has recently been brought up within the framework of the German corporate governance debate. In the year of 2002, Germany has adopted the Deutscher Corporate Governance Kodex (German Corporate Governance Code). Initially, gender has not been an issue, but the

Code is updated in regular intervals (the last version dating from 15 May, 2012).

A recent update, from 26 May 2010, has amended Art. 5 regarding the supervisory board of the listed stock corporations, which now reads as follows:

Art. 5, German Corporate Governance Code

5.4.1. The Supervisory Board has to be composed in such a way that its members as a group possess the knowledge, ability and expert experience required to properly complete its tasks.

The Supervisory Board shall specify concrete objectives regarding its composition which, whilst considering the specifics of the enterprise, take into account the international activities of the enterprise, potential conflicts of interest, the number of independent Supervisory Board members within the meaning of number 5.4.2, an age limit to be specified or the members of the Supervisory Board and diversity. *These concrete objectives shall, in particular, stipulate an appropriate degree of female representation.*

The German Code, like all Corporate Governance Codes, constitutes soft law and is not as such binding. However, Art. 5 of the Code is formulated as a “recommendation”. This means that the companies are free to deviate from it, but they are then under an obligation of disclosure. The companies must declare once a year which of the Code’s recommendations are being applied, and which or the Code’s recommendations are not being applied and for which reason (principle of comply-or-explain; § 161 AktG). The declaration shall be made permanently accessible to stockholders. The declarations of conformity of the companies listed on the DAX 30 and on the MDAX (that is: the declarations of the largest companies) can all be accessed very easily under one central link. The entries are supplied by the companies themselves.

Gender equality has also come into the focus of discussion on corporate social responsibility. The German Global Compact Network (GGCN) is coordinated by the Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH on behalf of the Federal Ministry for Economic Cooperation and Development.

3. The German concept of “Flexiquote” as an alternative to the Directive as proposed by the Commission?

The Proposal of the Commission has, apart from the Federal Ministry of Labour and Social Affairs, not found much support from the side of the

German government. The ruling coalition of conservatives and liberals advocates instead the concept of a flexible quote, which is called by the name of “Flexiquote”. The underlying idea is to leave it to each individual listed company to determine a minimum requirement (in the typical case: a women’s quota) of its own. Such minimum requirement may be rather high in sectors where men and woman are to be found in more or less equal proportion. In other branches of business which are at present dominated to a large extent by one sex, the quota of leading positions to be held by members of the other sex may be smaller. Practical examples in Germany for sectors where the workforce is predominantly male are engineering or the building industry. It is up to the companies to freely assess their needs and define their own solution.

However, once the quota has been determined by the respective company, it shall not be at the free discretion of the company to fulfill the quota or not. On the contrary, the company shall not only be obliged to disclose its individual target mark. In case the self-imposed minimum requirement is not met, the company may be sanctioned in a similar way as under the Directive. This means that the company will not only be under the threat of a pecuniary sanction, but that appointments that have been made in violation of the self-imposed quota may under certain conditions be nullified by the court.

The concept of “Flexiquote” has been acclaimed by leading representatives of the German economy. Many well-known German companies, as for example Deutsche Telekom, BMW, Daimler, Bosch or E.ON, have already adopted self-commitments for increasing the percentage of women in leading positions, not only with regard to the supervisory boards, but also in view of management functions.

It should be mentioned in this context that as of late, the German language has a special denomination for a female member of the management board, namely “*Vorständin*”, as a counterpart to the traditional “*Vorstand*”, which term may refer to male managers, or to managers of either sex. The practical need of the designation as “*Vorständin*” may not be affirmed by all. The issue of gender is today raised in all kinds of situations, maybe too many.

Thus, the assembly of the district of Friedrichshain-Kreuzberg in the city of Berlin has in 2005 adopted the decision that 50 per cent of all streets and squares in the district shall be named after women. Until this goal is reached, preference shall be given to women and only under exceptional circumstances may a street or square be named after a man. By chance, the Berlin Jewish Museum is located in that district, and proposals have been made to name the square in front of the Museum after the famous Jewish philosopher Moses Mendelssohn, who inter alia rendered outstanding serv-

ices to the emancipation of Jews in Germany and would more than anybody else deserve to be honoured in such manner. *Inter alia*, Moses Mendelssohn has to the author Gotthold Ephraim Lessing served as model for the main character in the famous drama “Nathan the Wise”. However, the assembly of Friedrichshain-Kreuzberg refused to name the square after him because of Mendelssohn’s being male. According to recent reports, as a compromise the square might be named after his wife and him as “Ehepaar-Fromet-und-Moses-Mendelssohn-Platz”, although nothing much is known about Fromet, in order to achieve at least 50 per cent female representation with regard to the square’s name.

4. The failure of a recent legislative initiative

In contrast to the Government, opposition parties consider the Proposal from Brussels as positive. What is more, they have recently started a legislative initiative in the German Bundestag as the Parliament of the Federal Republic for a reform, similar to the Directive, on the level of the German national law. Their bill included a minimum requirement of 20 per cent female representation in the supervisory boards starting from 2018, up to 40 per cent from 2023 on. On the voting which has taken place on 18 April 2013, the bill almost got the necessary majority, because a substantial number of women from the ruling coalition welcomed the initiative. In the end, the bill failed, but this is not the end of the story.

The dissenting (mostly female) deputies from the conservative party who were in favour of the initiative shied away from putting at risk the ruling coalition. But they have at least achieved a compromise in the sense that their party has agreed that it will support a 30 per cent quota for 2020 in the next election period. Elections will be held in September 2013. This means that in all probability, the German national reform is not stopped but only delayed.

5. Indirect effects of the European discussion on the policy of German corporations

Without the initiative from Brussels, it would be difficult to imagine the recent change of attitude in Germany. It seems that the threat of a directive is sufficient to trigger certain developments. Thus, the 30 DAX-enterprises (as the largest stock corporations in Germany) have on 17 October 2011 obliged themselves on a voluntary basis to enhance the percentage of women in leading positions. The results will be disclosed in annual progress reports. The First Progress Report has been delivered on 28 June 2012. It shows that in comparison to 2010, the year of 2011 has brought only moderate develop-

ments. But the women's quota has been identified as important for the public image of corporations, who can no longer afford to be regarded as indifferent on the issue of "gender management". The Second Progress Report has not been officially delivered, but some basic data have already leaked through. Thus, 26 out of 30 corporations have as of late increased the percentage of women in leading positions. The quota for the DAX-corporations currently ranges between 7 and 30 per cent.

V Conclusions

It is at this moment not possible to predict what will be the outcome of the Proposal for the Directive. In any case, the German experience shows that changes can be triggered not only by direct state intervention, but that it may be enough to announce the intention to adopt a directive to influence the recruitment policy of corporations.

др *Кристиа* ЈЕСЕЛ-ХОЛСТ

Макс Планк Институт за упоредно и међународно приватно право,
Хамбург

МЕРЕ ЗА УНАПРЕЂЕЊЕ БАЛАНСА ИЗМЕЂУ ПОЛОВА У УПРАВИ КОТИРАНИХ ДРУШТАВА У ЕУ И НЕМАЧКОЈ

Резиме

Европска комисија је усвојила Предлој „Директиве о унапређењу баланса полова неизвршних директора у компанијама котираним на берзи и повезаним мерама“. Иако је предлој формулисан на неутралан начин, намера је била да се повећа учешће жена у постојећу доношења одлука у великим друштвима. У овом тренутку се не може предвидети какав ће бити исход овој Предлоја. У сваком случају, немачко искуство показује да се промене могу иницирати не само директном државном интервенцијом, већ и сама најаву усвајања директиве може имати ефекта на постојећу именовања чланова управе великих друштва.

Кључне речи: *котирана друштва, ЕУ, неизвршни директори, полни баланс, корпоративно управљање.*

Thomas MEYER, PhD
Manager of the Open Regional Fonds for South-East Europe – Legal Reform

SOCIAL MARKET ECONOMY VALUES IN LEGAL REFORM PROJECTS IN SOUTH EAST EUROPE (SEE)

Summary

German Technical Development Cooperation legal reform advisory projects are geared towards strengthening the principles seen in social and ecological market economies, by developing legal frameworks for private business activities and for transforming planned economic systems into market-oriented ones. The main focus is on projects which aim to introduce and strengthen the rule of law as part of good governance practices, as detailed in sub principle 1, and the improvement of business environments (sub principle 4). Although services provided in this advisory capacity do not have a value in themselves for the creation of social welfare, they do serve as a valuable tool in this regard. Additionally, appropriate regulation of market systems provides a mechanism for the state to monitor and compensate for the failures of the market, particularly with regard to socio-economically disadvantaged groups. The social market economy model developed this way, based on legal traditions which are related to the legal systems of the states of South Eastern Europe. The principles of a social and ecological market economy, as published by the German Federal Ministry on Economic and Development Cooperation have also significantly contributed to this development. Legal fields, which characterize a social market economy, namely labour laws, social and corporate laws, must be developed. Along with the explicitly cited consumer protection law, this is particularly true for a non-dispute related judiciary (notaries and property rights including related institu-

tions)¹ but is also true for the area of enforcement, where social aspects take on special importance. In contrast with the approaches of other organizations active in development cooperation in the field of legal reforms, the orientation towards the principles of a social and ecological market economy represent a unique feature of German Development Cooperation in this field.

Key words: *social market economy, legal reform projects, market-oriented system.*

I Introduction

The collapse of the socialist system and subsequent expansion of global economic relationships have presented the States of the former Soviet Union, East- and South East European² with the challenge of transforming their plan oriented economic, political and legal systems to a market oriented system. Part of this transition is a comprehensive reform of the legal system and the implementation of this by institutions and organizations.

Far from being homogenous, each country and region has specific differences. The situation in former COMECON states, independent development in South Eastern Europe (the former Yugoslavia on one hand and Albania on the other) and development in Asia cannot be compared exactly. What they have in common is, that the functions fulfilled by the main institutions in market-oriented economies also differ greatly from those in plan-oriented economies. In market oriented economies, private business activities are based on two pillars of freedom: contract and property rights. Freedom of contract ensures that entities doing business have something to act on, while property rights, protects the individual benefits. Both allow the pursuit of individual interests. In plan-oriented economies, contracts were used as a way of delegating the completion of a given plan, whilst state property effectively meant that decisions regarding production assets were made by the political regime³.

From the very beginning, transition economies were supported during consecutive reforms by development agencies. Unilateral organizations such

-
- 1 See Markus Sikora, *Der Notar im sozialen Rechtsstaat* (Notary in the Social Constitutional State), Hamburg, 2007, p. 119.
 - 2 The states of East and South-East Asia, e.g. China and Vietnam are not covered by this contribution because of the author's lack of experience in these countries.
 - 3 It should not be forgotten that even in plan-oriented economies, facilities exist to delegate business decisions to (state) enterprises through rights of usage and rights of management in order to enable business to be conducted.

as USAID, GTZ, CILC⁴, IRZ⁵, SDC⁶, ADA⁷, SIDA⁸, CIDA⁹, DFID¹⁰ were, and are, involved with multilateral organizations, in particular the World Bank¹¹, EBRD, OECD and the EU.

In most transition countries, comprehensive programs were established to support private business activities through the reform of institutions and by implementing organizations. The aim was to strengthen welfare gains in order to prevent impoverishment. A consensus existed between these organizations to ensure the introduction of freedom of contract and also to guarantee that property rights were fundamental elements of these reforms.

The impact of these programs should not be underestimated. In most important legislative projects, either one or many organizations were involved, as individual states did not have sufficient resources to implement the plans alone. The lack of expertise for the implementation of these programs, partly a legacy of decades of socialist rule, and partly due to budget limitations reducing the availability of external intellectual resources. This was further exacerbated by the setting of completion timeframes as a condition for financial support.

Alongside the need for comprehensive and effective coordination when several organizations are involved, the delivery of policy advice is heavily influenced by different approaches from the various organizations that are involved. These differences result from different legal systems in the organizations' countries of origin and also because of the various origins of the contracted advisors. In particular, differences between the Anglo-American and Continental-European approaches are important, whilst differences between the approaches of Continental Europeans are not so obvious because of a focus on approximation to the *acquis communautaire* of the EU.

In this paper, the approach to legal reform projects by the development cooperation conducted by the *Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH* will be presented and reviewed in line with the guiding principle of a social market economy. It will be shown that these

4 (Dutch) Center for International Legal Cooperation.

5 *Deutsche Internationale Stiftung für Internationale Rechtliche Zusammenarbeit* (German Foundation for International Legal Cooperation).

6 Swiss Development Cooperation.

7 Austrian Development Agency.

8 Swedish International Development Agency.

9 Canadian International Development Agency.

10 British Department for International Development.

11 Partly by group members IFC (International Financial Cooperation) and IDA (International Development Association).

projects followed the objectives of international development cooperation as set out, for example, in the Millennium Development Goals. However, a specific approach has been developed which has a substantial impact on market economy reforms in transition economies. This can be seen in the projects conducted in South Eastern Europe.

II The overall concept of a social and ecological market economy

The key purpose for introducing the concept of a social market economy into development cooperation is the role this plays in preparing transition economies for the challenges of globalization¹². With regard to the legal system¹³, the concept was restricted to the fields of company, social and labour law¹⁴.

Whilst social law is not covered by GTZ legal reform projects, labour law was the only one of these topics selected in certain states of Central Asia and Southern Caucasus. With respect to company law reform, it has to be considered that Continental-European and Anglo-American company law is currently undergoing a process of mutual approximation.

The concept of social market economy has been profiled in several publications, circulated mainly within GTZ, which seek to provide an outline and confirmed interpretation¹⁵. These publications state that the starting point for German development assistance and collaboration, with regard to the fight against poverty or at least the prevention of impoverishment, is only sustainable within the economic system, if, social and ecological factors are observed alongside growth orientation¹⁶. The concept of a social market economy is not opposed to the pro-poor growth approach of the World Bank,

12 See Twesten, *Institutions and the Role of the State in Transition Economies in the Context of Globalisation*, Eschborn, April 2006.

13 Legal systems or law, is seen with by this contribution not for its dimensions as a socio-logical phenomena, but rather as a law, set by states.

14 See Ricardo Gomez, *Soziale Marktwirtschaft im internationalen Systemwettbewerb* (Social market economy in the international competition of systems), p. 4 (on Company Law), p. 7 (on labor and social law), Hans Jürgen Rösner, “Soziale Marktwirtschaft und internationale Trends in der sozialen Sicherung” (Social market economy and international trends in social security), in GTZ (publ.), *Die soziale Marktwirtschaft als Leitbild für die Entwicklungszusammenarbeit* (Social market economy as a principle of development cooperation), Eschborn, 2005.

15 See GTZ (publ.) (previous note); GTZ, Goethe Institut (eds.), *Kulturelle Voraussetzungen für die Entwicklung von Demokratie und sozialer Marktwirtschaft* (Cultural preconditions for the development of democracy and a social market economy), Frankfurt on the Main, 2005.

16 See GTZ (publ.) (supra note 13), Preface by the managing director of GTZ, Eisenblätter, p. i.

but is based on different assumptions and reflects a specific German approach and the concretization of it¹⁷.

In August 2007, the Federal German Ministry for Economic Cooperation and Development (BMZ) presented the “Principles of a social and ecological market economy in German development cooperation”¹⁸. The main principle stated that German development cooperation is led by 8 sub-principles, namely to:

1. Support the introduction of a rule of law;
2. Seek distributed growth;
3. Strengthen the private sector;
4. Improve the business environment;
5. Prepare the economy for the future;
6. Establish social partnerships;
7. Ecologically orientate the economy;
8. Assure equal opportunities.

Projects based on supporting legislative framework reform for private business activities can be attributed to sub-principles 1, 4, 6 and 8 (rule of law; market framework, social partnership, equal opportunities), particularly for the rule of law, as the projects support the creation of legal frameworks. As stated in the principles, the creation of a legal norm and its implementation to support the behaviour of the state, based on the rule of law, are the main focus of German development cooperation. The ability to enforce rights within the framework of capable judiciary, equal treatment of economic participants is strengthened and through this, so are equal opportunities and participation which are integral elements of a social and ecological market economy.

Improved market conditions for business alongside this judicial framework is an obvious requirement, calling for a consideration of the importance of the law of competition and the area of consumer protection, although neither have been included as characteristic of a social and ecological market economy so far.

Less obvious is the reference to social partnerships, stated in company law, as this sub-principle also covers mid- and long-term corporate decisions.

The alignment of economic policy advice, regarding the reform of legal frameworks based on the principles of a social and ecological market

17 See Tilman Altenburg, Detlef Radke, “Wirtschaftsreform und Aufbau der Marktwirtschaft: Betrachtung des EZ-Schwerpunktes aus der Sicht der TZ” (Economic reform and building up a market economy: Considering the focus of development cooperation from the perspective of technical assistance), p. 146, in GTZ (Publ.) (supra note 13).

18 Available at: www.bmz.de/de/service/infothek/fach/konzepte/konzept157.pdf.

economy, will then be shown through examination of the results of practical experience in South Eastern Europe.

III Description of the orientation of German legal reform projects based on the principles of a social and ecological market economy¹⁹

Only areas of civil law will be covered in this paper. No comments will be made regarding the extent to which the principles are relevant within the law of public administration. However, for example, the law on concessions (i.e. public franchises) is more directed at good governance, which is of great importance for all legal reform projects. Whilst the law on competition tries to compensate for failures in the market by concentrating on the power of the market, dealings in securities fall under company law. An attempt is being made to extend consumer protection to capital markets. Although this target group cannot be defined as socially disadvantaged, the value of their capital, and their investments for retirement in pension funds makes these protections worth considering, particularly in light of anticipated shortfalls in state based pensions schemes.

1. Company Law

Even before the publication of the principles, company law was identified as an area of particular importance for social market economy principles²⁰. In addition to the organizational framework, employee participation in the supervisory board (or the board of directors in a monist system) was seen as being characteristic of a social market economy, and therefore an important focus for project planning. Latter topics were integrated to a lesser extent, due to a perceived lower relevance to practice. Differences in approach became evident, particularly with regard to closed corporations, specifically, with limited liability companies. Here the main source of dispute between projects concerned the retention of the minimum capital requirement for company registration. This dispute reflected the discussions taking place between EU member states. The German response to this issue involved the introduction of the “*Unternehmergesellschaft*” (Entrepreneurial Compa-

19 The term “principles” refers to a policy statement of the German Federal Ministry on Economic Cooperation and Development, emphasizing that German development cooperation policies will be informed by the principles of a social and ecological market economy. Cf. the website of the Federal Ministry: www.bmz.de/en/issues/wirtschaft/index.html.

20 See II. *supra*.

ny) which has no capital requirements for registration, allowing rather for this capital to be accumulated during operation.²¹ Although this approach was more in line with recommendations made by other organizations²² it cannot be said to have been overly persuasive.²³ the model that was eventually introduced retained a minimal capital requirement, although dramatically reduced in relation to other partner countries²⁴. This retention of minimum capital requirements in the regulations also observes the interests of debtors and minority shareholders²⁵.

Another point of major discussion was the matter of organizational structure, which rose to particular prominence with regard to joint stock companies. Here, the high level of regulation at the EU level effectively ruled out any discussion regarding minimum capital requirements. In this discussion, Anglo-American advisors recommended transition economies should move away from the continental European two-tier organization structure (which differentiates between a supervisory board and a management board), and adopt the Anglo-American system with a unitary board instead. Where both structures remain possible, this does not seem to be overly problematic particularly, if the two-tier system is retained for existing joint stock companies²⁶. As the ability of two-tier systems to support mid-term oriented corporate strategies has been acknowledged,²⁷ it can be assumed the two-tier system will remain in South Eastern Europe for joint stock companies that are traded on the stock exchange²⁸. This approach however, has more to do with South-east Europe's legal traditions and their relationship to the conti-

21 *Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008, BGBl. I, S. 2026* (Law on Modernization of Limited Liability Companies and the Prevention of Misuse).

22 See OECD Paper, *General Principles of Company Law for Transition Economies*, 1999, p. 21 et seq.

23 See comparable findings for Caucasus and Central Asia, Rolf Knieper, *Juristische Zusammenarbeit: Universalität und Kontext* (Legal Cooperation – Universality and Context), Bremen, Ferriere, 2003, Point B.I.3., www.cis-legal-reform.org/publication/articles-reports/juristische-zusammenarbeit-universalitaet-und-kontext.de.html.

24 In Bosnia and Herzegovina it was reduced to 2,000 BAT, which is the equivalent of 1,000 €, see Art. 314 par. 1 of the Law on Companies of the Federation Bosnia and Herzegovina and in Serbia to 500 € (Art. 112 par. 1 of the Serbian Company Law of 2004 (*Official Gazette of Serbia*, No. 125/2004).

25 Which is also of particular importance in the Anglo-American approach.

26 See Art. 329 par. 1 Serbian Law on Companies, where joint stock companies can choose between either form, but public traded companies need a second board which can be also be an external controller.

27 See R. Gomez, *op. cit.*, p. 5.

28 The former Yugoslav approach can even use a third body. Alongside the supervisory board and the management board the Administrative Council exists.

mental European system than the advantages of midterm oriented corporate strategies²⁹.

Approaches to company registration also differed widely, with the main debate connected to the effect of registration and the evaluation of the preconditions for company registration. Additionally, heated discussion has surrounded the question of where registration should take place, remaining with the courts, or whether new agencies will have to be established. While retaining the effect of the constitutional requirement to register a company through an act of the state, many countries have established new agencies for this purpose, which often lack the authority or the ability to check suitability of applications as against the criteria for registration.

The legal reform projects undertaken as part of German development cooperation have not yet expressly been related to the principles of a social and ecological market economy, nor only focused on the impact of socially balanced reforms. Instead, they have sought to develop more general approaches within policy advisory projects, in particular in the area of legal reforms. Reform does not have to be radical change, rather an alteration or amendment to a pre-existing substantial institutional structure³⁰. This reduces the costs of transition by easing the educational burden for those who must apply the new rules – educating judges, attorneys, public clerks and businesses on the changes as they apply to them, rather than learning a whole new system. Training may be based on existing knowledge, and, to draw on the example of company law, should not require changes to organizational matters purely as a result of changes in the legal framework. An additional benefit, is the prevention of conflicts between institutions, particularly with regard to the shifting of authority from one body to another, or the establishment of new organizational structures where these were not been essential for transition. Newly established organizations must continue to exist after development cooperation with them has ended in order to maintain long-term stability. Last but not least, the creation sustainable and stable legal systems in transition countries mean they should not be used as laboratories for testing new regulatory concepts in European and International Company Law³¹.

29 See for Bosnia and Herzegovina Rajčević, Simić, *Harmonization of Laws on Companies – Companies in Bosnia and Herzegovina*, the Judicial Training Centre of the Federation of Bosnia and Herzegovina, Sarajevo, Banja Luka, 2005, p. 4.

30 A summary of this approach can be found in, R. Knieper, *Juristische Zusammenarbeit: Universalität und Kontext*, point A.

31 The example given concerns cumulative voting in Art. 309, in the Serbian Law on Companies, which was introduced on the advice of an Anglo-American advisor.

2. Law on Bankruptcy

German legal reform projects in most countries have been involved in the reform of bankruptcy laws³². These reforms must be seen in the context of general company law reforms. As a result of the involvement of different organizations, former unitary legal systems have introduced different approaches, with some following the “German” approach, and others orienting themselves more around Anglo-American system³³. Similar linkages apply in the development of reforms to the system of enforcement, particularly for supporting privatisation measures. Bankruptcy is declared after the failure of a privatization procedure for state owned companies³⁴. Within the bankruptcy proceedings, arrangements for employees are also an important, but not decisive difference. The setting of laws however does reveal some significant differences, mainly due to differences between the national legal systems. These reforms satisfy sub principle 1 “support of the rule of law” and sub principle 4, the “improvement of business environment” of the BMZ principles: an effective bankruptcy law supports the reintegration of private assets back into a business along with the enforcement of claims made during bankruptcy proceedings.

3. Law of Obligations

Next to property law, the law of obligations is a central element in any civil law system. In contrast to other transition countries, a modern law was already in force in the former Yugoslavia. It followed the essence of the Swiss Law of Obligations and was implemented through a dedicated legal practice and academic base. Despite that, legal reform projects were³⁵ and have been³⁶ active in the field in order to integrate EU directives into the current

32 This is true for all countries covered by the Open Regional Fund for South East Europe – Legal Reform (Albania, Bosnia and Herzegovina, Croatia, Macedonia, Montenegro and Serbia), except for Macedonia, which is participating in a related component of the ORF (on Company, Bankruptcy and Enforcement Law).

33 See Jasnica Garašić, *Das Ohrid Symposium* (The Ohrid Symposium), Edition Temmen, 2004, Robert Gourley, Mahesh Uttamchandani, “From Sea to Shining Sea: How Serbia and South-Eastern Europe Have Taken the Lead on Insolvency Law”, *International Corporate Rescue*, February 2005, p. 5 (which criticized mainly the lack of harmonization in regional developments from different point of views).

34 See R. Knieper, *Juristische Zusammenarbeit: Universalität und Kontext*, point B.I.7.c).

35 In Albania, the set up of the Civil Code has been supported since the beginning of the 90's and was enacted in 1994.

36 In Bosnia and Herzegovina, the comprehensive completely new draft stagnated in a constitutional debate, after it was planned to enact the law on the Common State level. The draft was used for the new Law on Obligations in Kosovo, as the same international experts were in charge (Prof. Rüssmann from the University Saarbrücken). Following

law. These activities were often undertaken in conjunction with other related projects, under the regulations of special laws to ensure coherency with the legal system in general and the law on obligations in particular. For example, drafts for the Law of Financial Leasing in Serbia were presented which were inconsistent with the Law on Obligations. An acceptable solution was developed with the assistance of the bilateral project in Serbia.

In general, the introduction of modern types of contract, and the concomitant trend for special legislation represents an important issue in international cooperation regarding legal reform. Often reform projects have been commenced even when contracts can be managed through the application of the existing law on obligations. Despite this, special regulations seem to have received a certain level of promotion, have generated training opportunities and reflect current legislative needs, which cannot be managed through law of obligations integration, where at least a mid-term approach is needed³⁷.

The activities of German legal reform projects are all well aligned with the principles of a social and ecological market economy, and therefore, sub principle 4, the “improvement of the business environment”. This effect is derived from interfaces with the legal framework for market activities, but also touches on sub principle 1, the “introduction of the rule of law” which is one of the cornerstones of the civil law system.

In addition to managing modern contracts, one main subject regarding the work surrounding the law of obligations, is the integration of consumer protection law in South East Europe. In most countries, special laws have been enacted to regulate aspects of consumer protection regarding public administration of civil laws. This carries an inherent risk of inconsistency, as seen in the current³⁸ Law on Consumer Protection in Serbia, which was enacted in 2005. In the current Law of Obligations, articles 142 and 143 deal with general contract terms. To be in line with current consumer protection directives, clause examples of invalid or unfavourable terms, along with regulations regarding main contract duties and the introduction of collective action suits, had to be introduced³⁹. A conflict within the new regulations, regarding the law on consumer protection, shows⁴⁰ that the provisions in the law of obligations are slightly more biased towards consumers and are therefore,

that, activities in Montenegro were supported and a Serbian expert (Prof. Perovic from Belgrade) was involved.

37 See Thomas Meyer “The need for legal regulations on new types of contracts in countries with civil law tradition”, conference paper for the annual meeting of the Association of Business Lawyers, 2005.

38 There is currently a working group preparing a new draft law on consumer protection which is supposed to be introduced during 2009.

39 The latter is regulated in procedural laws.

40 Independent because of the fact that the law from 2005 is partly not in line with EU standards.

to some extent, more suitable for approximation to related EU directives. In court practice, judges now have to deal with the task of defining relationship between the new Law on Consumer Protection and the regulations from the old Law of Obligations. To the present date it is unclear whether or not the old rules were made obsolete, superseded by the newer Law on Consumer Protection. Clarification is also needed as to whether the new law only applies in the regulations which are not included in the Law of Obligations. These questions make the implementation of the Law on Consumer Protection more complicated, a situation which could have been prevented through broad discussions in the Yugoslavian legal community, drawing on the existing familiarity with the Law of Obligations.

As consumer protection is specifically named in the principles for a social and ecological market economy operating with development cooperation⁴¹, relevant activities do follow these newly formulated principles. Through modern consumer protection, asymmetries concerning regulations regarding information in the market can be identified and compensated for, alleviating the perceived inferiority of consumers, compared to those who are selling the products. This is a response seeking going beyond a mere approximation with the *acquis*. German consumer protection locates consumers within the principles of a social state based on the protection of disadvantaged persons, whilst the term “consumer” relates purely to the market in the European context⁴².

The support of legal reforms in the field of consumer protection within German development cooperation follows these principles. Reforms, even when focused on achieving approximation to the *acquis communautaire*, generally achieve a broader outcome.

4. Property Law

Property law reforms are key aspects of German development cooperation in the field of legal reform in South Eastern Europe, although these activities are less related to restitution, which is often a politically sensitive issue. German expertise was sought, drawing on the experiences of reunification (although this is not directly comparable to the situation of transition economies) despite the political risks inherent in basing reforms on external advice. In this field, social elements are seen as important whilst general considerations have to be fair and relevant⁴³.

41 See sub principle 4 at the end.

42 See Hans-Wolfgang Micklitz, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (Munich Commentary on the German Civil Code) (following: MüKo/Author), Preliminary to §§ 13, 14 BGB, side no. 95, 5. issue, 2006.

43 See Option Paper, “Privatization of Construction Land in Urban Zones Including Restitution”, Center of Legal Competence, which was supported in cooperation of German GTZ, Austrian ADA and Swiss DEZA (not published), 2006 p. 50.

For countries with developing and transitional economies, the importance of property rights been always understood on a totally different basis for property rights in contrast with the function of the same in market oriented systems⁴⁴, particularly for former socialist countries⁴⁵. Despite a decreasing importance regarding property rights in material terms and in terms of the means of production in developed legal systems⁴⁶, support for the reform of a substantial property law for material items, represents an essential part of the advisory services in South Eastern Europe. This is, especially true for property rights for immovable objects, where the introduction of indisputable rights is important to open access to credit by providing security rights on immovable objects. The administrative structures for implementing authorities (land registries etc.) are a core element, which are only partly covered by special projects form an important part of the reform of actual substantial property law⁴⁷. Since intellectual property rights are limited by the scope of the WTO special projects on accession handle these issues. The legislative situation is comparatively well developed, as special laws on trademarks, patents, utility patents and author's rights existed during the former Yugoslavia. Substantive property law, however is quite different: Under the former federal structure this was controlled by the respective republic, while at the federal level, only a basic framework of laws existed. The wars in the Balkans and the subsequent need for urgent action led to a ragged approach across the partner countries. German projects focused on property rights regarding material things and rights on immovable.

As in other fields, German projects benefit from the similarity of the legal structures in South Eastern Europe to the German tradition, due to their Austro-Hungarian influence. This is particularly true regarding property law, where similarities are even more visible than with the law of obligations, which also have a French influence.

Differences between projects run by other organizations, particularly USAID, have arisen due to their different legal traditions. Within the Anglo-American legal systems, no detailed differentiation between absolute and

44 See Hernando de Soto, *The Mystery of Capital*, 2000.

45 See remarks in the introduction. See Rolf Knieper, *Rechtsform und Gesellschaftsform, Festschrift für Rolf A. Schütze* (Legal Form and Social System, Festschrift for Rolf A. Schütze), Munich, 1999, p. 389 ff.

46 See Rolf Knieper, "Von Sachen und Gütern – in neuen und alten Kodifikationen", (Of Things and Goods – in new and old codifications), in: Rolf Knieper (ed.), *Rechtsreformen entlang der Seidenstraße* (Legal Reforms Along the Silk Road), Berlin, 2006, p. 189–202, p. 190

47 The example given refers to a land management project in Bosnia and Herzegovina, carried out with co-financing from Sweden and Austria, and was established as a result of preparatory work done within the project "Economic Law Reform". The subsequent GTZ project in Serbia on land management is partly based on preparation work carried out by the project "Advice for Legal Reform in the Federal Republic of Yugoslavia".

contractual rights exists⁴⁸. In practice, American projects, which rarely focus on property law, deal predominantly with registered pledges on movables. Within these projects, partial drafts have been presented, which are neither consistent with civil law approaches nor fit with legal traditions present in South Eastern Europe⁴⁹. In other regional countries, local legal traditions were better respected in projects supported by the EBRD⁵⁰.

Even if the introduction of legal security, as contained in sub principle 1 of the BMZ principles, is of major relevance, German property law shows that social elements, e.g. the principle that the sale of goods does not terminate a rental contract⁵¹, are a special feature of German law⁵². Despite these social aspects⁵³, it must be stated that the support of property is mostly focused on legal security, specific regulations to protect socially disadvantaged persons are only considered in connection with other issues, particularly regarding the enforcement of the law.

5. The Registration of Proprietary Rights

Property law reforms are accompanied by a reform of the register for rights on immovable and registered pledges on movable objects. The register of rights on immovable objects exists in Continental and European legal traditions, as a source of information which benefits from constitutive effects of registration. Changes to rights disregarding this register do will produce legal effects only under very limited circumstances. Whilst this permanency applies to the register for immovable object rights, other organizations have demonstrated a focus on information and in particular information regarding credit related to business. German projects, tend to focus mainly on the implementation of general principles for registration⁵⁴. This includes a le-

48 See Thomas Meyer "Structural differences between Anglo-American and Continental-European property law" (in Serbian Language), *Pravni život*, No. 10/2006.

49 E.g. the Bosnian Framework Law on Pledges, which came into force in 2004.

50 E.g. the Serbian Law for the Registration of Pledges on Movables, which was enacted in 2004. See also an overview of the region: Thomas Meyer, Christian Athenstaedt, "Introduction of non possessory registered pledges in South East Europe", Contribution to the conference "Problems of contract law in the states of Caucasus and Central Asia", 10 and 11 April 2008, under publication.

51 See § 566 BGB.

52 See MüKo-Häublein, § 566 BGB, RN. 6, 4. issue, 2004, see in conflict with § 1120 of the Austrian Civil Code, where it is regulated, that only registered rental agreements continue to exist after sale, which is not possible under German law.

53 And other aspects, arising from acquiring a monopoly of legal positions through legal regulations, see R. Knieper, "Von Sachen und Gütern – in neuen und alten Kodifikationen", p. 191.

54 See the opinion paper prepared by Prof. von Schuckmann on the Serbian draft Law on Cadastre, surveying and Registering Rights on Immovable Objects, see also the commentary by Weike, Tajic on the Law on the Land Registry in BiH.

gal check up of the state authorities involved in the registration process, to prevent state influencing of registration, and guarantee the independence of registrars, thus preventing undue influence from the executive branch. The systems in place vary across the region, for those regions which were under Austro-Hungarian influence land registration is carried out by courts, which have come to play the role of a third pillar in the division of power required for the aforementioned independence. However, a similar court administered land register also exists in Slovenia, Croatia, Bosnia and Herzegovina and parts of Serbia (in particular Vojvodina but also urban areas), where a court system was established after World War I. No uniform rule exists in territories which were influenced by the Ottoman Empire (South- and East-Serbia, Albania, Macedonia) or in those which were not directly connected to the Austro-Hungarian sphere (Montenegro). Other systems involve a collection of documents, which can be compared with the Turkish system, whilst in other parts, registration was carried out with the cadastre (land registry) or no register exists at all.

GTZ's approach has always been neutral regarding institutional setting. As there is a need for independence regarding the registration process, court based systems are often reasonable, particularly as they can be easily set up within general court independence procedures ruling out state liability for incorrect registration to some extent. However, experience has shown that working systems can be set up outside the court system. Other organizations, in particular the World Bank, insist on integrated solutions referring to the poor state of the court systems in general, which may cause delays in the establishment of registers⁵⁵.

Social aspects are slightly outweighed by considerations regarding the strengthening of the rule of law, as stated in sub principle 1 of the BMZ principles. These is however a social element introduced by the fee structure for entries. Where these are calculated according to the value of the real estate, the question of cross-subsidy of fees for high value entries arises, fees are higher with higher value based entries, although the necessary resources for registration are comparable. As a result, transaction costs for real estate transfers (or the establishment of security rights for example) are less than those for high value transactions. Thus it could be said that there is a social component in the real estate market, which is connected to the orientation of the principles of a social and ecological market economy, and beyond the scope of sub principle 1 (the introduction of the rule of law)⁵⁶.

It should not be overlooked, that elements of a social market economy did well exist before the term "social market economy" was introduced into

55 Surveys show that with a court system, timely registration is also possible whilst the main delays are generally caused by the initial registration of a plot, also where integrated systems are in operation.

56 See comparable argument regarding the fees of notaries.

political debate during the second half of the 20th century⁵⁷. Similarly, land registries had already been introduced early in the 19th century. What we commonly classify as a social market economy is not a invention of recent politics. Instead, it was built up and developed (along with other systems) in a way which is documented in sub-principle 1 of the BMZ principles. The same holds true for Company Law, where a two-tier system in joint stock companies was introduced in the 19th century.

6. Notaries

The process of introducing latin notaries into the countries of South East Europe ranges from commenced⁵⁸, to completed processes⁵⁹. In Bosnia and Herzegovina, Montenegro and Serbia this process happened with the support of GTZ legal reform projects in close cooperation with activities carried out by the German Foundation for International Legal Cooperation⁶⁰ and other organizations, for example, the Konrad Adenauer Foundation⁶¹. Latin notaries represent an important part of a reformed institutional setting together with the judiciary. In reflecting Austro-Hungarian and German traditions, notaries assume duties in the field of voluntary (non-contentious) jurisdiction, while the judiciary performs its function on the basis of a “two pillar” model of non-contentious justice⁶². Registers are another example of this kind of institutional setting for the prevention of disputes, holding specific powers for registering rights, and guaranteeing the correctness of those rights and facts, regardless of whether they have been established within courts or by independent authorities. In all cases, these registers strengthen legal security regarding important economic resources or facts⁶³. The second pillar, which was named in the former Yugoslavia as a “non-dispute judiciary”, works well with local legal traditions including those which were followed during the socialist era.

57 Alfred Müller Armack, *Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft* (Steering of the economy and of the market economy), 1946.

58 In Bosnia und Herzegovina, Latin notaries started to work on 5 May 2007, whilst in the Republic of Serbia, they started to be present early in 2008. In Montenegro, the introduction of Latin notaries will take place soon, whilst in Serbia the law is still under the process of being completed.

59 Slovenia, Croatia, Macedonia, Hungary, Romania, Bulgaria, Czech Republic and Slovakia introduced Latin notaries, in part, 15 years ago and have had positive experiences with this.

60 In particular Albania, Bosnia and Herzegovina and in Serbia.

61 Project involved carrying out political preparations in Montenegro.

62 See www.bnotk.de/Service/BNotK-Intern/2007/BNotK-Intern_2007_1_01.html.

63 E.g. on the legal representatives of corporate bodies.

Latin notaries differ from the notary public in common law legal systems as they can fulfil state functions in civil law countries, rather than merely officially witnessing signatures. This subject is currently under discussion within the European Union, but is acknowledged in several legal acts determined by the EU⁶⁴. One of the main functions of Latin notaries is to create evidence in legal relations, to give impartial legal advice and on some occasions, provide an insurance function.

This creation of legal evidence is one of the key functions of the Latin notary. The involvement of an impartial third party, appointed by the state, who creates a legal document from the original documentation and hands over official copies only, ensures that original texts cannot be falsified. Notarised documents (deeds) are awarded a special trust in legal transactions because of these procedures⁶⁵. The evidence they provide is given extra weight in national court proceedings and they were granted the status of an executive title in the European Union⁶⁶.

One of the most important duties of Latin notaries⁶⁷ is the provision of impartial advice, comprising comprehensive information on the entire content legal content of a notarized document. Along with legal security regarding the expectations of involved parties, this service serves as a primary source of providing information to a less informed party. This function allows, notaries to compensate for irregularities in information provided, creating equality between parties recognised by civil law⁶⁸. On the basis of the information received, the third party may withdraw from a legal transaction, based on the advice given regarding legal consequences. Should the party choose to withdraw, it cannot invoke a claim of nescience without engaging an attorney for additional legal advice⁶⁹. This process contributes much towards the prevention of disputes and improving legal security, in turn reducing both the costs of general legal advice, and for the costs of legal representation in

64 See Regulation (EC) No 805/2004 of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 creating a European Enforcement Order for uncontested claims (*OJ L* 143, 30.4.2004) and Directive 2005/36/EC of the European Parliament and of the Council of 7 September 2005 on the recognition of professional qualifications (*OJ L* 255, 30.9. 2005), where Latin notaries are excluded because of their state function.

65 See no. 1.1. par. 1 of the “European Codex of Notarial Practice” prepared by the *Conférence des Notariats de l’Union Européenne* in the version by 9 November 2002, available in French, Italian and German only, see www.cnue-nouvelles.be/en/002/003.html.

66 See Regulation (EC) No 805/2004.

67 See Art. 80 and 81 Law on Notaries of the Federation Bosnia and Herzegovina. See no. 1.1. par. 3 and no 1.2. par. 2 of the “European Codex of Notarial Practice”.

68 See M. Sikora, *op. cit.*, p. 341, where the role of notaries within consumer protection is reflected.

69 Attorneys were in opposition to the introduction of notaries, See *Dnevni Avaz* by 25 July 2007.

trials. The reintroduction of notaries into South East Europe where no duty to notarise real estate transactions exists, it can be seen that Latin notaries clearly serve a public need, as most real estate transfers are notarized on a voluntary basis⁷⁰.

A valuable element of the services carried out by notaries in relation to notarizing legal transactions, is their professional indemnity insurance. This obligation to hold appropriate liability insurance to cover potential damages and also carries special appointment procedures and further training obligations. This means that parties engaging a notary do not need to check qualifications, but can be certain that they will not suffer loss or damages, as this is covered by professional liability insurance even if the notary cannot personally pay compensation due to lack of funds⁷¹.

A social element to this process is introduced again through the fee structure⁷². Thus, the involvement of notaries increases legal security, but also increases transaction costs. These costs however are partly shifted to less valuable legal transactions. The social element is further enforced by the use of registries, which provide greater information and access to legal advice for lower socio-economic groups in the community, who may previously have not sought to protect their legal rights in this manner in order to reduce costs⁷³.

The support from German development co-operations for the introduction of Latin notaries as part of overarching legal reforms, was guided by the principles which govern a social and ecological market economy. These services have had the additional benefit of strengthening legal security (sub Principle 1), correcting information asymmetries and redistributing related costs according to social criteria⁷⁴.

7. Enforcement Law

The enforcement of civil claims did not feature in plan-oriented economies, as the private sector did not play a significant role in the economy. For market oriented-systems however, the importance of enforcement and its apparent central role in the system cannot be overstated. Reforms to sub-

70 The number of rejected applications made to the land registry in Croatia decreased dramatically as a direct result, of the involvement of notaries in real estate transactions.

71 See M. Sikora, *op. cit.*, p. 395, Thomas Meyer, "Professional liability insurance for (legal-) advisory professions in Germany" prepared for the annual meeting of insurance lawyers association of Serbia in September 2004 in Budva, Montenegro.

72 See M. Sikora, *op. cit.*, p. 383, 396.

73 See M. Sikora, *op. cit.*, p. 397.

74 See M. Sikora, *op. cit.*, N 72, p. 237.

stantive law, and the adjustments made for a market-oriented system does not provide any benefit if the state does not provide a court system to try civil claims. If enforcement must be carried out through the legitimate use of physical force, under the German approach state authorities should exercise this use of force⁷⁵. Enforcement laws must be strictly regulated to ensure that social elements are not overlooked in the exercise of state power. These social elements include ensuring that debtors retain a sufficient level of assets required to maintain a level of existence with dignity during the enforcement process without impinging on debtors' dignity⁷⁶. As these principles are often overlooked or under-emphasised by other international organizations, these principles should be included as a matter of course into legal reform projects particularly in the areas of enforcement, even when not explicitly called for in sub principle 1 of the BMZ principles of a social and ecological market economy⁷⁷.

др Томас МАЈЕР

менадер Отвореног регионалног фонда за југоисточну Европу –
правна реформа

ВРЕДНОСТИ СОЦИЈАЛНЕ ТРЖИШНЕ ПРИВРЕДЕ У ПРОЈЕКТИМА ЗА ПРАВНУ РЕФОРМУ У ЈУГОИСТОЧНОЈ ЕВРОПИ

Резиме

Савезодавни пројекти за правну реформу Организације за техничку сарадњу Немачке су усмерени на јачање принципа прекознаћих у друштвеном и еколошким тржишним економијама, тако што развијају правне оквире за приватне пословне подухвате и за репаварање иланских привредних система у тржишно оријентисане. Главни фокус је на

75 See Rolf Knieper, "Privatization of Enforcement is not the Answer", in Rolf Knieper (ed.), *Rechtsreformen entlang der Seidenstraße* (Legal Reforms Along the Silk Road), p. 291, 292.

76 Potentially different approaches of other organizations is different documented by a contribution of a representative of IFC (International Finance Cooperation) on the Conference "Collateral Reform and Access to Finance" (at EBRD in London 2006) where he reported on good experiences with the destruction of pledged vehicles or/and the publication of photographs in daily press.

77 See supra, III.

пројектима који теже увођењу и јачању владавине права као делу праксе доброј управљања, како је наведено у првом поштрицију, и побољшању пословној окружења (поштрицију 4). Иако услуге које се пружају у шом савешодавном оквиру немају вредности у оквиру самих себе за стварање социјалној блаосијања, оне служе као драгоцено средство у шом пошлегу. Осим шота, адекватна регулација тржишној систиема обезбеђује држави мезанизам за надзирање и компензовање неуспеха тржишних, посебно у пошлегу социјално-економски ујрожених група. Модел социјалне тржишне привреде је развио шатај начин, на основу правних традиција које се односе на правне системе држава југоисточне Европе. Принципи социјалне и еколошке тржишне привреде, које је објавило немачко Савезно министарство за економску сарадњу и развој Немачке, су шатакође значајно допринели овом развоју. Правне области, које одликује социјална тржишна привреда, шот јесту радно право, социјално и корпоративно право, морају се развити. Уз изричито наведено право заштити пошрошача, шот се посебно односи на правосудје у делу који се не односи на решавање спорова (ношари и својинска права укључијући сродне институције), али се односи и на шотје примене, у коме социјални аспекти имају посебан значај. За разлику од других организација које су активне у сарадњи за развој у области правних реформи, усмерености на принципие социјалне и еколошке тржишне привреде представља јединствено обележје Организације за сарадњу Немачке у шотј области.

Кључне речи: социјална тржишна привреда, правна реформа, тржишно оријентисани систем.

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

ПУНОМОЋНИК АКЦИОНАРА ПРЕДЛОЖЕН ОД СТРАНЕ АКЦИОНАРСКОГ ДРУШТВА

Резиме

Компанијско право Србије прихвата, попут многих других законодавстава, амерички концепт пуномоћника. Друштво може да предложи једној или више лица који би обављали улогу пуномоћника, под условом да им акционари дају по овлашћење. Акционарско друштво мора да обавести акционаре о чињеницама од значаја за утврђивање постојања сукоба интереса. Правни односи између акционарског друштва, акционара и пуномоћника предложеног од стране друштва су предмет различитих ставова.

Кључне речи: акционари, пуномоћник.

Законом о привредним друштвима из 2011. године омогућено је вршење права гласа акционара преко пуномоћника предложеног од стране друштва. Ова могућност није изричито предвиђена у Закону, али формулација чл. 347 ст. 1 („Ако је у позиву за седницу скупштине акционарима предложено једно или више лица којим акционари могу дати пуномоћје за гласање...“) не оставља простора за другачије тумачење.

У основи се ради о преузимању из америчког права концепта познатог као *проху*, што је појава која није изузетна у другим националним правима континенталног права. У дужем временском периоду је одбијана могућност да друштво утврди или предложи пуномоћника,

да би се тако избегла ситуација у којој управа контролише саму себе.¹ Напуштање оваквог приступа у неким националним правим оцењује се као проблематично,² при чему се указује да је преузимање елемената једног правног система могуће само онда када оба система имају извесне сличности.³ Треба указати да се *проху* критикује и у америчкој литератури, уз оцене да он фаворизује управу, а не акционаре.⁴

У делу теорије поставило се питање квалификације пуномоћника предложеног од стране друштва као организованог, односно институционалног заступања акционара, што би за последицу имало примену правила која се односе на банке које воде збирне или кастоди рачуне (чл. 348). Ово посебно важи за немачко право, будући да нормативно решење упућује на примену правила о обавези банке да чува копије налога, односно пуномоћја у периоду од три године. Ова обавеза банке је предвиђена у домаћем праву (чл. 348 ст. 7), али није предвиђена упућујућа норма у погледу пуномоћника предложеног од стране друштва. С тим у вези указује се да је за институционалног заступника специфично да се налози траже од неутврђеног круга лица. Када се ради о заступању од стране пуномоћника предложеног од стране друштва, оно је усмерено на све акционаре одређеног друштва – круг потенцијалних властодаваца је широк, али не и неутврђен. У погледу овог разликовања указује и да у случају сингуларног заступања инцијатива долази од заступаног акционара. Насупрот томе, у случају институционалног заступања ради се о масовном заступању, као што је то случају у погледу банака.⁵ Спорадично се као критеријум спомиње и интерес за заступање. У складу са тиме се наглашава да код индивидуалног заступања интерес за заступањем има заступани, док код институционалног заступања интерес има заступник. У критици таквог става указује се да је интерес за заступање обостран.⁶ Осим тога, као што смо указали, норматива чл. 347 не предвиђа упућивање на одредбе о заступању преко банака из чл.

1 Gerald Spindler, у: Karsten Schmidt, Marcus Lutter (Hrsg.), *Aktiengesetz*, Köln, 2008, стр. 1556.

2 За немачко право тако Lieberam, Sabine Schmidt, *Die Stimmrechtvertretung im Aktien- und GmbH-Recht*, Siegen, 2010, стр. 110.

3 Оцењује се да то није случај када се ради о вршењу права гласа преко пуномоћника у америчком и немачком праву. Тако: S. Lieberam-Schmidt, *нав. дело*, стр. 111 и тамо наведена литература. Негативан став и Susanne Lenz, *Die gesellschaftsbenannte Stimmrechtsvertretung (Proxy – Voting) in der Hauptversammlung der deutschen Publikums – AG*, Berlin, 2005, стр. 142.

4 Norman Lattin, *The Law of Corporations*, Brooklyn, 1959, стр. 306 и тамо наведена литература.

5 Према S. Lenz, *нав. дело*, стр. 115.

6 Према S. Lenz, *нав. дело*, стр. 115 напомена бр. 526.

348. На основу тога сматрамо да ни у домаћем праву заступање преко пуномоћника предложеног од стране друштва не представља институционално заступање и нема места примени чл. 348.

За разлику од чл. 348 којим се регулише гласање преко банака, на пуномоћника предложеног од стране друштва примењују се општа правила за сингуларног пуномоћника из чл. 344.

Недовољна регулатива, која није изузетак у упоредном праву, узрокује низ сложених питања везаних за институт пуномоћника предложеног од стране друштва.

I Личност предложеног пуномоћника

Одлуку о предложеном пуномоћнику доноси одбор директора.

Недовољна регулатива је узроковала различите концепције у погледу питања ко може бити предложен за пуномоћника од стране друштва.

Према једном приступу који је рестриктиван, само лица која су независна од друштва (адвокати, нотари, ревизори) могу бити предложена за пуномоћника.⁷ Чињеница да су они одабрани од стране друштва, које је са њима закључило уговор и које их плаћа, не значи да је независност ових лица у односу на друштво искључена.⁸ Ово се образлаже тиме што између акционара и пуномоћника постоји уговор о налогу, на основу којег постоји право акционара на давање налога, као и обавеза пуномоћника да води рачуна о интересима акционара.⁹ Лица блиска друштву (чланови управе, запослени) према том ставу, имају конфликт интереса када врше право гласа у погледу сопственог предлога, односно предлога послодавца.¹⁰

Насупрот томе указује се да ризик конфликта интереса постоји у оба случаја¹¹ – како у споменутом случају када се као пуномоћник предлаже лице блиско друштву, тако и у случају када се ради о екстерним лицима, односно о лицима која су независна у односу на друштво. На томе се заснива друга концепција према којој се као пуномоћник може предложити како лице које је независно од друштва, тако и лице које није независно од друштва, пре свега члан органа и запослени у

7 Према Caspar Bunke, „Fragen der Vollmachterteilung zur Stimmrechtsausübung nach §§ 134, 135 AktG“, *Aktiengesellschaft*, бр. 2/2002, стр. 59.

8 Marc Sasse, *Hauptversammlung und Internet*, Berlin, 2002, стр. 122.

9 *Ibidem*.

10 С. Bunke, *нав. чланак*, стр. 59.

11 S. Lieberam-Schmidt, *нав. дело*, стр. 114.

друштву.¹² С обзиром на специфичност положаја лица која нису независна у односу на друштво, према неким гледиштима, треба унети корективни механизам који се огледа у постојању изричитог налога у погледу начина гласања. Без изричитог налога члан органа или запослени, па чак и екстерна лица која су подложна утицају друштва, не могу бити опуномоћени за вршење права гласа.¹³ Овај став се заснива на примени правила о заступању преко банака, о чему је било речи, што је, према немачком праву, на скупштини банке (својој скупштини) могуће само ако постоји изричит налог. Коначно, постоји схватање према којем се полази од нормативног одсуства посебних ограничења у погледу предложеног пуномоћника. Једино ограничење које се примењује је опште ограничење које важи и за сингуларног пуномоћника, према којем члан органа не може бити пуномоћник. На основу тога се као пуномоћник од стране друштва, осим екстерних лица, може предложити запослени, али не и члан органа.¹⁴ Начелно, сматрамо да је овакав приступ прихватљив за домаће право *de lege ferenda* – за пуномоћника предложеног од стране друштва требало би да важе само иста она ограничења као за сингуларног пуномоћника, односно она из чл. 345.

Када је домаће право у питању треба имати у виду да не постоји посебно ограничење у погледу лица које може бити предложено за пуномоћника, и то, како смо показали, није изузетак у упоредном праву. Не примењује се, међутим, ни опште ограничење које важи за сингуларне пуномоћнике из чл. 345. Формулација ст. 1 чл. 347 не садржи забрану за предлагање лица из чл. 345, већ само обавезу друштва да обавести акционаре о постојању сукоба интереса који имају та лица. На тај начин у домаћем праву прихваћен је екстензивни приступ у погледу лица које може бити предложено за пуномоћника, на основу којег и члан органа може бити предложен за пуномоћника. Усвојено решење има недостатке који се, у основи, крећу у два правца. Прво, таквим приступом се омогућева да управа контролише саму себе, о чему је било говора раније. Друго, усвојено решење доводи до парадоксалних ситуација. Акционар, наиме, не може да ангажује директора или члана надзорног одбора, ако је управљања дводомно, као сингуларног пуномоћника (чл. 345 ст. 2), али истовремено може да га опуномоћи у случају да га друштво предложи за пуномоћника. Иста ситуација постоји, када се ради о јавном друштвима, у погледу лица из ст. 3 чл. 345.

12 M. Sasse, *нав. дело*, стр. 127; Dirk Zetzsche, „Die Virtuelle Hauptversammlung“, *Bank- und Kapitalmarktrecht*, бр. 18/2003, стр. 739.

13 G. Spindler, *нав. дело*, стр. 1557 и тамо наведена литература. Супротно: M. Sasse, *нав. дело*, стр. 127.

14 S. Lieberam-Schmidt, *нав. дело*, стр. 116; Timo Holzborn, у: Tobias Bürgers, Torsten Körber, *Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz*, Heidelberg, 2008, стр. 887.

II Правни односи у вези са пуномоћником предложеним од стране друштва

С обзиром на постојање друштва, предложеног пуномоћника и акционара, могуће је разликовање три групе правних односа – један однос постоји између друштва и предложеног пуномоћника, други однос постоји између друштва и акционара и трећи је однос између предложеног пуномоћника и акционара.

1. Однос између друштва и предложеног пуномоћника

Учешће три лица се, према доминирајућем ставу у теорији, објашњава уговором у корист трећег. Између друштва и предложеног пуномоћника постоји уговор у корист акционара. На овај уговор се у домаћем праву примењују правила Закона о облигационом односима. Уговором између уговарача (друштва и предложеног пуномоћника) трећи (акционар) стиче сопствено и непосредно право према дужнику (чл. 149 Закона о облигационом односима). Уговор друштва и предложеног пуномоћника ствара основ за однос предложеног пуномоћника и акционара. Због тога дужник може према трећем истаћи исте приговоре које има према уговарачу. У случају да уговарач није извршио обавезу (на пр. плаћања) приговор неиспуњења уговора дужник може истаћи и према трећем (чл. 151 Закона о облигационим односима). У погледу односа друштва и предложеног акционара, осим Закона о облигационим односима, примењује се и ст. 2 чл. 347 којим је предвиђена обавеза предложеног пуномоћника да обавести одбор директора, односно извршни и надзорни одбор, о постојању свих чињеница и околности од значаја за постојање сукоба интереса и то одмах по сазнању о њиховом постојању.

У погледу природе уговорног односа између друштва и предложеног пуномоћника износе се различити ставови. У делу литературе заступа се мишљење да се ради о уговору о вршењу послова за другог (*Geschäftsbesorgungsvertrag*), што није прихватљиво за домаће право, будући да такав уговор није регулисан у домаћем праву. Постоје и схватања према којима треба разликовати ситуацију у којој је предложени пуномоћник екстерно лице од ситуације када се за пуномоћника предлаже запослени у друштву. У првом случају се прихвата концепција уговора о вршењу послова за другог, док се у другом случају ради о уговору о раду.

У погледу садржине тог уговорног односа од посебног значаја је питање накнаде за вршење послова заступања акционара. Пре свега,

треба ukazати да у домаћем праву налогопримац има право на накнаду за свој труд, изузев ако је другачије уговорено, или произлази из природе међусобног односа (чл. 749 Закона о облигационим односима). С тим у вези су питања дужника обавезе плаћања, висине накнаде, односа према акцијскоправној забрани повраћаја улога, односа према начелу једнаког третмана акционара, као и односа према „забрани куповања пуномоћја“ и „забрани куповања гласова“.

Када је обавеза плаћања у питању, дужник према предложеном пуномоћнику је друга уговорна страна, односно друштво. Недопуштено је уговарање према којем би се као дужник обавезе плаћања накнаде јавио акционар. Ово зато што би се, у том случају, радило о уговору на терет трећег, што је неприхватљиво с обзиром на чл. 148 Закона о облигационим односима према којем уговор ствара права и обавезе за уговорне стране, а да је допуштено у корист трећег установљавање права.

Висина накнаде се утврђује уговором. На основу чл. 761 Закона о облигационим односима, ако другачије није уговорено, друштво дугује накнаду у уобичајеној висини, а ако о томе нема обичаја, онда правичну накнаду. За нека национална права се указује да тарифе које важе у погледу неких професија (адвоката, ревизора, пореских саветника) не обухватају вршење права гласа за акционара у скупштини друштва.¹⁵ Трошкови заступања акционара се утврђују сразмерно томе колико акционара је стварно заступано. Уколико у тренутку закључења уговора није познато колико ће акционара прихватити предложеног пуномоћника, допуштено је утврђивање износа по заступаном акционару. У литератури се препоручује утврђивање фиксног износа за чинидбу коју предложени пуномоћник треба да изврши независно од броја гласова (процена предлога управе), и варијабилног дела у сразмери са бројем заступљених гласова.¹⁶ Указује се, такође, да се накнада може одмерити зависно од тога да ли је пуномоћ ограничена само на давање гласа, или обухвата права везана за учествовање у скупштини (дискусију, питање). С тим у вези указујемо да је у чл. 344 ст. 2 предвиђено да пуномоћник има иста права у погледу учешћа у раду скупштине као и акционар који га је овластио.

Један од основних принципа права акционарских друштава је забрана враћања улога, што је прихваћено и у домаћем праву (чл. 60).¹⁷ Формулација норме се односи само на акционара, али, под одређеним условима, обухвата и чинидбе друштва учињене трећем. То су ситуације

15 За немачко право тако S. Lenz, *нав. дело*, стр. 352.

16 S. Lenz, *нав. дело*, стр. 352.

17 Детаљније о забрани повраћаја улога: Арсић Зоран, „Забрана враћања улога акционарима“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2002, стр. 121–127.

када је чинидба друштва извршена лицу које заступа акционара, као и када се пријем чинидбе друштва од трећег може урачунати акционару. С тим у вези се може поставити питање плаћања накнаде предложеном пуномоћнику, с обзиром да заступање у погледу вршења права гласа није посао друштва, него акционара.¹⁸ Да би се избегла примена забране повраћаја улога с обзиром да друштво сноси трошкове заступања преко предложеног пуномоћника, потребно је регулативу из чл. 347 третирали као законом установљени изузетак, што би било у складу са чл. 60 ст. 2 („друга плаћања која се врше у складу са овим законом“). Овоме треба додати да би другачије уговарање између друштва и предложеног пуномоћника, према којем би трошкови теретили акционара, представљало уговор на терет трећег, о чему је било говора раније.

Плаћање накнаде предложеном пуномоћнику треба сагледати и у односу на принцип једнаког третмана акционара (чл. 269), према којем се сви акционари под једнаким условима третирају на једнак начин.¹⁹ Ради се о томе да трошкови ангажовања предложеног пуномоћника терете друштво, мада само неки акционари имају корист од тога. Акционари који су присутни на седници скупштине, као и акционари који су ангажовали сингуларног пуномоћника, немају корист од чинидбе друштва. С тим у вези треба указати да је свим акционарима понуђена могућност заступање од стране предложеног пуномоћника, као што сви акционари имају могућност да лично присуствују скупштини. Имајући то у виду закључује се да нема повреде принципа једнаког третмана акционара, приликом плаћања од стране друштва накнаде предложеном пуномоћнику.²⁰

„Забрана куповања гласова“, односно „забрана куповања пуномоћја“ је предвиђена као прекршај физичког лица (чл. 587 ст. 1). За разлику од неких решења у упоредном праву,²¹ као починилац је предвиђено само физичко лице и то само за нуђење или давање новчане или друге користи, а не и за примање. Недовољно добра је и формулација „гласа или не гласа на одређени начин“.²² У сваком случају извршни директор као статутарни заступник друштва које је закључило уговор и које плаћа накнаду не може давати налоге за вршење права гласа предложеном пуномоћнику.

18 S. Lenz, *нав. дело*, стр. 347-348.

19 Детаљније о једнаком третману акционара: Арсић Зоран, „Право на једнак третман акционара“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2004, стр. 80-86.

20 Тако и S. Lenz, *нав. дело*, стр. 352.

21 Тако на пр. у чл. 405 немачког *Aktiengesetz*-а.

22 Треба: „гласа на одређени начин или не гласа“.

2. Однос између друштва и акционара

У погледу односа између друштва и акционара у чл. 347 ст. 1 предвиђена је само обавеза друштва у случају да је предложен пуномоћник да о томе обавести акционаре у позиву за скупштину уз навођење података о сукобу интереса. Навођење података о сукобу интереса је од значаја, с обзиром да акционар мора знати релевантне податке за доношење одлуке да ли ће користити услуге предложеног пуномоћника. С тим у вези треба указати да постоји схватање према којем је довољно да позив садржи назнаку да је предложен пуномоћник, али није неопходно навођење његовог имена, при чему акционари морају бити у могућности да то сазнају од друштва.²³ Сматрамо да такав приступ није прихватљив за домаће право, с обзиром на обавезу навођења података о сукобу интереса, што се везује за одређену личност – неки од предложених пуномоћника могу имати сукоб интереса, док код других то не мора бити случај.

Из формулације је јасно да друштво нема обавезу да омогући акционарима вршење права гласа преко предложеног пуномоћника („Ако је у позиву...“). Оно је слободно у одлучивању да ли ће предложити пуномоћника. Ипак, указује се да постоји фактичка принуда.²⁴ Из законске формулације јасно следи да друштво може предложити и више лица за пуномоћнике акционара.

Према догматици уговора у корист трећег однос између друштва и акционара је валутни однос, који показује због чега је уговорач (друштво) закључио уговор у корист трећег (акционара). Између акционара и друштва постоји члански однос. Будући да валутни однос не мора бити уговорне природе, указује се да је чланство природа валутног односа.

3. Однос између предложеног пуномоћника и акционара

Највише дилема изазива однос између предложеног пуномоћника и акционара. Према догматици уговора у корист трећег однос између акционара као трећег и предложеног пуномоћника као дужника је однос извршења из уговора у корист трећег. Као што смо већ указали, акционар има према предложеном пуномоћнику непосредан захтев за вршење права гласа у скупштини.

Насупрот томе, указује се да је заступање по правном послу (пуномоћство) засновано на уговору између пуномоћника и акционара (уговор о налогу) и једностраној изјави воље коју представља

23 S. Lenz, *нав. дело*, стр. 367.

24 Према: S. Lenz, *нав. дело*, стр. 453.

пуномоћ. Према томе, између предложеног пуномоћника и акционара мора постојати основни однос, који је уговорне природе и представља уговор о налогу. Постојање овог уговора је неспојиво са конструкцијим уговора у корист трећег. Ради се о томе да акционар као трећи, с једне стране може аутоматски поставити захтев према дужнику на основу уговора између друштва и предложеног пуномоћника, док, с друге стране постојање понуде коју акционар треба да прихвати, указује на неприменљивост правила о уговору у корист трећег. Однос извршења (између акционара и предложеног пуномоћника) код уговора у корист трећег је одређен основним уговорним односом између друштва и предложеног пуномоћника и акционар нема никакав утицај на то.²⁵ Насупрот томе, код постојања уговора о налогу између предложеног пуномоћника и акционара садржину уговора утврђују уговорне стране. При томе је обим пуномоћја утврђен од стране акционара као даваоца пуномоћја.²⁶ Постојање два уговорна односа – између друштва и предложеног пуномоћника и између предложеног пуномоћника и акционара – значи да се ради о два независна правна односа. Зато се приговор из једног односа не може истаћи у оквиру другог. У случају да друштво не изврши своју обавезу према предложеном пуномоћнику (на пример, обавезу плаћања), ако се ради о уговору у корист трећег, предложени пуномоћник приговор неизвршења уговора може истаћи не само према друштву, него и према акционару. За разлику од тога, ако се ради о два уговора овај приговор се може истаћи само према другој уговорној страни. У погледу вредновања ова два приступа указује се да није пожељно да могућност вршења права гласа преко предложеног пуномоћника зависи од односа који постоји међу трећима. Имајући у виду интересе акционара, закључење сопственог уговора, а не коришћење односа међу трећима, је жељено и намеравано.²⁷

У концепцији постојања два уговора могуће је да уговор између друштва и предложеног пуномоћника буде поништен, или раскинут због неизвршења (обавезе плаћања). У том случају, због независности два уговорна односа, уговор између предложеног пуномоћника и акционара, као и пуномоћје издато на основу њега, остају на снази. У том случају сматрамо да пуномоћник има статус сингуларног пуномоћника и на њега се примењују ограничења из чл. 345.

За закључење уговора између предложеног пуномоћника и акционара потребно је постојање понуде и прихвата понуде. Једина комуникација која постоји према акционару је позив за скупштину,

25 S. Lieberam-Schmidt, *нав. дело*, стр. 138.

26 *Ibidem*.

27 S. Lenz, *нав. дело*, стр. 386.

који шаље друштво акционару и који се, према тим схватањима, третира као понуда за закључење уговора. Проблем у вези са овим огледа се у чињеници да су уговорне стране код овог уговора акционар и предложени пуномоћник, а не акционар и друштво. У погледу решавања овог питања разликују се два приступа.

Прво решење се заснива на томе да је друштво заступник предложеног пуномоћника.²⁸ У првој варијанти, слање формулара пуномоћја од стране друштва представља понуду акционару, док повратно слање пуномоћја друштву од стране акционара представља прихват понуде за закључење уговора. Друштво, према овој концепцији, даје сопствену изјаву воље у име предложеног пуномоћника. Овлашћење за заступање друштво изводи из уговора које је закључило са предложеним пуномоћником. Прихватање понуде и давање пуномоћја се дашавају заједно. Друштво је заступник и са пасивне стране, као прималац изјаве воље у име предложеног пуномоћника. У другој варијанти слање пуномоћја није понуда, него позив на понуду (*invitatio ad offerendum*).²⁹ Понуда за закључење уговора долази од стране акционара и огледа се у слању друштву попуњеног пуномоћја. Такав предлог предложени пуномоћник мора да прихвати на основу уговора закљученог са друштвом. Изјава о прихватању је непотребна. Воља за прихватањем се огледа у обради формулара пуномоћја и касније у извршењу налога од стране пуномоћника.

Друго решење се заснива на ставу да сазивање скупштине не представља правни посао. Последишно, позив упућен акционарима није изјава воље, већ обавештење.³⁰ Ради се фактичкој радњи, која, за разлику од изјаве воље, нема правне последице. У том случају друштво не узражава своју вољу према акционару. Оно поступа, не као пуномоћник, него као гласник и преноси акционару изјаву воље предложеног пуномоћника.³¹ Позив за скупштину по правилу, осим информације о скупштини, укључив и информацију о предложеном пуномоћнику, садржи и формулар пуномоћја са могућношћу давања налога, као и напомене о томе да је омогућено електронско давање пуномоћја. Ово слање формулара пуномоћја види се као понуда предложеног пуномоћника акционарима за вршење права гласа у скупштини, коју преноси друштво као гласник. Прихват понуде, према овом схватању, представља повратно слање пуномоћја. Ово важи како за случај да акционар пошаље пуномоћје друштву, када је друштво гласник предложеног пуномоћника

28 S. Lenz, *нав. дело*, стр. 388.

29 Према: S. Lenz, *нав. дело*, стр. 388.

30 S. Lieberam-Schmidt, *нав. дело*, стр. 136.

31 S. Lieberam-Schmidt, *нав. дело*, стр. 137.

у погледу пријема, тако и за случај да је пуномоћје послато предложеном пуномоћнику.³²

Закључењем уговора између предложеног пуномоћника и акционара, предложени пуномоћник стиче основну обавезу да врши право гласа у складу са добијеним налозима. При томе треба имати у виду да акционар нема обавезу давања налога. Ово важи како за случај сингуларног заступништва (чл. 344 ст. 14), тако и за случај институционалног заступања (чл. 348 ст. 4). У оба случаја није изричито предвиђено одсуство ове обавезе, али су регулисане ситуација када акционар није дао налог. На основу тога јасно следи закључак да акционар нема обавезу давања налога. Постојање обавезе давања гласачке изјаве у складу са добијеном налогом је основ за различита тумачења. У вези са разликовањем пуномоћника од гласника, треба указати на постојање схватање према којем заступник са изричитим налогом у гласачком односу иступа као квази гласник. Ипак, указује се да се и у таквој ситуацији ради о заступнику, с обзиром да он изјављује своју вољу, а не преноси туђу вољу.³³ Опредељење у погледу овог питања је од значаја за разматрања која следе.

У случају одсуства налога отварају се одређена правна питања. Пре свега, уколико би се прихватио мањински став према којем је од друштва предложено лице гласник, а не заступник, у случају одсуства налога не постоји изјава воље коју он треба да пренесе. У таквој ситуацији његово држање у скупштини је пасивно, односно изостаје давање гласачке изјаве у скупштини.³⁴ За случај да се прихвати концепција према којој се овде ради о заступању, односно да предложено лице у својству заступника даје сопствену узјаву воље, отвара се питање како он треба да гласа. Ово је везано за раније споменути проблематику квалификације предложеног пуномоћника као сингуларног или институционалног заступника. Као што смо раније указали сматрамо да се ради о сингуларном заступању и тада се примењује чл. 344 ст. 14 – предложени пуномоћник треба да гласа савесно и у најбољем интересу акционара. Насупрот томе, ако би се прихватило схватање према које се овде ради о институционалном заступању, требало би применити чл. 348 ст. 4 – предложени пуномоћник треба да гласа у складу са предлогом који је сам дао акционару, или у складу са предлозима одбора директора, односно надзорног одбора ако је управљање дводомно.

32 *Ibidem.*

33 G. Spindler, *нав. дело*, стр. 1560.

34 Тако: S. Lieberam-Schmidt, *нав. дело*, стр. 143.

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

SHAREHOLDERS PROXY

Summary

Company law of Serbia adopts, as many other national legislations, US concept of proxy. Company may designate one or more persons who may serve as proxy, provided shareholders authorized them. Company must notify shareholders about circumstances which may cause conflict of interests. Legal relations between company, shareholders and persons who serve as proxy are subject to different opinions.

Key words: *shareholders, proxy.*

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

ПРАВНИ СТАТУС ОСНИВАЧА ПРИВРЕДНОГ ДРУШТВА

Резиме

У раду се разматра правни статус оснивача са аспеката важећих прописа Републике Српске. Дефинише се појам оснивача, врши њихова категоризација, те даје садржај моћних права и обавеза у фази оснивања привредног друштва. Посебно се расправља питање њихове међусобне одговорности као и одговорности према основаном друштву.

Кључне речи: оснивач, оснивачки акт, привредно друштво, оснивање.

I Увод

Свакодневно се догађа да из разлога утврђених релевантним законима, привредна друштва престају да постоје окончањем стечајног или ликвидационог поступка. Но, исто тако, свакодневно се оснивају разноврсна привредна друштва како би обављањем регистрованих дјелатности остварили сврху свог постојања, а то је стварање добити, профита.

Профит је, према томе, најчешћи и основни мотив који претходи одлуци оснивача да се упусте у својеврсни пословни подухват оснивања привредног друштва. С тим у вези је и Закон о привредним друштва-

ма¹ (у даљем тексту и: ЗПД) Републике Српске одредио циљ оснивања привредног друштва, а то је обављање дјелатности ради остваривања добити.² Циљ привредног друштва је разлог због чега се приступа оснивању. Са аспекта правне теорије циљ друштва означава се и као воља за друштво (*affectio societatis*) у смислу да је то његов конститутивни елеменат око кога мора да се постигне сагласност свих оснивача, јер у супротном друштво неће бити основано.³

Сама процедура оснивања регулисана је националним законима којима се уређује статус привредних друштва, без обзира да ли су у питању општекомерцијална или специјализована привредна друштва. Процедура може да се разликује у зависности од тога која врста привредних друштава се оснива, те ко то чини, а преко ње се одражава и однос државе према захтјеву за оснивањем конкретног привредног друштва. Отуда се може говорити о различитим системима оснивања привредних друштава у зависности од већег или мањег утицаја и учешћа државе у процедури оснивања, па се разликују нормативни, систем концесије или дозволе те законски систем оснивања. Ови системи примјењују се мање-више у свим националним законодавствима, с тим да је преовлађујући нормативни систем који је најпогоднији за оснивање општекомерцијалних привредних друштава, зато што у том систему изостаје дискреционо овлашћење регистарског органа да цијени економску оправданост оснивања чиме се не кочи слободна предузетничка иницијатива. Суштина тог система је у томе да законодавац прописује услове који се морају испунити да би привредно друштво било основано, а државни орган надлежан за регистрацију (суд или орган управе) има само могућност контроле испуњености прописаних услова, али не и овлашћење да контролише цијелисходност оснивања, односно економску оправданост оснивања, што може чинити у систему концесије. Оснивање привредног друштва законом или актом управе изузетак је и користи се да би се основала привредна друштва за обављање дјелатности од општег интереса.

Без обзира на то ко је оснивач и које привредно друштво оснива, те у оквиру ког система се то чини, да би се привредно друштво основало, морају се испунити одређени услови. У првом реду, мора постојати правни основ конкретног случаја оснивања, тј. мора постојати оснивачки акт као израз воље оснивача да се друштво оснује. Постојање

1 Закон о привредним друштвима, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 127/08, 58/09 и 100/11 (даље у фуснотама: ЗПД).

2 ЗПД, чл. 2 ст. 1.

3 Видјети: Д. Марковић-Бајаловић, *Право привредних друштава*, Источно Сарајево, 2011, стр. 37.

оснивачког акта је формални услов оснивања. Други услов оснивања је материјалне природе и садржан је у обавези оснивача да улогом обезбиједи минимум потребне имовине за настанак друштва, што је неопходно јер је привредно друштво правно лице, а материјални супстрат правног лица је имовина као његов конститутивни елеменат. Међутим, позиција оснивача, његов правни статус у погледу права и обавеза у фази оснивања, а и након регистрације друштва, се у многим детаљима разликује, зависно од тога који облик привредног друштва оснива, да ли је оснивач друштва правно или физичко лице, да ли је то субјект приватног или јавног права, да ли је то домаће или странско лице. Разлике у правном положају оснивача биће тема овог рада, те ћемо се бавити питањима ко може бити оснивач, како се оснивачи могу категорисати, која су њихова права и шта је садржај њихових обавеза и одговорности.

II Дефиниција оснивача

Да би се привредно друштво основало, како је претходно напоменуто, морају се испунити два основна услова – да се донесе оснивачки акт и да се на име будућег друштва уплате односно унесу улози. Из овог произилази да је оснивач оно лице које је учествовало у доношењу оснивачког акта и које је извршило обавезу преузету оснивачким актом. Закон о привредним друштвима Републике Српске каже да „лица која у смислу овог закона оснивају привредно друштво су оснивачи друштва“, те да „сви оснивачи привредног друштва потписују оснивачки акт“.⁴ Из оваквог одређења појма оснивача закључује се да се статус оснивача стиче прије стављања потписа на оснивачки акт. То би евентуално могло да се догоди у ситуацији када се закључи предуговор о оснивању привредног друштва, којим се за сауговораче акта ствара обавеза да закључе уговор о оснивању привредног друштва. Међутим, закључење предуговора о оснивању привредног друштва само је предрадња оснивања, и у најширем тумачењу би се могла схватити као дио поступка оснивања, ако би се под оснивањем друштва „подразумијевао укупност повезаних радњи и поступака“.⁵ Осим тога, закључење предуговора није уобичајена радња која претходи закључењу уговора о оснивању, тако да се не може закључити да је законодавац имао у виду такву ситуацију као уобичајену, због чега би и одређивао да оснивачи потписују оснивачки уговор. Исправна и јасна дефиниција би гласила: „оснивачи су

4 ЗПД, чл. 7 ст. 2.

5 С. Претнар, *Орис њримерјалнеја ѡрјовинскеја ѡрава, Трјовинске дружбе*, Љубљана, 1955, стр. 199.

лица која потписују оснивачки акт“. Ово је тачно зато што се до момента потписа оснивачког акта за неког не може утврдити да је оснивач, без обзира што би евентуално био потписник предуговора о оснивању привредног друштва. Но, оснивач, да би задржао такав статус, мора и да испуни обавезе преузете потписом оснивачког акта. Није битно да ли ће то учинити добровољно или ће на то бити присиљен тужбом са-оснивача. У крајњој линији, оснивачи су они који се као такви уписују у судски регистар, а тај упис је и доказ да су испунили своје обавезе, поготово ако се ради о друштву капитала.

Оснивач друштва уједно је и његов члан. Међутим, он се у погледу статуса од члана друштва разликује по томе што је учествовао у фази оснивања тако што је потписао оснивачки акт и испунио преузете обавезе до момента регистрације. Потпис на оснивачком акту је код оснивања отвореног акционарског друштва она разлика која одлучујуће дијели осниваче акционаре од акционара који су уписали и уплатили акције на основу проспекта. И акционари који су то постали на основу проспекта су фактички оснивачи, јер без њих друштво не би било основано, али, правно гледано, само потписници оснивачког уговора уговора имају статус оснивача.

III Опште претпоставке за стицање статуса оснивача

Процедура оснивања подразумијева преузимање низа правних радњи и послова усмјерених на испуњење законом прописаних услова потребних да би дошло до регистрације привредног друштва. С тим у вези, поставља се питање да ли оснивачи морају имати пуну правну и пословну способност.

По једном мишљењу, за физичко лице, као оснивача, не тражи се да има потпуну пословну способност, јер то може бити и лице које нема пословне способности или јој је она ограничена. У том случају ће за њега правно релевантне изјаве воље везане за оснивање дати законски заступник или старалац. Притом ће се легитимисати онако како то чини и при склапању других правних послова, а на њега се односе и сва ограничења која се тичу дјеловања законског заступника која су регулисана посебним прописима. Таквом заступнику неће бити потребна пуномоћ за заступање оснивача који има ограничену пословну способност или је уопште нема.⁶ Овакав став је прихватљив, зато што правно релевантне изјаве даје лице које има пуну правну и пословну способност. Друга би ситуација била да изјаве воље везане за оснивање даје и оснивачки акт потписује лице које

6 Ј. Барбић, *Право друштва, Друштво капитал, Загреб, 2001, стр. 116.*

нема пословну способност. Тада би се радило о ништавости радњи оснивача зато што то лице не може бити оснивач.⁷

Отварањем стечајног и ликвидационог поступка над друштвом долази до ограничавања правне и пословне способности. По једном мишљењу, друштво у ликвидацији не може бити оснивач, без обзира што до окончања поступка задржава субјективитет, јер за вријеме ликвидације привредно друштво може предузимати само послове везане за ликвидацију друштва.⁸ Када је друштво у стечају, треба правити разлику између банкротства и реорганизације. Стечајни дужник у поступку реорганизације могао би бити оснивач, за разлику од стечајног дужника у поступку банкротства.⁹ По другом, супротном мишљењу, оснивач друштва може бити и друштво у ликвидацији, јер оно у тој фази дјелује као и прије ликвидације, само што му је циљ да заврши пословање и након тога престане постојати. То може бити и привредно друштво у стечају, нарочито ако се оно налази у поступку реорганизације.¹⁰ Сматрамо да је исправно мишљење да друштво у ликвидацији не може бити оснивач с обзиром да је посао оснивања нови посао, а „привредно друштво не може предузимати нове послове, већ само послове у вези са провођењем ликвидационог поступка као што су продаја имовине, плаћање повјерилаца, наплата потраживања и друге послове нужне за ликвидацију друштва“.¹¹ Закон о стечајном поступку Републике Српске¹² експлицитно прописује да мјера реорганизације може бити и пренос дијела или цјелокупне имовине стечајног дужника на лица која ће бити основана.¹³ Према томе, стечајни дужник у реорганизацији може бити оснивач, али не и онај који је у банкротству, из истог разлога због којег то не може бити ни дужник у ликвидацији.

Претходно је наведено да ЗПД налаже да сви оснивачи потписују оснивачки акт. Међутим, то није искључење могућности да то у име оснивача и за његов рачун учини пуномоћник. Напротив, то би било могуће, али уз услов да дата пуномоћ буде нотарски обрађена. Ово зато што Закон о облигационим односима¹⁴ захтијева да и пуномоћ има

7 У том смислу З. Арсић, „Оснивач акционарског друштва“, *Правни животи*, бр. 12/2009, стр. 207.

8 З. Арсић, *нав. чланак*, стр. 206.

9 Исто.

10 Ј. Барбић, *нав. дело*, стр. 114.

11 ЗПД, чл. 343 ст. 1.

12 Закон о стечајном поступку, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 67/02 и 77/02 (даље у фуснотама: ЗСП).

13 ЗСП, чл. 142 ст. 2.

14 *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89 и *Службени гласник Републике Српске*, бр. 17/93, и 74/04.

форму правног посла за који се даје,¹⁵ а ЗПД за оснивачки акт привредног друштва захтијева форму нотарске обраде.¹⁶ Пуномоћ не мора бити специјална јер је довољна и општа, без навођења елемената оснивачког акта.¹⁷ За разлику од пуномоћника прокуриста се може легитимисати изводом из судског регистра, јер је он једини пуномоћник за којег се не захтијева пуномоћ издата у форми прописаној за предузимање правне радње потписивања нотарски обрађеног оснивачког акта.¹⁸ Према томе, због природе заступничког односа по којој су предузете радње од стране заступника, правно посматрано, радње заступаног, могуће је замислити и хипотетичку ситуацију да оснивачки акт не потпише ни један оснивач, а да се том чињеницом не повреди норма ЗПД која налаже да тај акт потпишу оснивачи.¹⁹

Може се догодити да након потписа оснивачког акта оснивач изгуби у потпуности пословну способност или му она буде ограничена на послове који не дозвољавају могућност испуњења обавеза из потписаног оснивачког акта. То не би требало да утиче на положај оснивача, кад се ради о оснивању акционарског друштва, јер се не сматра догматски прихватљивим став по коме се право на испуњење утврђује у корист пословно неспособног оснивача кога убудуће заступа заступник.²⁰ Међутим, овакав став се може прихватити кад се оснива отворено акционарско друштво, али кад се оснива друштво лица, па чак и затворено акционарско друштво или друштво са ограниченом одговорношћу са намјером да нагласак буде на елементима *intuitu personae*, ситуација може да буде другачија, те да остали саоснивачи траже раскид оснивачког уговора или измјену његовог садржаја. Слична је ситуација и у случају смрти оснивача након потписа оснивачког акта. Тај догађај не утиче на поступак оснивања акционарског друштва, зато што наслѣдници преузимају обавезе, али кад се ради о оснивању друштва лица, то може да има директне посљедице на поступак и ток оснивања с обзиром на утицај елемената личних односа у таквим друштвима, јер остали саоснивачи могу да одустану од оснивања не желећи за ортаке оснивачеве наслѣднике. Ово у толико прије у колико су остали саоснивачи ушли у процедуру оснивања због нарочитих квалитета преминулог оснивача пресудних и за намјераване пословне активности друштва кога оснивају.

15 ЗПД, чл. 343 ст. 1.

16 ЗПД, чл. 7 ст. 3.

17 З. Арсић, *нав. чланак*, стр. 206–207.

18 У том смислу Ј. Барбић, *нав. дело*, стр. 115, и З. Арсић, *нав. чланак*, стр. 207.

19 З. Арсић, *нав. чланак*.

20 З. Арсић, *нав. чланак*.

Оснивач може бити и тзв. привидни оснивач. То је лице које даје правно релевантне изјаве за оснивање привредног друштва, односно које потписује оснивачки уговор у своје име, али за туђи рачун. Привидни оснивач ће постати акционар у друштву без обзира што ће бити повјереник за лице за кога дјелује.²¹ Међутим, тешко је замислити такву ситуацију када је у питању оснивање друштава лица из разлога који су претходно наведени.

Када се у улози оснивача појављује правно лице, без обзира да ли само или са другим саоснивачима, битно је да је одлуку да се оснује друго друштво донио његов орган који то овлашћење има на основу одредаба оснивачког акта или статута. Правне радње оснивања за правна лица предузимају њихови органи овлашћени за заступање, што је случај када се ради и о друштвима капитала. Када је ријеч о друштвима лица, те радње предузимају чланови који су на то овлашћени оснивачким актом или уговором чланова.

IV Категорије оснивача

С обзиром да сви оснивачи имају истовјетне обавезе везане за доношење оснивачког акта и формирање имовине путем улога, могло би се тврдити да се њихов правни положај не разликује. Међутим, у погледу специфичности испуњења општих обавеза везаних за оснивање, могуће је правити разлике између њих. Тако би се могле разликовати ситуације када ново друштво оснива један или више оснивача, када то чине субјекти јавног или приватног права, када су оснивачи домаћа или страна лица, када се оснивају друштва лица или друштава капитала, те када се оснивају општекомерцијална или специјализована привредна друштва.

Постоји разлика између оснивача који оснива једноперсонално друштво и, на другој страни, оних који то чине заједнички у својству саоснивача. Ако један оснивач оснива ново друштво онда је његов избор ограничен на друштво са ограниченом одговорношћу и затворено акционарско друштво, с обзиром да се једино ове правне форме могу оснивати као једноперсонална друштва. У таквим ситуацијама оснивач мора донијети одлуку о оснивању, за разлику од саоснивача који морају закључити оснивачки уговор. Закључење уговора подразумејева сагласну изјаву воља саоснивача о свим његовим елементима. С тим у вези саоснивачи могу преговарати и закључити предуговор о оснивању.

Оснивачи могу бити субјекти јавног права који најчешће оснивају привредна друштва за обављање дјелатности од општег интереса, али

21 J. Барбић, *нав. дело*, стр. 118.

исто тако могу бити оснивачи општекомерцијалних привредних друштава, сами, или у односима јавноприватног партнерства са субјектима приватног права. Оснивачи, субјекти јавног права, када оснивају јавна предузећа, могу то, како је речено, да чине доношењем закона или управног акта, те им стога не треба учешће нотара. Нотар, међутим, мора обавезно да учествује у оснивању привредних друштава када се као оснивач појављује субјект приватног права, без обзира да ли је у питању правно или физичко лице. Разлика између ових категорија оснивача може да буде и у погледу могућих ограничења или обавезе добијања дозвола и одобрења за оснивање.

Ранији Закон о предузећима²² прописивао је да страна правна и физичка лица могу под условима узајамности основати предузеће у складу са тим законом и законом којим се регулишу страна улагања. У ЗПД таквог ограничења више нема, а Закон о политици директних страних улагања у Босни и Херцеговини²³ каже да страни улагачи имају иста права и обавезе као и резиденти Босне и Херцеговине.²⁴ Закон о страним улагањима Републике Српске каже да страни улагач може бити оснивач предузећа под истим условима као и домаћи улагач, те да се неће вршити дискриминација страних улагача ни по ком основу, укључујући, али се не и ограничавајући на њихово држављанство, мјесто боравка, вјерску припадност или државу поријекла улагања.²⁵ Међутим, постоји ограничење везано за страног улагача, јер „страни улог у главници неког предузећа које се бави производњом и продајом оружја, муниције, експлозива за војну употребу, војне опреме те јавним информисањем, не може прећи 49% главнице у том предузећу“.²⁶ Ово ограничење ублажено је посљедњим измјенама и допунама Закона о страним улагањима Републике Српске утолико што Влада може донијети одлуку, уколико оцијени да је то оправдано, да улог страног лица код одређених привредних друштава која се баве јавним информисањем, не подлијеже ограничењу везаном за висину учешћа у основној главници.²⁷ Према томе, иако нема ограничавања страних улагача наметањем обавезе репроцитета, ипак постоји ограничавање у погледу учешћа у висини основне главнице у друштвима која се баве наведеним дјелатностима.

22 Закон о предузећима, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 24/98, 62/02, 66/02, 38/13 и 97/04, чл. 8 ст. 2.

23 Закон о политици директних страних улагања, *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 17/98, 13/13 и 48/10.

24 Закон о политици директних страних улагања у Босни и Херцеговини, чл. 8.

25 Закон о страним улагањима, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 25/02, 24/04 и 52/11, чл. 8.

26 Закона о политици директних страних улагања, чл. 4.

27 Закон о измјенама и допунама Закона о страним улагањима, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 52/11, чл. 3.

Разлика између оснивача постоји и у погледу друштва којег намјеравају основати. Када оснивају друштва капитала, оснивачи морају водити рачуна о обавези обезбјеђивања минимума основе главнице прописане ЗПД, а та обавеза не постоји када оснивају друштва лица.

Када се оснивају специјализована привредна друштва, као што су банке и осигуравајуће организације, онда оснивачи, поред нарочито високог минималног оснивачког капитала, морају добити дозволу саморегулаторних тијела, агенција за банкарство, односно осигурање, и то прије подношења пријаве за упис у судски регистар.

V Обавезе и права оснивача

Оснивачи приступају оснивању да би основали друштво које ће обављањем регистроване дјелатности остварити намјеравани циљ, најчешће изражен кроз остварену добит или какву другу директну или индиректну економску корист. С тим у вези дају им се одређена оснивачка права али и намећу одговарајуће обавезе и одговорности, како на основу закона тако и на основу оснивачког акта, статута или уговора чланова. Оснивачи морају испунити обавезе да би остварили права. У фази оснивања друштва доминирају обавезе, а права су у другом плану. Иако у овој фази оснивачи, сходно начелу аутономије воље, обликују друштво доносећи оснивачки акт, они морају водити рачуна о ограничењу оснивачке воље, имајући у виду оне границе које су им наметнуте императивним законским нормама. Њихове обавезе своде се на испуњење два основна услова везана за оснивање привредног друштва – на доношење оснивачког акта и на уношење улога. С друге стране, имају право да оснивачким актом обликују друштво и да за себе резервишу одређена права и погодности.

Обавеза доношења оснивачког акта је почетни корак у оснивању сваког друштва и формални основ и услов сваког оснивања, без обзира које и какво друштво се оснива. За нека друштва законом се дозвољава шира аутономија оснивачке воље у погледу слободе да се друштво обликује на замишљен начин, а за нека друштва та аутономија је сузжена. При томе, важи правило да је оснивачка аутономија најшира код друштва лица, те затворених акционарских друштава и друштава са ограниченом одговорношћу. Ово зато што та друштва имају јаче или мање изражене елементе *intuitu personae* и што су она, због тога, у односу на трећа лица затворена, па закон зато дозвољава да се осмисле по мјери оних који их оснивају и који ће као њихови чланови значајно или одлучујуће учествовати у доношењу најважнијих пословних одлука. Она се тичу само њихових интереса па је отуда оснивачима дата шира

слобода уређења унутрашњих односа. Међутим, отворено акционарско друштво конципирано је тако да је усмјерено на скупљање великог новчаног потенцијала чиме могу бити погођени интереси многих инвеститора, нарочито оних малих. Зато се оснивачима таквих друштава оставља мање простора да их уреде по мјери властитих интереса јер им императивне норме у том погледу сужавају оснивачку аутономију. Но, без обзира на то које се друштво оснива, оснивачи имају обавезу да донесу оснивачки акт при чему то морају да учине у форми нотарски обрађене исправе, без обзира да ли се ради о уговору или одлуци о оснивању. Форма нотарске обраде је форма *ad solemnitatem*, тј. услов је ваљаности оснивачког акта, с обзиром да је регистрација оснивања и других података ништава без нотарске обраде. Оснивачки акт морају потписати сви оснивачи који истовремено морају присуствовати нотарској обради и читању његовог садржаја. Оснивачки акт мора потписати нотар и констатовати да је тако поступљено.²⁸ Нотарска форма и учешће нотара утиче на већу правну сигурност и превенирање евентуалних спорова везаних за садржај оснивачког акта јер, између осталог, на нотару је обавеза и одговорност да тај акт има садржину прописану законом. Осим тога, нотар мора водити рачуна о томе да изјављена воља оснивача нема недостатака који би утицали на пуноважност оснивачког акта.

Обавезна садржина оснивачког акта прописана је ЗПД за све правне форме привредних друштава. Оснивачки акт друштва лица садржи податке о оснивачима, пословним имену, сједишту друштва, и ознаци врсте и вриједности улога.²⁹ За друштва капитала, морају се навести и износи основног капитала, трошкови оснивања друштва и други трошкови настали у вези оснивања друштва или до почетка обављања дјелатности друштва и посебне погодности које се дају лицима која су учествовала у оснивању или утврђивала услове за почетак пословања. Уз то, оснивачки акт акционарског друштва садржи и одредбу о томе да ли се друштво оснива као отворено или затворено, податке о броју и номиналној вриједности акција које су издате, врстама и класама акција које је друштво овлашћено да изда и права која дају акције сваке класе, као и рок трајања друштва, изузев ако је друштво основано на неодређено вријеме.³⁰

Оснивачким актом преузима се обавеза уношења улога на основу којих се формира имовина друштва која је материјални основ његовог

28 Закона о нотарима, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 86/04, 2/05, 74/05, 51/06, 37/07 и 50/10, чл. 70 ст. 5. Осниваче могу заступати и пуномоћници, како је већ и напоменуто.

29 ЗПД, чл. 50 и 87.

30 ЗПД, чл. 101 и 180.

правног субјективитета. Улози могу бити новчани те у стварима и правима, раду и услугама, као неновчани. Новац може бити домаћи или страни, ефективно уплаћен на привремени рачун депонованих новчанх улога код банке. Могу се уложити непокретне и покретне ствари, тачније, право својине или какво друго право на њима (нпр. право коришћења), друга имовинска права, као нпр. право потраживања, ауторско и право индустријске својине, право учешћа у неком друштву. Улози ортака у ортачком друштву могу бити и у раду и услугама, како извршеним, тако и оним који ће се тек извршити.³¹ То исто важи и за комплементарне командитног друштва, а командитори и чланови друштва са ограниченом одговорношћу могу на име улога урачунати извршени рад и пружене услуге.³² Улози акционара у отвореном акционарском друштву не могу бити у раду и услугама,³³ што у принципу важи и за затворено акционарско друштво, изузев ако је супротно одређено оснивачким актом, када тај улог може бити у извршеном раду и услугама за друштво.³⁴ Улози се морају процјенити, јер вриједност улога одређује и положај члана односно акционара. ЗПД дозвољава да улог процјене оснивачи и да ту вриједност унесу у оснивачки акт. Ако нема договора око вриједности неновчаног улога, оснивачи се могу договорити да то учини овлашћени процјењивач или суд у ванпарничном поступку.³⁵ Због тога што поступак оснивања отвореног акционарског друштва укључује трећа лица, акционаре, који нису оснивачи друштва, већ уписују акције након закључења уговора о оснивању, не може бити сагласности о вриједности оснивачких улога, па зато ЗПД захтијева њихову процјену од стране овлашћеног процјењивача.³⁶

Ствари и права уносе се у друштво на основу уговора о преносу. Кад су у питању некретнине, уговор о преносу права власништва мора имати форму нотарски обрађене исправе и садржавати змљишнокњижну изјаву оснивача да би био погодан за провођење у јавним евиденцијама у којима се воде права на некретнинама, што подразумијева да оснивач мора бити земљишно књижни претходник. Уговором о оснивању се може овластити лице које ће у име друштва закључити уговор о уносу, тако да друштво с тим улозима може слободно располагати након регистрације. У ЗПД прописано је да су чланови друштва обавезни да уложе своје улоге, али није прецизно одређено до када то треба учини-

31 ЗПД, чл. 54 ст. 1.

32 ЗПД, чл. 91 ст. 1. и чл. 105 ст. 1.

33 ЗПД, чл. 187 ст. 1.

34 ЗПД, чл. 187 ст. 2.

35 ЗПД, чл. 14 ст. 3.

36 Д. Марковић-Бајаловић, *нав. дело*, стр. 48–49.

ти. Обавеза на унос улога настаје закључењем оснивачког акта којим се одређује и кад та обавеза доспјева. То се може учинити одређивањем дана доспјећа, остављањем одговарајућег рока, али се мора водити рачуна и о законском року доспјећа уношења новчаних улога од двије године од дана регистрације. Мора се имати у виду и да Закон о регистрацији пословних субјеката захтјева уношење улога у стварима и правима до момента регистрације, јер налаже да се уз пријаву за регистрацију поднесе и доказ о новчаној вриједности „унесених“ ствари и права, што подразумева испуњење те обавезе прије регистрације.³⁷

Након доношења оснивачког акта и извршења обавеза уношења улога, оснивачи имају и друге обавезе зависно од тога које се друштво оснива. Тако оснивачи отвореног акционарског друштва имају обавезу да поднесу извјештај о оснивању и трошковима оснивања.³⁸ Најважнија обавеза након испуњења свих обавеза из оснивачког акта је подношење регистарске пријаве за оснивање друштва. Кад су у питању друштва лица ту пријаву подноси неко од оснивача, док код друштава капитала то не мора да буде тако.

Насупрот обавеза стоје права оснивача.

Оснивачи имају право да оснивачким актом реализују своју визију друштва којег желе основати. Оснивачким актом изражава се оснивачка аутономија која се, када се ради о оснивачком уговору као најчешћем акту оснивања, своди на уговорну аутономију. Ово зато што оснивачи сами одлучују да ли ће и какво ће друштво основати, с ким ће се ући у тај посао и каква ће садржина оснивачког акта бити. Њихово је право да одлуче да ли ће основати друштво лица или друштво капитала, да наведу дјелатности којима ће се друштво бавити, његову фирму и сједиште, оснивачки капитал, врсту и вриједност улога, вријеме трајања друштва, његове органе (нпр. да ли ће имати директора или управни одбор ако је ријеч о затвореном акционарском друштву или друштву са ограниченом одговорношћу), ко ће водити послове и заступати друштво ако се ради о друштвима лица, имају право да именују прве чланове управе, али и право на трошкове оснивања и посебне погодности.

Законом о привредним друштвима одређено је да оснивачки акт друштва са ограниченом одговорношћу и акционарског друштва садржи, између осталог, као битне елементе, и одредбе о трошковима оснивања друштва и о посебним погодностима које се дају оснивачима.³⁹

37 Закон о регистрацији пословних субјеката, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 42/05 и 118/09, чл. 26 ст. 1. Друга компанијска директива Савјета Европе од 13.12.1976. дозвољава у чл. 9 да се неновчани улози могу унијети и након регистрације, најкасније пет година од дана регистрације.

38 ЗПД, чл. 193 ст. 3.

39 Видјети чл. 101 и 180.

Трошкове оснивања, претпоставка је, сnose оснивачи, ако се не одреди да ће то пасти на терет друштва. Кад трошкове преузима друштво, онда ће то бити само до висине која је одређена оснивачким актом.⁴⁰ Посебне погодности дају се поједином оснивачу или трећем лицу и морају се унијети у оснивачки акт уз навођење лица коме се дају. Ако се дају на одређено вријеме мора се одредити рок до кога ће се то чинити. Могу престати истеком тог рока или измјеном оснивачког акта. Ако посебне погодности нису одређене оснивачким актом, тада ни уговори којима се оне утврђују неће имати никакво дејство. Измјенама оснивачког акта друштва након регистрације не може се правно ваљано обезбиједити да такви уговори дејствују према друштву.⁴¹ Посебне погодности су за друштво обавезујућа посебна права, награде и накнаде које се утврђују у корист оснивача за учествовање у настанку друштва. Оне могу бити имовинскоправног карактера, као што је приоритетна дивиденда и приоритетна квота у остатку ликвидационе масе, фиксна плаћања, провизија од промета, бесплатно коришћење постројења која припадају друштву, обавеза друштва да преузме робу неког оснивача или да неком оснивачу продаје своје производе. Посебна погодност се јавља као једнострано обећање на терет друштва, поводом његовог оснивања и своје оправдање нема у противчинидби оснивача.⁴² Трошкови оснивања су, за разлику од посебних погодности, противчинидба за трошкове које су имали оснивачи. Они обухватају плаћање услуга нотара, судске таксе, трошкове објављивања уписа и услуга других лица која су учествовала у оснивању. Одсуство противчинидбе је разлог због којег посебне погодности иду на терет добити, односно остатка ликвидационе масе, с обзиром да би у противном представљале повраћај улога.⁴³ Трошкови оснивања не морају ићи на терет добити.⁴⁴ У неким правима, као што је хрватско, оснивачима се изричито забрањује да се трошкови надокнађују из основног капитала друштва, али трошкови се изузетно могу платити на терет друштва само до висине највише накнаде утврђене уговором о оснивању.⁴⁵ Такво рјешења правда се тиме да се сви оснивачи друштва морају сагласити да се трошкови подмирују из онога што су унијели у друштво јер им је тако свима познато колики су и колико ће се тиме смањити почетна средства друштва која су иначе

40 ЗПД, чл. 104 и 184.

41 ЗПД, чл. 183.

42 З. Арсић, „Посебна права, награде и накнаде“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2001, стр. 110-111.

43 З. Арсић, „Посебна права, награде и накнаде“, стр. 114.

44 *Ibid.*

45 Види чл. 393 Закона о трговачким друштвима, *Народне новине*, бр. 111/93 и 125/11.

намијењена за пословање. Сваки трошак који прелази горњу границу одређену оснивачким актом оснивачи ће сами сносити. По принципу транспарентности трећа лица се на тај начин обавјештавају да друштво кад почне са радом неће имати онолико средстава колико му је уплаћено при оснивању, него да ће та средства бити умањена за износ који је наведен у оснивачком акту.⁴⁶

VI Одговорност оснивача

Упис оснивања друштва у регистар има контитутивно дејство. Тим моментом оно стиче правни субјективитет што значи да се може имовински обавезивати и одговарати за преузете обавезе. Регистрација је крај фазе оснивања у току које оснивачи морају предузети низ радњи и поступака те сносити трошкове оснивања. Они се имовински обавезују на основу оснивачког акта, јер морају унијети улог у друштво, али се обавезују и према трећим лицима са којима закључују потребне уговоре како би друштво било основано. Отуда оснивачи могу одговарати једни према другим за обавезе преузете оснивачким актом или према трећим лицима са којима су закључили уговоре на основу којих настају имовинске обавезе.

Уговор о оснивању је најчешћи оснивачки акт. Он има статусна али и облигационоправна дејства,⁴⁷ јер на основу њега настаје обавеза уношења улога у друштво.⁴⁸ Иако има облигациона дејства ипак постоје значајне разлике између овог уговора и чистог двостранообавезујућег облигационог уговора.⁴⁹ Разлика има више. Тако, циљ закључења облигационих уговора је противчинидба друге стране, а уговора о оснивању оснивање привредног друштва у име чега се оснивачи обавезују да испуне одређене чинидбе, тј. да унесу улоге. Ако један уговарач не испуни ту обавезу, други сауговарачи не могу одбити извршење својих обавеза већ захтјевати накнаду штете или уговорну казну. Ово зато што изјаве воља оснивача нису усмјерене једна према другој, већ стоје паралелно и у својој укупности представљају оснивачки акт.⁵⁰ Неиспуњење уговора од стране неколико или већине саоснивача ипак би могло водити раскиду оснивачког уговора јер би то могло утицати на остварење његовог

46 J. Варбић, *нав. дело*, стр. 741.

47 М. Васиљевић, *Компанијско право*, Београд, 2011, стр. 57.

48 На извршење обавеза према привредном друштву у вези са улогом у имовину друштва примјењују се одредбе ЗПД и Закона о облигационим односима, како експлицитно одређује чл. 13 ст. 4 ЗПД.

49 J. Барбић, *Право друштва, Опћи дио*, Загреб, 2008, стр. 135.

50 Н. Wurdinger, *Aktien und Konzern Recht*, Karlsruhe, 1973, стр. 90.

циља с обзиром да тада долази у питање формирање уговореног износа основног капитала.

Облигационо дејство оснивачког уговора израженије је до регистрације друштва, а статусно након тог момента. Зато се уговор евентуално може раскинути до регистрације али не и након тога јер би то значило престанак друштва, а друштво тада може престати само из разлога прописаних законом уз провођење стечајног односно ликвидационог поступка. Оснивачки уговор до регистрације се мијења као и облигациони, сагласном изјавом воља свих сауговорача, а након тога техником права друштва, када ће се о томе одлучивати квалификованом већином чланова, односно акционара.

Оснивач који не унесе улог или касни са уношењем, има обавезу да надокнади проузроковану штету. Кад се ради о новчаном улогу дужан је да плати камату по стопи одређеној оснивачким уговором или законску затезну камату, ако уговором то није уређено. Кашњење са уношењем неновчаних улога може проузроковати обавезу плаћања уговорне казне у износу одређеном оснивачким уговором.

Посебно важно питање је одговорност оснивача за обавезе које се у фази оснивања преузму у корист друштва. Тада треба обезбиједити интересе трећих лица јер друштво још није основано а пријети опасност и да до тога не дође. Зато је логично да лицима са којима су оснивачи закључили уговоре у корист будућег друштва одговарују оснивачи, јер у вријеме оснивања не постоји друштвена имовина из које би се могла наплатити потраживања, већ само постоји обавеза оснивача да своје улоге у уговореној висини унесу у друштво.⁵¹ Оснивачи су једино реално постојећи субјекти у тренутку закључења уговора, са њима се такви уговори закључују, па се од њих може захтијевати и да обавезе које су преузели изврше, без обзира што је то учињено у корист будућег друштва. То практички значи да све што неки оснивачи преузму у име друштва у оснивању, до регистрације друштва, раде то на сопствени ризик и одговорност. Овакво рјешење било би неповољно по осниваче али и по лица са којима су закључивали предрегистрационе уговоре у корист будућег друштва. Зато Закон о привредним друштвима тај терет одговорности за имовинске обавезе пребацује на све осниваче одређујући да ће они и друга лица, за обавезе преузете у вези са оснивањем друштва, одговарати солидарно цјелокупном имовином, ако уговором са трећим лицима која имају потраживања по том основу није другачије одређено.⁵² Ради се о томе да се у фази насталој након закључења уговора о оснивању

51 Д. Дивљак, „Привредно друштво у оснивању и одговорност у правном промету“, *Правни живот*, бр. 11/1996, стр. 28-29.

52 ЗПД, чл. 12 ст. 1.

може говорити о постојању грађанско-правног ортаклука, јер за обавезе које један ортак преузме у име ортаклука, остали ортаци одговарају солидарно.⁵³ Ово је рјешење и Прве компанијске директиве ЕУ која, у циљу заштите трећих савјесних лица прописује да за радње преузете прије него што је друштво стекло субјективитет, а у случају да друштво не прихвати обавезе проистекле из тих радњи, одговарају лица која су их предузела, и то неограничено солидарно.⁵⁴ Привредно друштво одговараће солидарно са оснивачима ако након регистрације преузме те обавезе.⁵⁵ Према томе, у нашем праву нема законске суброгације основаног друштва у права и обавезе које су у име друштва у фази оснивања створили оснивачи, већ је потребно да те обавезе друштво преузме.

У националним правима која познају установу преддруштва, као што је хрватско, ситуација је много јаснија и једноставнија. Наиме, у моменту када се закључи оснивачки уговор настаје преддруштво које дјелује до момента регистрације, када престаје постојати аутоматски, на основу закона, без ликвидације. Сматра се да је то самостални организациони облик који се подргава прописима који регулишу одређени тип друштва који се жели основати.⁵⁶ То је привредно друштво у настајању, нема правни субјективитет, али може предузимати права и обавезе везане за оснивање будућег друштва. То су права и обавезе заједничке неподјелене имовине оснивача преддруштва, а не посебна имовина сваког члана преддруштва. Моментом регистрације долази до законске суброгације новооснованог друштва у права и обавезе преддруштва.

По Закону о привредним друштвима оснивачи који не изврше обавезе у вези са оснивањем привредног друштва или дају нетачне податке о улогу одговарају друштву за проузроковану штету.⁵⁷ Наведено је да је основна обавеза оснивача да унесу улоге у друштво и да снесу трошкове оснивања до момента регистрације друштва. Извршењем тих обавеза на начин како је то одређено оснивачким актом и ЗПД друштво ће бити основано. У циљу обезбјеђења да ће се у друштво унијети вриједност основног капитала, ЗПД и прописује грађанскоправну одговорност оснивача за штету причињену друштву поступцима и радњама у фази оснивања друштва. Нарочит је случај одговорности када неки од оснивача није у стању унијети у друштво ствар или право иако се на то

53 И. Јанковец, „Примена правила о ортаклуку на односе између оснивача привредног друштва“, *Нови уговори од значаја за привредни развој Југославије*, Београд, 1995, стр. 223.

54 Прве директиве ЕУ 68/151 из 1968. године, чл. 7.

55 ЗПД, чл. 12. ст. 1.

56 В. Горец, З. Ђесић, В. Буљан, В. Бркановић, *Коментар закона о привредним друштвима*, Загреб, 2008, стр. 17.

57 ЗПД, чл. 13 ст. 3.

обавезао. Тада друштву за штету одговарају они оснивачи који су прихватили ућешће таквог оснивача у оснивању, а знали су да није способан испунити преузету обавезу. Оснивачи морају у вријеме преузимања обавезе неког оснивача знати за његову неспособност да у друштво унесе улог, чак би могли одговарати и за његову касније наступјелу неспособност за уношење улога ако до ње дође прије регистрације друштва, када се такво лице могло искључити из поступка оснивања.⁵⁸ Оснивачи одговарају и за нетачне податке о улозима, нпр. о вриједности и карактеристикама или квалитету улога. Ово нарочито кад сами процјењују вриједност тих улога. Повјерилац из односа одговорности за штету је само друштво, а дужници оснивачи. У име друштва захтјев за накнаду штете према оснивачима поднијеће управа друштва.

VII Закључак

Оснивање привредног друштва подразумијева предузимање низа повезаних радњи и поступака усмјерених на реализацију постављеног циља који се остварује регистрацијом друштва. Носиоци свих активности у фази оснивања су оснивачи који такав статус стичу стављањем потписа на оснивачки акт. Њихов статус регулисан је Законом о привредним друштвима који им намеће обавезе, прописује одговорности али и даје одређена права. Општи правни статус оснивача исти је, без обзира који облик привредног друштва оснивају јер морају донијети оснивачки акт, испунити материјалне обавезе из тог акта како би формирали имовину друштва, те регистровати друштво. Конкретни правни статус оснивача зависиће од низа околности, али у првом реду од тога који се правни облик друштва оснива. Та околност може у највећој мјери одредити њихова конкретна права и обавезе, с обзиром да је за сваки организациони облик Законом о привредним друштвима прописана нека специфичност у садржају и поступку оснивања.

Статус оснивача одраз је садржаја прихваћене концепције оснивања која може стимулативно или дестимулативно утицати на жељу потенцијалних оснивача да се упусте у такав пословни подухват. Отуда и напори законодавца да се статус оснивача побољша посебно у погледу скраћивања и поједностављења процедуре оснивања као и смањења трошкова оснивања.

58 Ј. Барбић, *Друштво кайишала*, стр. 213.

Marko RAJČEVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law, University of Banja Luka

Mag. Srđan RAJČEVIĆ

LEGAL STATUS OF THE FOUNDERS OF THE COMPANY

Summary

This paper considers the legal status of the founders in terms of current legislation of the Republic of Srpska. Paper defines the term of the founders, considers their categorization, and provides the content of their rights and obligations during the company's establishment process. The issue of their mutual responsibility and accountability in regards to the established company is considered with special attention.

Key words: *founder, the articles of establishment, company, foundation.*

др Вишомир ПОПОВИЋ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Бањој Луци

ПРИВРЕДНО-ПРАВНИ АСПЕКТИ СПОРАЗУМА О СУКЦЕСИЈИ ИМОВИНЕ БИВШЕ СФРЈ

Резиме

Привредно-правни аспекти Споразума о сукцесији имовине бивше СФРЈ има нарочито велики значај и улогу у остваривању права предузеће – правних лица који су имали своје дијелове и имовину у дружим Државама сукцесорима. Споразум о питањима сукцесије, без обзира на његову сложену процедуру у његовом доношењу и проблеме који су се јавили у његовој примјени је један од значајних извора привредног права. Његов Анекс „Г“ даје правну основу за поврат имовине предузећима које су је у било којем облику имале у дружој држави сукцесора на дан 31.12.1990. године.

Пошћуна интелекцијација Споразума није само у функцији рјешавања питања садржаних у јојединим Анексима, него је и од изузетног значаја за развој будућих економских и дружих односа између бивших југословенских република. Све до постизања пошћуног реципроцитетта у његовој примјени неодоходно је поститићи реципроцитетт у прекиду свих судских и дружих постуака, а правни основ за прекиде ових постуака се налази у прамбули основног текста овог споразума.

Кључне речи: Споразум о сукцесији, примена Споразума, значај примене Споразума за предузећа и друга правна лица.

I Настанак и поријекло сукцесије

У правној науци и теорији није могуће са потпуном сигурношћу утврдити од када се сукцесија јавља у практичном и теоретском смислу ријечи, али је могуће извести закључак да она датира од појављивања првих облика држава и да је кроз историју добијала све више на значају, како у практичном, тако и у научно-теоријском смислу.

Она ће своје посебно мјесто имати крајем XX вијека, који ће остати обиљежен у историји као период у коме је дошло до распада великог броја држава.

Прије свега, ради се о сложеним државама углавном федералног типа које ни послје десетина година свог постојања нису успјеле опстати. Овде прије свега мислимо на распад бившег Совјетског Савеза, Чехословачке, Социјалистичке Федеративне Републике Југославије, али и неких других које ће у међувремену бити признате од стране Уједињених нација. Сваки распад државе без обзира на основ његовог постојања са собом повлачи и читав низ правних питања које имају своје реперкусије.

У практичном смислу она се јавља као производ последице распада држава и потребе за правним регулисањем њихових међусобних права и обавеза и то како између новонасталих држава тако и у односу на регулисање обавеза које је имала држава претходница са другим државама и међународним организацијама. Овдје се прије свега мисли на дугове и друге преузете међународне обавезе државе претходнице али и потребу за подјелу имовине државама сукцесорима, тј. следницама. То се прије свега тиче разних облика покретне и непокретне имовине, дипломатске и конзуларне имовине, финасијске активе и пасиве, архива, пензија, приватне имовине и стечених права итд.

Ријеч сукцесија потиче од латинске ријечи *successio* којом се означава долазак на чије мјесто, замјена кога; од *succedere* – доћи на чије мјесто, замијенити кога, ступање у правни положај неке друге особе, и то било у погледу само једног права (*successio in singulas res*), било у погледу свих права која је имао претходник (*successio in universum ius*). У првом случају, код сингуларне сукцесије, појединац, обично на основи правног посла међу живима (као што је, нпр., купопродаја, даровање, давање мираза и сл.), преузима деривативним путем право које је имао претходник (*auctor*).¹

У правној теорији постоји читав низ различитих приступа у дефинисању појма „сукцесија“. Међутим, не улазећи овом приликом

1 Поближе видјети: Анте Ромац, *Рјечник Римској љава*, Информатор, Загреб, 1975, стр. 545.

у анализу ових правно-теоретских приступа осврнућемо се само на дефинисање овог појма у Бечкој конвенцији о сукцесији држава у односу на уговоре из 1978. године. Према овој Конвенцији, под сукцесијом се подразумевања замјена једне државе другом у погледу одговорности за међународне односе неког подручја. Овдје је прије свега ријеч о проблему преузимања права и обавеза државе преднице на државу следницу у погледу низа питања везаних за то подручје, а последица су оснивања или проширења власти, односно успостављања суверености те државе, које је до тада припадало другој држави.²

Државе лаички речено „умиру“ и „настају“. Иако постоји читав низ теорија о њиховом настанку поменућемо само неке: присилом, друштвеним уговором и путем класне превласти.

До присиле долази када власт у држави, која је самовољно прихваћена, почиње вршити моћ над становништвом и територијом, без обзира на њихову приволу, а зато је потребан апарат присиле који ће држати под контролом становништво и територије.

До друштвеног уговора се долази сагласном изјавом воља уговорних страна.

Када говоримо о класној превласти овдје државу видимо само као средство владања у владајућој класи (то је она класа која држи моћ над ресурсима и средствима за производњу) те она изражава вољу и интересе те класе, а не вољу народа или „општу вољу“.³

Постоји читав низ случајева и у правној теорији различитих приступа на основу којих долази до сукцесије. У суштини преовладава становиште да код сукцесије држава долази до промјена у државном подручју. Овдје ћемо навести, мада се овом приликом овим појмовима нећемо бавити, само неке од примјера у којима долази до сукцесије: припајање, анексија, уједињење, уступ или цесија, подјела, сецесија или одвајање, распад или дисолуција, итд.⁴ Категоризација сукцесије држава има на крају колико има и теоријских приступа у сукцесионој материји.⁵

Према Комисији за међународно право Уједињених нација до које је она дошла приликом израде Конвенције о сукцесији држава у

2 Поближе о томе видјети: чл. 2 Бечке конвенције о сукцесији држава у односу на међународне уговоре из 1978. године.

3 Поближе о томе видјети на адреси: http://hr.wikipedia.org/wiki/Sukcesija_dr%C5%BEava, 1.4.2013.

4 Поближе видјети: Juraj Andrassy, Božidar Bakotić, Maja Seršić, Budislav Vukas, *Međunarodno pravo 1*, Zagreb, 2010, стр. 261.

5 Поближе о томе видјети: Душко Димитријевић, *Међународно право сукцесије држава*, Институт за међународну политику и привреду, Београд, 2007, стр. 61.

односу на државну имовину, архиве и дугове⁶ постоје следећи облици сукцесије:

- 1) сукцесија држава без настанка нове државе и престанка претходне државе;
- 2) сукцесија држава настанком нове државе, без престанка претходне државе;
- 3) сукцесија држава стварањем нове државе и престанком претходне државе;
- 4) сукцесија без стварања нове државе, уз нестанак претходне државе; и
- 5) сукцесија специјалним одвајањем дијела државне територије.

Овај рад има за циљ да освијетли неке привредно правне аспекте Споразума о сукцесији имовине бивше СФРЈ и евентуалне могуће последице које могу настати недоследним примјењивањем овог Споразума од стране новонасталих држава.

II Карактеристике и битна обиљежја Споразума о питањима сукцесије СФРЈ

Овај Споразум има следеће карактеристике.

1. Ради се о једном сложеном мултилатералном споразуму јавно-правног карактера кога су потписале бивше југословенске републике на основу кога су преузеле извршавање читавог низа међусобних права и обавеза али и права и обавеза и према међународним организацијама (Међународни монетарни фонд, Свјетска трговинска организација, Међународна банка за обнову и развој итд.).

2. По својој суштини и меритуму он представља и међународни уговор приватно-правног карактера којим се регулише читав низ питања приватно-правне природе (питања везано за поврат њихове покретне и непокретне имовине, друге приватне својине и стечених права, пензија, станарских права, поврат имовине предузећима која се налазила на територији других република итд.).

3. Његову консезуалност и „*испознавање њојшине сагласности воља уговорних страна*“ карактерише чињеница да је његовом закључењу претходила резолуција Савјета безбједности Уједињених нација број 1022 из 1995. године. Његовим закључењем завршен је преговарачки

⁶ *Yearbook of International Law Commission, Vol. II, 1971, стр. 162; по Душку Димитријевићу, вид. Душко Димитријевић, нав. дело, стр. 61.*

процес започет 27. августа 1991. године, под покровитељством Мироне конференције Европске заједнице (данас Европске уније). Послије скоро 10 година преговора, бивше југословенске републике, Босна и Херцеговина, Република Хрватска, Република Македонија, Република Словенија и Савезна Република Југославија, су 29. јуна 2001. године у Бечу, потписале овај Споразум.

4. Његову имплементацију, како у почетној фази везаној за ратификацију, тако и након тога прати читав низ неспоразума између његових потписница сводећи га *de facto* на *nudum ius*, односно голо право, а на што указују следеће чињенице:

- од момента потписивања овог Споразума тј. 29. јуна 2001. године, па до последње ратификације коју је марта мјесеца 2004. године извршила Хрватска, која представља основ за почетак његове примјене је протекао период од скоро 3 године;
- од последње извршене ратификације од стране Републике Хрватске па све до 18.09.2009. године ће имплементација овог Споразума ићи веома споро и без икаквог напретка, а од тада ће практично престати све активности на његовој даљњој имплементацији. Наиме, тада ће „Стални мјешовити комитет“ донијети препоруку број 5 којом ће констатовати да „примјена Анекса „Г“ Споразума о питањима сукцесије није довољно ефикасна и да се пропоручује владама заинтересованих држава сукцесора да закључе билатералне споразуме којима би се омогућила његова ефикасна примјена“, те да се оне уздрже од доношења било којих аката и предузимања корака који су супротни са одредбама Анекса „Г“ и који би омогућили ефикасно остваривање стандарда предвиђених у овом Анексу;⁷
- заузимајући овакво становиште наведеном препоруком се дефинитивно одустало од такозване „директне примјене споразума“;
- највише судске инстанце у Републици Словенији, Републици Хрватској и Републици Србији заузеле ставове о прекиду свих поступака који за предмет имају питања из Споразума о сукцесији имовине СФРЈ док се не потпишу билатерални споразуми. Република Српска је у том контексту донијела Закон о спровођењу Анекса „Г“ Споразума о питањима сукцесије на територији Републике Српске.⁸

7 Поближе о томе видјети: Препоруку бр. 5 Сталног Мјешовитог комитета од 18. септембра 2009. године.

8 Службени гласник Републике Српске, бр. 71/10.

Другим ријечима, иако је од момента потписивања овог Споразума, тј. 29. јуна 2001. године, односно марта мјесеца 2004. године, као последње ратификације од стране Републике Хрватске, као основа за почетак његове примјене па све до данас, тј. 2013. године протекло релативно велики временски период, до имплементације овог Споразума није дошло или је дошло до његове минималне примјене. Чини се да ће неке од неспоразума бити тешко превазићи у наредном временском периоду, нарочито у односу на питања обухваћена Анексом „Г“ Споразума који гарантује стечена права грађана и правних лица у погледу приватне својине, с обавезом државама сукцесорима да право својине признају, заштите и врате, а које су они имали на дан 31.12.1990. године. О овом Анексу ће бити више ријечи у наредном дијелу овог рада.

5. Споразумом су утврђени основни принципи и обавезе држава наследница при имовинско-правној деоби наслеђа бивше СФРЈ. Споразум се темељи на одредбама Конвенције о сукцесији држава у односу на државну имовину, архиве и дугове из 1983. године и Конвенције о сукцесији у односу на уговоре из 1978. године, али и на другим правилима и принципима обухваћених међународном дипломатском, уговорном и судском праксом, чију примјену Бечке конвенције у потпуности не искључују.

6. Према субјектима који су учествовали у његовом креирању и потписивању овај Споразум спада у мултилатералне а по својој структури у сложене споразуме, односно уговоре. Наиме, потписници овог Споразума су Босна и Херцеговина, Република Хрватска, Република Македонија, Република Словенија и Савезна Република Југославија као равноправни сукцесори СФРЈ. Споразум се састоји од више анекса (од „А“ до „Г“), којима се ближе разрађују међусобна права и обавезе држава уговорница.

III Структура Споразума

У преамбули основног текста Споразума о питањима сукцесије СФРЈ, потврђује се да су Босна и Херцеговина, Република Хрватска, Република Македонија, Република Словенија и Савезна Република Југославија равноправне државе сукцесори СФРЈ. У том смислу, Споразумом се уређују питања сукцесије и *коначно се њих вештају рјешења за сразмјерну расподелу права, обавеза, активе и пасиве СФРЈ у циљу њиховог реализирања реалне економске равнојакости међу државама сукцесорима.*

Стране су, нарочито изразиле *сјремност да сарађују на рјешавању отворених питања сукцесије у складу са међународним правом уз по-*

штивоање принципиа ирвичносии, на коме уосталом и почива читава концепција о сукцесији држава, која подразумеијева примјену општег правила о заједничком прелазу државне имовине и дугова.

На основу принципа *реципроциитеиа*, бивше југословенске републике потписнице Споразума, као сукцесори СФРЈ, су прихватиле обавезу да сходно унутрашњем законодавству, предузму све неопходне мјере да би се обезбиједила доследна примјена Споразума од надлежних државних органа (судова, вијећа и тијела) и у том циљу, остварило начело слободног приступа тим органима од стране других држава сукцесора и њихових држављана.

Чланом 2 наведеног Споразума је прописано да *све државе сукцесори имају обавезу и морају да иредузму све неойходне мјере зашииије државне имовине и архива од иубииака, оииећења или униииења, до коначних резултииа њихове иодјеле*, чиме се принципијелно наглашава потреба међусобне сарадње држава у односу на ону имовину и архиве за које постоји непосредна заинтересованост других држава сукцесора. Да би се овај Споразум могао спровести неопходно је поћи од мјеродавног принципа узајамног повјерења (*bona fide*).

Споразум установљава Стални мјешовити комитет високих представника свих држава сукцесора, који има задатак да надгледа његову примјену. У случају евентуалних спорова везаних за тумачење и примјену Споразума, у првој инстанци рјешење се тражи у међусобним преговорима, у другој инстанци ангажују се личности од ауторитета или Стални мјешовити комитет који у смислу члана 5 става 2 тачка б у хитном поступку рјешава сва спорна питања доносећи обавезујуће одлуке.

Поред преамбуле којом државе уговорнице регулишу нека општа и заједничка питања слиједе поједини анекси (од „А“ до „Г“) којима се ближе разрађују правна питања за следеће имовинске категорије:

- а) покретна и непокретна имовина;
- б) дипломатска и конзуларна имовина;
- в) финансијска актива и пасива (осим дипломатско-конзуларних непокретности у иностранству наведених у Додатку Споразума);
- г) архиве;
- д) пензије;
- ђ) остала права, интереси и обавезе;
- е) приватна својина и стечена права.

IV Садржај појединих анекса Споразума

Не улазећи у детаљне анализе сваког од наведених анекса, као подспоразума, скренућемо пажњу само на нека од питања које они регулишу, како слиједи:

1. Покретна и непокретна имовина

Овај Анекс прописује да се „непокретна државна имовина која се налазила на територији СФРЈ преноси Држави сукцесору на чијој се територији та имовина налазила“, а државе сукцесори ће на најбољи начин настојати да помогну једна другој у спровођењу својих дипломатских и конзуларних активности, обезбјеђивањем одговарајуће имовине на њиховим односним територијама.⁹

Овај Споразум је тзв. „војној имовини“ дао посебан статус, која ће бити предметом посебних аранжмана који треба да се договоре између заинтересованих Држава сукцесора.

2. Дипломатска и конзуларна имовина

Анекс „Б“ Споразума регулише распоdjелу дипломатске и конзуларне имовине и она је диjељена првенствено према врсти обjеката (тj. непокретности), а не путем новчаних накнада. Дио ове имовине је практично подиjељен по потписивању овог Споразума,¹⁰ а за преосталу подjелу имовине, која би требала бити окончана у периоду од шест мjесеци од дана потписивања Споразума је утврђен проценат распоdjеле, али и сачињене посебне листе о тоj имовини, водећи рачуна о географском региону и о сразмjерном учешћу у распоdjели. Основу за процjену вриjедности имовине чини процjена дата у Извјештају од 31. децембра 1992. године дата на дан 31. децембра 1990. године.

3. Финансијска актива и пасива (осим дипломатско-конзуларних непокретности у иностранству наведених у Додатку Споразума)

Овим Анексом регулише се распоdjела свих финансијских добара СФРЈ (као што су готовина, монетарно злато и други племенити метали, депозитни рачуни и хартије од вриjедности), итд.

9 Пoближе видјети: чл. 2 Анекса „А“, Покретна и непокретна имовина Споразума о питањима сукцесије.

10 Пoближе видјети: чл. 1 Анекса „Б“, Дипломатска и конзуларна имовина.

Финансијска дуговања обухватају дугове бивше СФРЈ, дугове за које јамчи бивша СФРЈ и финансијска потраживања од бивше СФРЈ.

Главни дио потраживања и дуговања бивше СФРЈ је у пракси већ расподијељен на основу споразума између држава наследница или споразума између њих и дотичних међународних финансијских институција.

Расположива страна финансијска потраживања ће бити расподијељена према следећим омјерима: БиХ 15,50%, Хрватска 23%, Македонија 7,50%, Словенија 16% и СРЈ 38%.

Према истом омјеру би се расподијелила евентуално новопронађена средства у року од пет наредних година.

Споразум гарантује монетарну независност држава наследница која укључује и право на нову сопствену валуту, без покретања било каквих спорова или жалби у вези с тим.¹¹

4. Архиве

Под архивском грађом бивше СФРЈ у смислу Споразума подразумијевају се сви документи, без обзира на датум, врсту или мјесто гдје су смјештени, које је направила или примила бивша СФРЈ (укључујући и све државне структуре, почев од 1. децембра 1918. године) у обављању својих функција и који су 30. јуна 1991. године припадали бившој СФРЈ, у складу са Савезним законом о регулисању савезне архиве. Овај критериј је предвиђен и за „републичку или другу архиву“. Ови документи се односе на филмове, аудио и видео касете и остале записе, све врсте компјутерских записа, укључујући и материјале који представљају културну баштину.

Споразум гарантује слободан приступ архиви бивше СФРЈ, као и архивама бивших република, датираних 30. јуна 1991. године и раније, представницима свих држава наследница, до потпуне реализације Споразума.

Тренутни власник оригиналне грађе било које архиве која се треба пребацити у складу са Споразумом може да направи копије. Трошкови копирања су предмет посебних споразума, с тим што трошкови превоза падају на новог примаоца.

5. Пензије

Овај Анекс прописује обавезу Држава да преузму одговорност за правно основане пензије и њихову редовну исплату које је финансирала

11 Побоље о томе видјети: чл. 1 и 2 Анекса „Ц“, Финансијска актива и пасива.

та држава у свом ранијем својству конститутивне републике СФРЈ без обзира на националност, држављанство, боравиште или пребивалиште корисника. Свака држава истовремено преузима одговорност да редовно исплаћује пензије које дугује својим грађанима који су били цивилни или војни службеници СФРЈ без обзира гдје имају боравиште или пребивалиште, ако су те пензије биле финансиране из савезног буџета или других савезних средстава СФРЈ.

6. Остала права, интереси и обавезе

Овај Анекс прописује сва права и користи које су припадале бившој СФРЈ, а који нису директно обухваћени Споразумом ће се подијелити између држава наследница према омјеру за подјелу потраживања, о чему је већ било ријечи. То могу бити патенти, заштитни знакови, ауторска права, дуговања бившој СФРЈ.

Споразум посебно предвиђа да ће све жалбе против бивше СФРЈ размотрити Заједничка стална комисија. Постоји обавеза да државе наследнице обавијесте једна другу о свим постојећим жалбама против бивше СФРЈ.¹²

7. Приватна својина и стечена права

Анекс „Г“ Споразума гарантује стечена права грађана и правних лица у погледу приватне својине, с обавезом државама сукцесорима да право својине признају, заштите и врате. Према овом Споразуму права на покретну и непокретну имовину која се налази на територији Државе сукцесора и на коју су грађани или друга правна лица СФРЈ имали право на дан 31.12.1990. године биће призната, заштићена и враћена у првобитно стање од стране те Државе у складу са утврђеним стандардима и нормама међународног права, и то независно од националности, држављанства, боравишта или пребивалишта таквих лица. Овим се обухватају лица која су након 31.12.1990. године стекла држављанство или ново пребивалиште или боравиште у Држави различитој од Државе сукцесора. Особе које нису биле у могућности да остваре таква права ће имати право на накнаду у складу са грађанским и међународним правним нормама.

Сви уговори закључени између грађана или других правних лица СФРЈ почев од 31.12.1990. године укључујући и оне закључене од стране јавних предузећа, биће поштовани без икакве дискриминације. Свака Држава сукцесор ће обезбједити извршавање обавеза на основу таквих

12 Поближе видјети: чл. 1 и 2 Анекса „Ф“; Остала права, интереси и обавезе.

уговора, у случајевима гдје је распадом СФРЈ било онемогућено њихово извршавање.¹³

Овај Анекс у свом члану 6 посебну пажњу посвећује станарским правима. Према овој одредби домаће законодавство сваке од Држава сукцесора које се односи на „станарско право“ (станарско право/ становањска правица/ станарско право) ће се примјењивати једнако на лица која су била држављани СФРЈ и која су имала таква права без дискриминације по било ком основу, као што је пол, раса, боја, језик, религија, политичко или друго мишљење, национално или друштвено поријекло, припадност националним мањинама, имовно стање, рођење или други статус.

Овај Анекс је наметнуо дужност државама да поштују облигације државе претходнице у смислу међународног права полазећи прије свега од приватноправних захтјева заснованих на уговорној, квазиуговорној или деликтној основи. Другим ријечима, Споразум о питањима сукцесије СФРЈ има за циљ да штити приватна права југословенских грађана или других правних лица на подручју држава сукцесора на дан 31. децембар 1990. године, као и лица која су након 31. децембра 1990. године, стекла држављанство или су пребивала или боравила у другој држави у односу на државу сукцесора. Приватна права по овом Споразуму морају бити призната, заштићена и повраћена од стране државе сукцесора на основу међународног права, без прављења дискриминације у односу на националну и државну припадност, пребивалиште или боравиште. У случају немогућности остварења ових права гарантује се право на компензацију.

Поред наведеног овај Анекс Споразума позива на закључење билатералних споразума и регулисање свих питања између бивших југословенских република.

V Привредно-правни аспекти Споразума

Иако Споразум по свим својим аспектима и анексима од „А“ до „Г“ представља своју цјелину, нема дилеме да Анекс „Г“ који говори о приватној својини и стеченим правима са овог аспекта *представља посебно значајан Анекс*. Наиме, он *гарантује права на покретну и непокретну имовину* која се налази на територији Државе сукцесора и на коју су грађани или друга правна лица СФРЈ имали право на дан 31.12.1990. године. Затим он полази од обавезе да ће сви уговори закључени између грађана или других правних лица СФРЈ почев од 31.12.1990. године укључујући и оне закључене од стране јавних предузећа, бити поштова-

13 Поближе видјети: чл. 1 и 2 Анекса „Г“, Приватна својина и стечена права.

ни без икакве дискриминације. Свака Држава сукцесор ће обезбједити извршавање обавеза на основу таквих уговора, у случајевима гдје је распадом СФРЈ било онемогућено њихово извршавање.¹⁴

Другим ријечима, посматрано из угла Републике Српске и Босне и Херцеговине ради се о имовини великих вриједности чији су власници бивша јавна и друга предузећа из Републике Српске, а која се налази у Републици Хрватској, Словенији и другим бившим југословенским републикама. Међутим, када је ријеч о Републици Србији и Републици Црној Гори овдје ће до изражаја доћи такозвана „директна примјена Споразума“ и евентуални неспоразуми ће бити сведени на минимум.

У односу на Републику Хрватску и Републику Словенију појавиће се читав низ питања и то како у дијелу који се тиче заштите имовине грађана који су некад живјели у овим републикама, тако и у односу на имовину предузећа и Републике Српске која су имала своје дијелове у овим републикама. Овдје ћемо, прије свега, напоменути следеће облике и врсте имовине ових привредних субјеката, као на примјер:

- потраживања Републике Српске по основу Уговора о уређењу међусобних права и обавеза о изградњи југославенског нафтовода од Брода у Републици Српској до Опатовца у Републици Хрватској у дужини од 106 км која је завршена и пуштена у рад 19.4.1969. године. Према основном тексту Уговора о заједничком улагању и то члану 1 става 2 овај Нафтовод са наведеним пратећим објектима и прикључцима представља заједничко основно средство (заједничку ствар) свих уговорних страна, тако да свака има на том средству свој идеални дио корисничког права у висини вриједности уложених средстава. Овај Уговор је закључен 25.7.1973. године, а његов пречишћени текст 23.6.1976. године;
- потраживања Републике Српске у односу на изградњу и улагање у *Луку Плоче*;
- потраживања Републике Српске везано за улагања њених предузећа, јавних предузећа и установа у одмаралишта на Јадранској обали;
- потраживања Републике Српске у односу на имовину која чини, или је према ранијим прописима чинила дијелове предузећа у другим републикама;
- потраживања у области електроенергетског сектора по основу улагања која су вршена путем бившег југословенског фонда за недовољно развијена подручја и покрајине.

14 Побоље видјети: чл. 1 и 2 Анекса „Г“, Приватна својина и стечена права.

Додатни правни проблем у поврату ове имовине се огледа у чињеници да су, након 31. децембра 1990. године, као датума са којим су ова права заштићена бивше југословенске републике донијеле Закона о приватизацији предузећа и на тај начин приватизовале дијелове предузећа који по Анексу „Г“ Споразума о сукцесији припадају другим републикама, односно њиховим оснивачима и власницима. Ово доводи у питање односе у хијерархији примјене, са једне стране Споразума о сукцесији као међународног уговора, коме су у складу са јавним поретком у односу на домаће право даје приоритет у примјени, а са друге стране домаћих закона на основу којих је извршен процес приватизације ове имовине. Другим ријечима, Споразум о сукцесији бивше имовине СФРЈ се почео примјењивати од марта мјесеца 2004. године, као дана последње ратификације од стране Републике Хрватске, а он је ретроактивно гарантовао примјену ових права са 31.12.1990. године, занемарујући при том на Закону засновану савјесност купаца ове имовине и огромна средства издвојена и уложена у повећање вриједности ове имовине од стране њених купаца.

Чини се да се овакви односи које није ни мало једноставно рјешавати због недостатка економске снаге и моћи у свим Државама сукцесорима довели до Препоруке број 5 коју је дана 18.9.2009. године донио „Стални мјешовити комитет“ у којој се између осталог констатује *„примјена Анекса „Г“ Споразума није довољно ефикасна и да се препоручује владама заинтересованих Држава сукцесора да закључе билатералне споразуме којима би се омогућила његова ефикасна примјена“*. Истовремено се предлаже да се оне уздрже од доношења било којих аката и предузимања било каквих корака који су супротни са Одредбама Анекса „Г“ и који би омогућили ефикасно остваривање стандарда предвиђених у овом Анексу.

Поред наведеног, овај однос према такозваној директној примјени Споразума који инсистира на потписивању билатералних споразума између држава је и довео до чињенице да су највише судске инстанце у Државама сукцесорима, изузев Републике Српске, односно Босне и Херцеговине, заузеле ставове о прекиду свих поступака који за предмет имају питања из Споразума о сукцесији имовине СФРЈ док се не потпишу билатерални споразуми. Тиме је *de facto* легализовано одустајање од његове директне примјене и он препуштен неизвјесности зависно од тога да ли ће и када доћи до потписивања билатералних споразума, како је то и прописано наведеном препоруком.

Будући да се овај Споразум позива на реципроцитет у својој примјени то би и судови у Републици Српској, односно у Федерацији БиХ и Брчко дистрихту требали заузети исти став о прекиду ових по-

ступака до потписивања билатералних споразума са Државама сукцесорима, са којима ће се ови спорни односи ријешити. У противном свако другачије поступање би водило у потпуном економском осиромашењу, а било би у супротности са обавеза државе да штити своје грађане, односно своја правна и физичка лица.

VI Закључна разматрања

Споразум о питањима сукцесије, без обзира на његову сложену процедуру у његовом доношењу и проблеме који су се јавили у његовој примјени је један од значајних извора привредног права. Његов Анекс „Г“ даје правну основу за поврат имовине предузећима које су је у било којем облику имале у другој држави сукцесора на дан 31.12.1990. године.

Потпуна инплементација Споразума није само у функцији рјешавања питања садржаних у појединим Анексима, него је и од изузетног значаја за развој будућих економских и других односа између бивших југословенских република. Све до постизања потпуног реципроцитета у његовој примјени неопходно је постићи реципроцитет у прекиду свих судских и других поступака, а правни основ за прекиде ових поступака се налази у преамбули основног текста овог споразума.

Vitomir POPOVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law in Banja Luka

COMMERCIAL-LEGAL ASPECTS OF THE AGREEMENT ON SUCCESSION OF THE PROPERTY OF THE FORMER SFRY

Summary

Commercial-legal aspects of the Agreement on succession of the property of the former SFRY have particularly great importance and role in the realization of the right of companies – legal persons, who have had parts of their property at the other successor States. Agreement on succession issues, regardless of complex procedure of its adoption, and regardless of the problems that have arisen with its implementation, is one of the major sources of commercial law. Its Annex „G“ provides the legal basis for return of property to the companies

which had that property, in any form in the other successor State by the day of 31.12.1990.

Complete implementation of the Agreement is not only focused on solving specific issues contained in the Annexes, but it is also of great importance for the development of future economic and other relations between the former Yugoslav republics. Until achieving full reciprocity in application of the Agreement, it is necessary to achieve reciprocity in termination of all judicial and other proceedings. The legal basis for the disruption of these processes is the basic text of the preamble of this Agreement.

Key words: *agreement on succession, application of the agreement, importance of application of the agreement for companies and other legal entities.*

др Вук РАДОВИЋ, LL.M.
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

БУДУЋНОСТ КОМПАНИЈСКОГ ПРАВА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ – НОВИ АКЦИОНИ ПЛАН*

Резиме

Европска комисија је крајем 2012. године усвојила нови Акциони план у коме је дефинисала правце својих активности у области корпоративног управљања и компанијског права у наредном периоду. У овом раду аутор приказује и критички анализира најзначајније планиране мере. Према се будуће активности везују за државе чланице ЕУ, њихово проучавање је од интереса за Србију, јер већина проблема на које је Европска комисија указала и које намерава да санира, нису на адекватан начин решени ни у позитивном српском праву.

Кључне речи: Акциони план, акционари, транспарентност, корпоративно управљање, компанијско право, прекогранична мобилност.

І Пут од старог до новог Акционог плана

На основу ауторитативног и аргументованог Извештаја Високе групе експерата за компанијско право,¹ Европска комисија је 2003.

* Рад је настао као резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду „Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске уније – правни, економски, политички и социолошки аспекти“ (2013).

1 Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe (даље у фуснотама: Винтеров извештај),

године саставила допис Савету и Европском парламенту под називом „Модернизација компанијског права и унапређење корпоративног управљања у ЕУ – план за будућност“ (уобичајен скраћени назив овог документа је „Акциони план компанијског права“).² Овај акт је био од великог значаја у претходном периоду, јер је у њему Европска комисија навела шта намерава да регулише у области компанијског права, као и начине и временски оквир у коме то планира да учини. Акциони план из 2003. године се функционално исцрпео, јер је на основу њега у протеклој деценији усвојен велики број нових извора компанијског права Европске уније. Као такав, он више није могао да представља основ за даљи развој компанијског права у Заједници.

Последњих година финансијске кризе су посебно актуелизовале проблематику унапређења корпоративног управљања у Европској унији, јер се сматра да су недостаци у овој сфери у великој мери одговорни за новонастало стање. Због тога је Европска комисија прво сачинила Зелену књигу за корпоративно управљање у финансијским институцијама,³ да би након тога схватила да су потребне промене и у корпоративном управљању котираних друштава ван финансијског сектора. Због тога је Комисија 2011. године јавности презентовала Зелену књигу о европском оквиру корпоративног управљања,⁴ на основу кога су започете консултације и интензивне дебате око ефикасности постојећих правила и начинима њиховог будућег унапређења. У том погледу велики значај је имао и Извештај рефлексивне групе о будућности компанијског права Европске уније,⁵ као и закључци

Brussels, 4 November 2002, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_en.pdf (13.4.2013).

2 Communication from the Commission to the Council and the European Parliament – Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union – A Plan to Move Forward, Commission of the European Communities, Brussels (даље у фуснотама: Акциони план (2003)), 21.5.2003, COM (2003) 284 final, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0284:FIN:EN:PDF> (11.3.2013).

3 Green Paper – Corporate governance in financial institutions and remuneration policies, Brussels, 2.6.2010, COM(2010) 284 final, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/com2010_284_en.pdf (14.4.2013).

4 Green Paper – The EU corporate governance framework (даље у фуснотама: Зелена књига о оквиру корпоративног управљања), Brussels, 5.4.2011, COM(2011) 164 final, доступно на адреси http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/com2011-164_en.pdf#page=2 (11.4.2013).

5 Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law (даље у фуснотама: Report of the Reflection Group), Brussels, 5 April 2011, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf (10.4.2013).

конференције одржане 16–17. маја 2011. године у Бриселу, под називом „Европско компанијско право – будући кораци“.⁶ На основу њих, али и позитивног мишљења Европског парламента,⁷ Европска комисија је почетком 2012. године започела јавне консултације о будућности европског компанијског права, које су показале да је већина учесника заинтересована за модернизацију постојећег оквира компанијског права и корпоративног управљања.⁸ Консултације су окончане крајем 2012. године усвајањем новог Акционог плана.⁹

Садржински се може рећи да нови Акциони план жели да оствари четири циља: 1) да подстакне веће укључивање акционара у материју корпоративног управљања; 2) да повећа транспарентност пословања котираних друштава, институционалних инвеститора, али и неких других лица; 3) да унапреди правни оквир за развој прекограничних активности; као и 4) да изврши кодификовање компанијског права Европске уније. У оквиру сваке од ових целина презентоване су бројне конкретне активности, о којима ће у наставку бити више речи. Персонални домен примене легислативних мера које се планирају није исти. Једна група мера ће се примењивати само на друштва котирана на берзи (посебно правила из домена корпоративног управљања), друга на сва јавна друштва капитала (посебно правила које спадају у домен европског компанијског права), док ће неке активности бити усмерене свим друштвима, а нарочито малим и средњим предузећима (на пример, развој прекограничних активности).¹⁰

6 Доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_en.htm (11.4.2013).

7 European Parliament resolution of 14 June 2012 on the future of European company law (даље у фуснотама: Одлука Парламента о будућности европског компанијског права), P7_TA(2012)0259, доступно на адреси: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0259+0+DOC+XML+V0//EN&language=EN> (10.4.2013).

8 Feedback Statement – Summary of Responses to the Public Consultation on The Future of European Company Law (даље у фуснотама: Сажетак одговора), July 2012, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2012/companylaw/feedback_statement_en.pdf (6.4.2013).

9 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Action Plan: European company law and corporate governance – a modern legal framework for more engaged shareholders and sustainable companies (даље у фуснотама: Акциони план (2012)), Strasbourg, 12.12.2012, COM(2012) 740 final, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0740:FIN:EN:PDF> (5.4.2013).

10 Акциони план (2012), стр. 5.

II Подстицање већег укључивања акционара у материју корпоративног управљања

Акционари се морају више укључивати у решавање проблема корпоративног управљања у друштву. Европска комисија намерава да спроведе овај циљ комбинацијом директних и индиректних мера. Директним мерама се акционари непосредно укључују, и то тако што се одређена питања корпоративног управљања стављају у надлежност скупштине акционарског друштва (на пример, одлучивање о политици накнада и одобрење правних послова и радњи у којима постоји лични интерес), док се индиректним мерама желе оклонити неке препреке које стоје на путу већој активности акционара (на пример, прецизирање појма заједничког деловања и подстицање прекограничног радничког акционарства).

1. Накнаде члановима управе

Схватајући да је материја накнада члановима управе једна од најконтроверзнијих и најпроблематичнијих области корпоративног управљања, Европска комисија је од 2004. године усвојила три препоруке о накнадама, од којих се две односе на општи режим накнада члановима управе, док се трећа везује само за финансијски сектор.¹¹ Досадашња регулатива накнада је заокружена усвајањем посебне директиве, којом су уведена специфична правила о политици накнада у финансијским институцијама, која треба да дестимулишу прекомерно преузимање ризика.¹² Из наведеног се може закључити да је општи режим накнада чланова управе на нивоу Европске уније уређен необавезујућим правним изворима (препорукама), што значи да државе чланице задржавају пуну слободу да ову област уреде правилима које сматрају оптималним.¹³

11 Commission recommendation of 14 December 2004 fostering an appropriate regime for the remuneration of directors of listed companies (2004/913/EC), *Official Journal* L 385/55, 29.12.2004; Commission Recommendation complementing Recommendations 2004/913/EC and 2005/162/EC as regards the regime for the remuneration of directors of listed companies, Brussels, 30.4.2009; Commission Recommendation on remuneration policies in the financial services sector, C(2009) 3159, Brussels, 30.4.2009.

12 Directive 2010/76/EU of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 amending Directives 2006/48/EC and 2006/49/EC as regards capital requirements for the trading book and for re-securitisations, and the supervisory review of remuneration, *Official Journal* L 329/3, 14.12.2010.

13 Усвајањем Препоруке о накнадама уместо директиве о накнадама, Европска комисија је омогућила примену принципа флексибилности на националном нивоу. Види: Alessandra Zanardo, „Does the Application by Member States of the Commission Recommendations on Corporate Governance Issues Depend on the

Међутим, не може се оспорити чињеница да су препоруке извршиле значајан утицај на национална законодавства, а нека решења су постала и општеприхваћена.¹⁴ Због тога Европска комисија и намерава да у наредном периоду уреди нека питања из домена накнада члановима управе обавезујућим правилима, и то највероватније кроз измене Директиве о правима акционара.¹⁵ Међу бројним темама, две су истакнуте као највећи кандидати за јединствену регулативу: објављивање накнада и увођење обавезног гласања од стране скупштине акционарског друштва.

1) *Објављивање накнада*. Објављивањем накнаде члановима управе се остварују бројни позитивни учинци, који по свом интензитету превазилазе евентуалне негативне последице.¹⁶ Начелно, ова регулаторна техника унапређује систем корпоративног управљања, тако што отклања недостатке инхерентне поступку утврђивања накнада и умањује агенцијске проблеме. Конкретно, објављивање накнаде је неинванзиван и јефтин начин унапређивања корпоративног управљања, којим се снижавају трошкови надзора, повећава активност акционара, промовише одговорност и привлаче стране инвестиције, а који води утврђивању адекватнијих накнада и чешћем коришћењу стимулативних накнада за чланове управе. Објављивање извештаја о политици накнада у друштву и индивидуалним накнадама члановима управе су најзначајније информације о накнадама које подлежу обавези објављивања у развијеним системима корпоратив-

Diversity of Ownership and Corporate Governance Systems“ (December 24, 2008). Bocconi Legal Studies Research Paper No. 1320195, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=1320195> (12.4.2013), стр. 8. О оправданости флексибилног приступа Препоруке о накнадама види: Christoph Kumpan, „Performance and Remuneration of Company Directors – Legal Approaches in Germany, the EU, and the U.S.“, *Сйрани йравни живойй*, бр. 1/2008, стр. 92.

14 О имплементацији наведених препорука више види: Report on the application by Member States of the EU of the Commission Recommendation on directors' remuneration, Commission staff working document, Brussels, 13.7.2007, SEC(2007) 1022 (даље у фуснотама: Извештај о примени Препоруке о накнадама), доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/directors-remun/sec20071022_en.pdf (12.4.2013); Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Report on the application by Member States of the EU of the Commission 2009/385/EC Recommendation (2009 Recommendation on directors' remuneration) complementing Recommendations 2004/913/EC and 2005/162/EC as regards the regime for the remuneration of directors of listed companies, Brussels, 2.5.2010, COM(2010) 285 final, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/directors-remun/com-2010-285-2_en.pdf (12.4.2013).

15 Акциони план (2012), стр. 9.

16 Више о позитивним и негативним последицама објављивања накнада види: Вук Радовић, *Накнада члановима уйраве акционарској друшйива (йрейорукe добре йраксе корйорайивној уйрављяња)*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011, стр. 413–422.

ног управљања, због чега не чуди што су досадашњи напори Европске комисије, али и планиране будуће активности, везане за увођење обавезе објављивања превасходно ових информација.¹⁷ У Европској унији је посебно проблематично било објављивање индивидуалних накнада. Замајац европским континенталним законодавствима дала је Немачка, иначе највећи противник објављивања индивидуалних накнада, када је 2005. године усвојила закон којим је одступила од свог традиционалног становишта о необјављивању накнада сваког од чланова управе.¹⁸

2) *Гласање акционара*. Последњих година је евидентно постојање светског тренда у правцу повећања улоге скупштине акционарског друштва у поступку утврђивања накнада члановима управе,¹⁹ али начини на које то треба учинити су и данас предмет контроверзи и теоријских недоумица. До пре неколико деценија није постојала потреба за директнијим укључивањем скупштине у поступак утврђивања накнада. Међутим, коришћење нових видова накнаде (нарочито, акцијских опција) је створило бројне проблеме у пракси, чији се основни ефекат састојао у интензивирању конфликта интереса између чланова управе и акционара. Корпоративно управљање не бежи од чињенице да одбор директора мора да остане стожерни орган одређивања накнаде руководиоцима у друштву, али се све више промовише идеја по којој су акционари организовани у оквиру скупштине кључна секундарна линија контроле.²⁰ Како су се традиционални механизми у новом окружењу показали као неадекватни, кренуло се у потрагу за модернијим начинима укључивања скупштине у поступак утврђивања накнада члановима управе.²¹ За разлику од традиционалних, модерни начини се директније

17 О оправданости увођења обавезујућег режима објављивања података о накнадама у Европској унији види: P. Davies, *et al.*, „Responses to the European Commission's Green Paper 'The EU Corporate Governance Framework'”, 22 July 2011, стр. 9–11, доступно на адреси: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1912548 (2.2.2013). Више о објављивању извештаја о политици накнада и индивидуалних накнада члановима управе види: В. Радовић, *нав. дело*, стр. 430–440.

18 Види: Закон о објављивању накнаде члановима управног одбора (*Gesetz über die Offenlegung der Vorstandsvergütungen – VorstOG*, BGBl. I 2005, Nr. 47, 2267).

19 Види: Jennifer Hill, „Corporate Scandals Across the Globe: Regulating the Role of the Director“, у: Guido Ferrarini, Klaus J. Hopt, Jaap Winter, Eddy Wymeersch (eds.), *Reforming Company and Takeover Law in Europe*, Oxford University Press, 2004, стр. 265.

20 Види: Guido Ferrarini, Niamh Moloney, „Executive Remuneration and Corporate Governance in the EU: Convergence, Divergence, and Reform Perspectives“, у: Guido Ferrarini, Klaus J. Hopt, Jaap Winter, Eddy Wymeersch (eds.), *Reforming Company and Takeover Law in Europe*, Oxford University Press, 2004, стр. 305.

21 „...широко је распрострањено мишљење по коме контролни механизми доступни одбору директора (*i.e.* агенту), којима се избегава или ублажује конфликт интереса у области накнаде члановима управе, нису остварили очекиване резултате и да је дошло време за проширење овлашћења акционара (*i.e.* принципала).“ Rolf Watter,

односе на накнаду, јер одлука скупштине има непосредан ефекат на врсту и висину накнаде члановима управе.²²

Поменуте препоруке донете од стране Европске комисије уводе као принцип гласање акционара о неким питањима која се непосредно односе на накнаду члановима управе, са идејом да се тај принцип временом претвори у најбољу праксу корпоративног управљања. У том погледу су посебно елаборирани гласање скупштине о плановима накнада заснованим на акцијама и утицај скупштине на политику накнада у друштву. Када је реч о гласању скупштине о плановима накнада заснованим на акцијама, доминантна је тенденција увођења овог начина скупштинске контроле међу државама чланицама ЕУ, а норме којима се ова правила формулишу по правилу имају карактер императивних законских правила.²³ Што се тиче утицаја скупштине на политику накнада, ту је остварен нижи степен хармонизације, између осталог и због флексибилног приступа препоруке о накнадама. Због тога Европска комисија планира у наредном периоду да уведе јединствена правила којима би се омогућило акционарима да гласају о политици накнада, али и о извештају управе о накнадама.

За разлику од објављивања, које је општеприхваћена регулаторна стратегија легитимног утицаја на накнаду чланова управе, гласање акционара је још увек контроверзно.²⁴ Због тога треба очекивати да ће Европска комисија акценат ставити на материју објављивања накнада, док ће гласање највероватније бити уређено прописивањем неких минималних стандарда.

2. Појачана улога акционара у односу на послове и радње у којима постоји лични интерес

Правни послови и радње које предузима привредно друштво, а у којима постоји лични интерес лица која имају дужности према друштву или лица повезаних са њима, предмет су детаљне компанијскоправне регулативе. Разлог уређења ове материје се огледа у чињеници да овакви правни послови и радње могу имати неповољан ефекат на привредно друштво, тј. све његове акционаре (нарочито код друштава у којима

Karim Maizar, „Structure of Executive Compensation and Conflicts of Interests – Legal Constraints and Practical Recommendations under Swiss Law“, у: Luc Thévenoz, Rashid Bahar (eds.), *Conflicts of Interest – Corporate Governance & Financial Markets*, Kluwer Law International, 2007, стр. 76–77.

22 Више о контролној улози скупштине у односу на материју накнада члановима управе види: В. Радовић, *нав. дело*, стр. 364–410.

23 Види: Извештај о примени Препоруке о накнадама, стр. 16–17.

24 Више види: P. Davies, *et al.*, *нав. рад*, стр. 11–12.

доминира први агенцијски проблем – ако се у конфликтној ситуацији налазе чланови управе или лица повезана са њима) или на интересе мањинских акционара (нарочито код друштава у којима доминира други агенцијски проблем – ако се у конфликтној ситуацији налазе контролни акционари или лица повезана са њима). Због тога је компанијско право развило бројне стратегије у циљу правног уређења конфликтних ситуација, које се крећу од правовременог обавештавања, преко сагласности чланова управе који немају лични интерес, па све до одобрења скупштине акционарског друштва.²⁵

И поред очигледне потребе, конфликтне ситуације нису уређене јединственим правилима на нивоу Европске уније. Изузетак у том погледу чине рачуноводствене директиве, којима је наметнута обавеза друштвима да у годишњим извештајима назначе износ и природу оваквих правних послова, као и друге неопходне информације. Према томе, *de lege lata* регулатива се односи само на *ex post* објављивање информација. Европска комисија је, имајући у виду недовољност постојећих правила, у Акционим плану најавила промовисање појачане контроле акционара у односу на правне послове и радње у којима постоји лични интерес.²⁶ У том погледу она се ослања првенствено на мишљење Европског форума за корпоративно управљање, према коме је потребно да се уведу одређени заједнички принципи у овој области.²⁷ Предложено је да се зависно од вредности правног посла уведе обавезно *ex ante* објављивање, процена од стране независног лица и/или сагласност скупштине. У теорији се благонаклоно гледа на предлог да се ова област нормира на нивоу Европске уније, премда су начини како то треба урадити,²⁸ као и конкретна решења која треба усвојити, још увек предмет бројних расправа.

3. Саветници пуномоћника за гласање

Институционални инвеститори са диверсификованим портфолиом акција немају могућност да се потпуно посвете детаљној анализи

25 Више види: Gerard Hertig, Hideki Kanda, „Related Party Transactions“, у: Reinier Kraakman, et al., (eds.), *The Anatomy of Corporate Law – A Comparative and Functional Approach*, Oxford University Press, 2005, стр. 101–130.

26 Акциони план (2012), стр. 9–10.

27 Више види: European Corporate Governance Forum, *Statement of the European Corporate Governance Forum on related party transactions for listed companies*, 10 March 2011, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/ecgforum/ecgf_related_party_transactions_en.pdf (22.4.2013).

28 Реномирана група експерата компанијског права је заузела став да ову област треба уредити усвајањем одговарајуће препоруке, јер би то било најбрже, а државама чланицама би се дала већа слобода да је инкорпорирају у своје законодавство. Види: P. Davies, et al., *нав. pag*, стр. 21.

сваке тачке дневног реда и начину на који ће остваривати право гласа у сваком од акционарских друштава. Због тога они ангажују посебну врсту саветника (тзв. саветници пуномоћника за гласање, енгл. *proxy advisors*) који у значајној мери утичу на њихов начин гласања. Овај утицај је посебно доминантан када је реч о остваривању права у страним друштвима, што значи да саветници пуномоћника за гласање имају највећи значај у оним државама које имају велики проценат страних акционара.²⁹ Основни проблем је у томе што ова врста саветника није регулисана јединственим правилима на нивоу Европске уније, за разлику од институционалних инвеститора, чије вршење права гласа на скупштини подлеже бројним ограничењима.³⁰

У погледу начина уређивања ове материје, одлучујућу улогу треба да има ESMA (*European Securities and Market Authority*), као национални ауторитет у овој области, која је недавно препоручила сачињавање посебног Кодекса понашања за саветнике пуномоћника за гласање.³¹ Овај Кодекс треба да се заснива на два руководећа принципа: први принцип се односи на идентификовање, откривање и управљање сукобом интереса,³² док се други везује за унапређивање транспарентности како би се обезбедила тачност и поузданост савета.³³ Европска комисија ће највероватније узети у обзир ове препоруке, па ће уредити ову материју у виду измена Директиве о правима акционара.³⁴

29 Види: Зелена књига о оквиру корпоративног управљања, стр. 14–15; Акциони план (2012), стр. 10.

30 Више о вршењу права гласа на скупштини акционарског друштва у контексту односа депозитне банке и депонента види: Мирјана Радовић, *Банкарски посао гејозитива харџија од вредности*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011, стр. 405–474.

31 Види: ESMA recommends EU Code of Conduct for proxy advisor industry, 19 February 2013, ESMA/2013/240, доступно на адреси: <http://www.esma.europa.eu/system/files/2013-240.pdf> (17.4.2013). За детаљну анализу види: ESMA, Discussion Paper, An Overview of the Proxy Advisory Industry – Considerations on Possible Policy Options, 22.3.2012, доступно на адреси: <http://www.esma.europa.eu/system/files/2012-212.pdf> (18.4.2013).

32 Саветници треба да избегавају сукоб интереса са својим клијентима, а ако конфликт наступи или потенцијално може наступити, њима треба наметнути обавезу откривања тих чињеница, као и предузимања радњи у правцу умањивања конфликта.

33 У том погледу саветнике треба обавезати да објаве следеће информације: прво, методологију коју користе приликом давања савета о начину гласања, али и начин на који је она примењена у конкретном случају и преточена у одговарајућу препоруку; друго, начин на који су они узели у обзир локалне тржишне, правне и регулаторне услове, и како су они утицали на дате савете; и треће, сваку комуникацију са издаваоцима и њену природу.

34 Види: Зелена књига о оквиру корпоративног управљања, стр. 14–15; Акциони план (2012), стр. 10–11. Афирмативно за овакву регулаторну акцију види: P. Davies, *et al.*, *нав. рад*, стр. 18.

4. Подстицање радничког акционарства

Теорија корпоративног управљања посебно истиче позитиван утицај који запослени могу имати на дугорочну одрживост компаније. Због тога сва законодавства дозвољавају и подстичу неке облике укључивања запослених у пословање друштва и/или повезивања интереса запослених са интересима друштва (на пример, преко развоја радничког акционарства, учешћа запослених у расподели добити, партиципације запослених у органима управљања и/или надзора, унапређивања сарадње запослених са органима друштва, информисања запослених, и сл.), а све у циљу остваривања бољих пословних резултата. Најснажнија веза запослених са друштвом се успоставља у ситуацији када они постану акционари друштва у коме раде или акционари повезаног друштва, због чега је Европска комисија посебно заинтересована за подстицање развоја прекограничног радничког акционарства. Међутим, разлике у националним решењима су велика препрека за употребу и развој ове врсте индиректне финансијске партиципације запослених на транснационалном нивоу. Привредно друштво које жели да омогући својим запосленима у свим државама чланицама да учествују у оваквом плану ће бити дестимулисано у својој намери, због високих трошкова и бројних административних препрека скопчаних са овом операцијом. Као најзначајније препреке развоју радничког акционарства на наднационалном нивоу се истичу:³⁵ прво, различити системи опорезивања; друго, различита правила радног и социјалног права; треће, другачија правила права тржишта капитала; четврто, културолошке разлике; пето, недостатак информација; итд. Све ове разлике ће неповољно утицати на шире коришћење прекограничних планова радничког акционарства, који ће суштински бити резервисани само за велика друштва. Посебан проблем представља и обавеза сваког друштва које нуди запосленима акције да изврши прилагођавање усвојеног плана националним решењима сваке државе у којој запослени раде. На тај начин ће запослени у различитим државама бити различито третирани, премда учествују у јединственом плану радничког акционарства.³⁶

5. Прецизирање обухвата појма заједничког деловања

Институт заједничког деловања (енгл. *acting in concert*) је препознат у праву тржишта капитала Европске уније, а дефинисан је Директивом

35 Више види: Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – On a framework for the promotion of employee financial participation, Brussels, 5.7.2002, COM (2002) 364 final, стр. 15–16, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0364:FIN:EN:PDF> (23.4.2013).

36 *Ibid.*, стр. 14.

о јавним понудама за преузимање и Директивом о транспарентности.³⁷ Поређењем ових одредаба може се уочити да оне садрже различите дефиниције заједничког деловања. Садржински посматрано, обе дефиниције су апстрактно формулисане, те омогућавају државама чланицама да их прецизирају у складу са својим потребама (принцип минималне хармонизације). Тако су, примера ради, приликом имплементације Директиве о јавним понудама за преузимање, неке земље само преписале одредбу директиве, друге су поред те одредбе унеле и одредбу из Директиве о транспарентности, док су треће земље прихватиле неко прелазно (модификовано) решење.³⁸ У сваком случају, чињеница је да је концепт заједничког деловања схваћен на различите начине у државама чланицама, што представља значајну препреку за даљи развој прекограничне сарадње између акционара. Када би постојала потпуна извесност у погледу обухвата појма заједничког деловања, акционарима би било знатно једноставније да сарађују по питањима корпоративног управљања у друштву. Због тога се у теорији предлаже да у овој области минималну треба да замени максимална хармонизација.³⁹ Европска комисија ће у току 2013. Године, у сарадњи са националним комисијама за хартије од вредности и другим релевантним телима, саставити смернице како би повећала правну сигурност акционара који желе да сарађују у циљу унапређивања корпоративног управљања у друштву, јер би се дефинисале ситуације у којима се њихова сарадња не би сматрала заједничким деловањем.⁴⁰

III Објављивање информација (већа транспарентност)

Ако се пође од тезе да се компанијско право Европске уније доминантно састоји од правила о информисању,⁴¹ онда не чуди што је један правац будућих активности Европске комисије усмерен ка увођењу но-

37 Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on takeover bids, *Official Journal* L 142, 30.4.2004, чл. 2(1)(d); Directive 2004/109/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 2004 on the harmonisation of transparency requirements in relation to information about issuers whose securities are admitted to trading on a regulated market and amending Directive 2001/34/EC, *Official Journal* L 390, 31.12.2004, чл. 10(a).

38 Више о начинима имплементације концепта „заједничког деловања“ у право преузимања држава чланица Европске уније види: The Takeover Bids Directive Assessment Report, стр. 132–139, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/takeoverbids/study/study_en.pdf (24.4.2013).

39 P. Davies, *et al.*, *нав. pag*, стр. 17.

40 Акциони план (2012), стр. 11.

41 Према речима проф. Грундмана, „не постоји законодавни акт европског компанијског права који се примарно не тиче информисања“. Stefan Grundmann, *European*

вих обавеза објављивања информација. Неке међу њима терете друштво, а користе инвеститорима и другим заинтересованим лицима, док су друге установљене у корист друштва, а обавеза су неких других лица.

1. Унапређивање извештавања о корпоративном управљању

Кодекси корпоративног управљања се састоје од неколико врста правила, од којих су најзначајније препоруке или тзв. „примени или објасни“ правила (енгл. *comply or explain rules*). Реч је правилима која друштва треба да прихвате и по њима поступе, а ако то не учине или не учине на начин предвиђен одговарајућим кодексом корпоративног управљања, потребно је да пруже образложење за учињено одступање у оквиру изјаве о примени кодекса корпоративног управљања.⁴² Доминација „примени или објасни“ правила се заснива на преко потребној флексибилности правила корпоративног управљања, јер она омогућавају друштвима да ова правила прилагоде својим специфичностима (на пример, да узму у обзир своју величину, структуру акционарства, секторске специфичности, и сл.).⁴³ Према томе, друштва могу да одступе од „примени или објасни“ правила, али не тако што ће „само рећи не“.⁴⁴ Она су у том случају у обавези да у годишњем извештају о примени корпоративног управљања прецизно наведу: 1) од којих правила су одступила; 2) детаљне и конкретне разлоге за одступање; и 3) која правила су применила.⁴⁵

Пракса показује да друштва која одступе од једне или више препорука садржаних у кодексима, у извештају о примени кодекса корпоративног управљања не наводе конкретне разлоге за одступање од сваког правила.⁴⁶ Тако, нека друштва само наводе правила корпора-

Company Law – Organization, Finance and Capital Markets, Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2007, стр. 153.

42 Овај принцип је у европско право уведен 2006. године, и то као обавеза само за котирана друштва. Види: Directive 2006/46/EC of the European Parliament and of the Council of 14 June 2006 amending Council Directives 78/660/EEC on the annual accounts of certain types of companies, 83/349/EEC on consolidated accounts, 86/635/EEC on the annual accounts and consolidated accounts of banks and other financial institutions and 91/674/EEC on the annual accounts and consolidated accounts of insurance undertakings, OJ L 224, 16.8.2006.

43 Зелена књига о оквиру корпоративног управљања, стр. 18.

44 Eddy Wymeersch, „Corporate Governance Codes and Their Implementation“, September 2006, University of Gent Financial Law Institute Working Paper No. 2006–10, стр. 3, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=931100> (3.3.2013).

45 Види: Swedish Corporate Governance Board, *The Swedish Code of Corporate Governance*, January 2010, тач. 10, доступно на адреси: http://www.ecgi.org/codes/code.php?code_id=281 (24.4.2013).

46 Види: David Seidl, Paul Sanderson, John Roberts, „Applying ‘Comply-or-Explain’: Conformance with Codes of Corporate Governance in the UK and Germany“, Centre

тивног управљања која нису применила без даљих образложења, друга наводе само опште (апстрактне) и типизирани разлоге за одступање, трећа указују на друга правила која примењују без објашњења зашто су одступила од правила садржаних у кодексу, итд. У сваком случају, може се констатовати да у Европској унији не постоји уједначен начин обавештавања јавности о непримени препорука садржаних у кодексима корпоративног управљања,⁴⁷ због чега ће Европска комисија највероватније усвојити препоруку, која би требало генерално да унапреди квалитет извештавања о примени правила корпоративног управљања, при чему ће посебан акценат бити стављен на образложење за одступање од „примени или објасни“ правила.⁴⁸

2. Подстицање разноликости у саставу управе

Састав управе треба да одговара специфичним потребама друштва. Имајући у виду неспорно велики значај неизвршних директора, чија је основна функција да изнутра врше надзор над радом извршних директора, корпоративно управљање све већи акценат ставља на потребу за разноврснијом структуром чланства у одбору директора, односно надзорном одбору, што превасходно обухвата неизвршне чланове. Циљ је да се у управи нађу лица са различитим пословним и животним искуствима, знањима из различитих области од значаја за управљање привредним друштвом, лица различитих националности,⁴⁹ уз балансиран однос између полова. Од такве управе се очекује да развија дискусију,

for Business Research, University of Cambridge, Working Paper No. 389, University of Cambridge, June 2009, доступно на адреси: <http://www.cbr.cam.ac.uk/pdf/WP389.pdf> (23.4.2013); Sridhar Arcot, Valentina Bruno, Antoine Faure-Grimaud, „Corporate Governance in the UK: Is the Comply or Explain Approach Working?“, July 1, 2009, <http://ssrn.com/abstract=1532290> (23.4.2013).

47 Више о разноликој и неадекватној пракси обавештавања друштва о непримени препорука садржаних у кодексима корпоративног управљања у Европској унији види: Study on Monitoring and Enforcement Practices in Corporate Governance in the Member States, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/company/ecgforum/studies_en.htm (22.4.2013).

48 О даљим плановима Европске комисије у овој области више види: European Commission, Road Map: Enhancing the EU corporate governance framework, 2/2013, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/governance/impact/planned_ia/docs/2013_market_033_corporate_governance_framework_en.pdf (2.1.2013).

49 Ово је од посебног значаја за мултинационалне компаније, код којих се очекује веће присуство страних чланова управе. Подаци показују да око 25% котирањих друштва у Европској унији немају чланове управе из друге државе. Такође, државе чланице у овом погледу имају другачију праксу (Холандија и Немачка су антиподи, јер за разлику од немачких, холандска друштва фаворизују присуство странаца у управи). Види: Зелена књига о оквиру корпоративног управљања, стр. 6.

критички преиспитује предлоге извршних директора, генерише нове идеје, и сл.

Недавно је Европска комисија учинила прве кораке у правцу промовисања веће заступљености жена на кључним позицијама у највећим европским друштвима. Предложена је директива о полном балансу између неизвршних чланова управе у котираним друштвима, која има за циљ да повећа проценат присуства жена (прецизније: слабије заступљеног пола) међу неизвршним члановима управе са тренутних 15% на планираних 40%.⁵⁰ Комплементарно са овим предлогом, Европска комисија планира да уведе нове обавезе објављивања (највероватније изменама рачуноводствених директива), које треба да упознају јавност о томе да ли друштво има развијену политику о начину одређивања састава управе заснованом на принципу разноврсности, не само полне већ и сваке друге, као и начину њене примене.

3. Утврђивање идентитета акционара

Све су учесталији захтеви унутар Европске уније за успостављањем веће транспарентности инвеститора (акционара) у односу на издаваоца (акционарско друштво). Присталице сматрају да би идентификовање акционара омогућило издаваоцима да ступе у конструктиван дијалог са акционарима, што би могло да оствари позитиван ефекат у области корпоративног управљања.⁵¹ Ова проблематика је посебно актуелна имајући у виду значајно повећање процента страних инвеститора у европским котираним друштвима,⁵² као и чињеницу да се прекогранично поседовање акција по правилу остварује индиректно, преко два или више посредника (тзв. систем вишестепеног депозита).⁵³ Ако се погледају национална решења држава чланица ЕУ у погледу права издаваоца да зна ко су његови акционари, могу се уочити три система: 1) систем који даје право издаваоцима да утврде идентитет само номиналних акционара, који регистровани као имаоци акција; 2) систем који даје право издаваоцима да утврде идентитет не само номиналних, него и стварних ак-

50 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on improving the gender balance among non-executive directors of companies listed on stock exchanges and related measures, Brussels, 14.11.2012, COM(2012) 614 final, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0614:FIN:en:PDF> (21.4.2013).

51 Зелена књига о оквиру корпоративног управљања, стр. 15.

52 Више види: Вук Радовић, „Права акционара“, у: Мирко Васиљевић, Вук Радовић, Тајјана Јевремовић Петровић, *Компанијско право Европске уније*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, стр. 179–180.

53 Mirjana Radović, „Supranational Regulation of Exercising Shareholders’ Rights in Indirect Holding Systems“, *The Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review*, Year LX, No. 3/2012, стр. 170–171.

ционара; и 3) систем који ово право не даје издаваоцима. Највећи број држава чланица омогућава издаваоцима да утврди стварног акционара али само за домаће инвеститоре, док је у случају страних посредника могуће утврђивање идентитета само последњег у низу депозитара.⁵⁴ Када је реч о другим питањима уско повезаним са утврђивањем идентитета акционара (од кога се добијају ове информације, на који начин се информације добијају, да ли се информације прослеђују аутоматски, и сл.), не постоје униформна решења.⁵⁵ Због тога Европска комисија планира да у предстојећем периоду предузме активности у правцу унапређења транспарентности акционарства унутар Европске уније.

IV Унапређивање правног оквира за развој прекограничних активности

Посебан сегмент развоја европског компанијског права је планиран у домену отклањања препрека за прекограничну мобилност компанија, али и промовисања и поједностављивања услова за рад малих и средњих предузећа.

1. Прекогранична промена седишта

Прекогранична промена седишта привредним друштвима омогућава да се користе свим предностима постојања јединственог, унутрашњег тржишта Европске уније. Она представља легитиман начин остваривања принципа мобилности компанија. Увођењем овог института друштвима би се дала могућност да се „селе“ из једне у другу државу чланицу, при чему би своју одлуку заснивала искључиво на економским показатељима, заснованим на анализи где могу да остваре боље пословне резултате, као и квалитету правних прописа, тј. меродавном праву које више одговара њиховом пословању и потребама.⁵⁶ Како би омогућила промену седишта, Европска комисија је крајем прошлог века сачинила нацрт Четрнаесте директиве о промени регистрованог седишта, који никада није постао званичан предлог. На иницијативу Високе групе експерата, Европска комисија је Акционим планом из 2003. године зацртала да се у кратком року усвоји Четрнаеста директива.⁵⁷ Међутим,

54 Више види: Market analysis of shareholder transparency regimes in Europe, ECB T2S, Taskforce on Shareholder Transparency, 9 December 2010, стр. 7, доступно на адреси: <http://www.ecb.int/paym/t2s/progress/pdf/subtrans/mtg7/2010-t2s-tst-questionnaire-responses-analysis.pdf?d6cc9adf38f63d24897c94e379213b81> (22.4.2013).

55 *Ibid.*, стр. 7–14.

56 Више види: S. Grundmann, *нав. дело*, стр. 530–531.

57 Винтеров извештај, стр. 101; Акциони план (2003), стр. 20 и 25.

то се није обистинило, а убрзо након тога се и стало са радом на овом пројекту.⁵⁸ Као два најзначајнија разлога за овакав след догађаја се могу навести: прво, сматрало се да ће усвајање Директиве о прекограничним спајањима остварити ту сврху, те да ће Четрнаеста директива тиме постати непотребна; и друго, очекивало се да ће Европски суд правде у каснијим случајевима интерпретације слободе настањивања попунити ту празнину у праву Европске уније и дозволити прекограничну промену седишта. Оба разлога су се показала као нетачна. Које год да је образложење дато, неспорно је да основни проблем свих тешкоћа везаних за регулацију ове области лежи у оштрој супротстављености држава чланица које прихватају теорију инкорпорације и држава чланица које прихватају теорију стварног седишта.⁵⁹

У последњих неколико година поново је оживела идеја усвајања Четрнаесте директиве,⁶⁰ јер је ова материја у целости уређена често дивергентним националним прописима, а свега неколико држава чланица ЕУ дозвољава промену седишта без ликвидације и поновног оснивања. У сваком случају, регулатива прекограничне промене седишта мора да се заснива на неколико основних принципа:⁶¹ 1) промена седишта не сме да утиче на правни субјективитет друштва; 2) она не треба да има никакав утицај на уговорне обавезе друштва; 3) пренос седишта не подразумева и промену центра обављања делатности; и 4) заштита интереса мањинских чланова мора бити један од приоритета. Посебан проблем представља чињеница да се ова област у целости не може решити само компанијскоправним прописима, већ њу мора пратити и промена других прописа (на пример, оних којима ће бити гарантована пореска неутралност у случају прекограничне промене седишта).⁶²

У овој години Европска комисија ће након јавних консултација које су у току,⁶³ одлучити о могућим начинима јединственог уређења прекограничне промене регистрованог седишта.

58 Види: Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office, Commission Staff Working Document, Commission of the European Communities, SEC(2007) 1707, Brussels 12.12.2007, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/shareholders/ia_transfer_122007_part1_en.pdf (10.4.2013).

59 Више о овим теоријама и односу између њих види: Татјана Јевремовић Петровић, *Прекогранична промена седишта друштва у комунијарном праву*, Задужбина Андрејевић, Београд, 2003, стр. 24–37.

60 Види: Report of the Reflection Group, стр. 17–22.

61 P. Böckli *et al.*, „The Future of European Company Law“, May 1, 2012, стр. 8, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=2075034> (2.1.2013).

62 Т. Јевремовић Петровић, *нав. дело*, стр. 78.

63 Доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/seat-transfer/index_en.htm (11.4.2013).

2. Унапређење регулативе прекограничних спајања

Усвајање Директиве о прекограничним спајањима⁶⁴ је оцењено као значајан корак у правцу даљег развоја мобилности компанија унутар Европске уније. Међутим, искуства стечена у неколико година њене примене указују на неке недостатке ове регулативе, који могу негативно да утичу на коришћење ове форме статусног повезивања у будућности. Основни проблем директиве је у томе што она на великом броју места упућује на примену националног права,⁶⁵ при чему нека од тих питања не само што нису хармонизована, већ су уређена различитим, па чак и супротстављеним правилима. У теорији се посебно истичу недостаци комунитарне регулативе прекограничних спајања у односу на заштиту права поверилаца.⁶⁶ Одговорност у том погледу великим делом сноси (Трећа) Директива о националним спајањима, која је обавезала државе чланице да предвиде систем адекватне заштите интереса поверилаца, али није прописала детаљна правила у том погледу.⁶⁷ Због тога данас и постоје различити системи заштите поверилаца у националним законодавствима, који у области прекограничних спајања представљају извор правне несигурности, непотребне комплексности и неизвесности. Осим заштите поверилаца у теорији је указано и на друге недостатке европске регулативе прекограничних спајања, и то пре свега на непостојање правила о начинима процене вредности имовине на основу које се одређује сразмера акција (удела),⁶⁸ на непрактичну и прекомерно сложену заштиту запослених,⁶⁹ и сл. Имајући све наведено у виду, Европска комисија је започела рад на сачињавању детаљног извештаја о примени Директиве о прекограничним спајањима, на основу кога ће се

64 Directive 2011/35/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 concerning mergers of public limited liability companies, *Official Journal* L 110, 29.4.2011.

65 Директива је као правило прихватила дистрибутивну примену националних права, што значи да се на свако друштво које учествује у статусној промени примењује његово национално право. У ситуацијама када је неопходна кумулативна примена националних права, директива садржи материјална правила. Види: Татјана Јевремовић Петровић, *Прекогранична спајања друштва у праву ЕУ*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010, стр. 136.

66 Више види: Report of the Reflection Group, стр. 27–28.

67 Directive 2011/35/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 concerning mergers of public limited liability companies, *Official Journal* L 110, 29.4.2011, чл. 13. Више види: Татјана Јевремовић Петровић, „Статусне промене – спајање привредних друштава“, у: М. Васиљевић, В. Радовић, Т. Јевремовић Петровић, *нав. дело*, стр. 326–329.

68 Више види: Report of the Reflection Group, стр. 28.

69 Више види: P. Bockli *et al.*, *нав. рад*, стр. 9.

у наредној фази највероватније приступити раду на формулисању измена ове директиве.⁷⁰

3. Омогућавање прекограничних подела

Национална правила о поделама привредних друштава су хармонизована на нивоу Европске уније још од 1982. године, када је усвојена Шеста директива о поделама јавних акционарских друштава.⁷¹ За разлику од спајања, чија хармонизација није стала усвајањем Треће директиве, већ је настављена усвајањем Директиве о прекограничним спајањима, поделе нису пратиле исти тренд. Временом се показало да нема разлога због којих не би требало јединствено уредити и прекограничне поделе. Друштво које жели да изврши ову врсту статусне промене мора да предузме више операција (на пример, да оснује зависно друштво у другој земљи и да на то друштво пренесе део своје имовине или да изврши националну поделу, а да након тога једно од друштава насталих поделом промени своје седиште, и сл.),⁷² што није у складу са потребом развоја прекограничне мобилности компанија. Због тога се предлаже уређење прекограничних подела унутар Европске уније, како би се заокружила материја прекограничних статусних промена.⁷³ Унапређена Директива о прекограничним спајањима може у том случају да послужи као добар оквир,⁷⁴ јер је дала одговоре на бројна питања која су од подједнаког значаја и за поделе.⁷⁵ Европска комисија ће након извештаја о примени Директиве о прекограничним спајањима започети рад на формулисању јединствених правила о прекограничним поделама, што би за последицу највероватније требало да има усвајање Директиве о прекограничним статусним променама.⁷⁶

70 Акциони план (2012), стр. 13.

71 Sixth Council Directive 82/891/EEC of 17 December 1982 based on Article 54(3)(g) of the Treaty, concerning the division of public limited liability companies, *Official Journal* L 378, 31.12.1982.

72 Акциони план (2012), стр. 13.

73 Report of the Reflection Group, стр. 22; Сажетак одговора, стр. 11; Акциони план (2012), стр. 13.

74 P. Böckli *et al.*, *нав. pag*, стр. 9.

75 У прилог наведеном се може истаћи да је Шеста директива писана под великим утицајем Треће директиве. Штавише, Шеста директива на великом броју места упућује на примену одредаба Треће директиве. Види, на пример, чл. 1-2, 5, 8, 12, 14 и 21 Шесте директиве.

76 Акциони план (2012), стр. 13.

4. Даљи рад на промовисању и поједностављивању услова за рад малих и средњих предузећа (Европско затворено друштво и/или алтернативна решења)

Према подацима Европске комисије, мала и средња предузећа чине око 99% друштава капитала у Европској унији, запошљавају преко 70% радника, а укупно их има око 23 милиона. Због тога је у више наврата помињано да су мала и средња предузећа покретачка снага Европске уније. Међутим, од тог мноштва мањих друштава, свега 8% обавља делатности прекограничне трговине, а 5% има зависна друштва или пословне подухвате у иностранству. Управо у тој чињеници Европска комисија види велику шансу за даљи развој унутрашњег тржишта Европске уније, јер је потенцијал ових друштава још увек недовољно искоришћен. Униформна и флексибилна компанијскоправна правила о затвореним друштвима би отклонила бројне препреке и снизила трошкове европских малих и средњих друштава, што би у крајњој линији требало позитивно да утиче на развој њихових прекограничних активности.⁷⁷

Како би остварила овај циљ, Европска комисија је 2008. године усвојила „*Small Business Act for Europe*“, којим је трасирала даљи пут развоја европске регулативе ових друштава.⁷⁸ Он се састоји од 10 основних принципа, који треба да буду имплементирани од стране Европске комисије и националних законодавстава. Такође, Комисија је предложила и неколико конкретних законодавних мера, међу којима се као најзначајнија из угла компанијског права истиче увођење нове европске форме друштва, прилагођене превасходно малим и средњим предузећима – Европског затвореног друштва. Исте године Европска комисија је усвојила Предлог Уредбе о Европском затвореном друштву.⁷⁹ У том тренутку се чинило да ће у кратком року Европска унија доби-

77 Више о потреби унапређења регулативе малих и средњих предузећа у ЕУ види: Commission Staff Working Document accompanying the Proposal for a Council Regulation on the Statute for a European Private Company (SPE) – Impact assessment, Brussels, SEC(2008) 2098, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/epc/impact_assesment_en.pdf (5.4.2013).

78 Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, „Think Small First“ – a „Small Business Act“ for Europe, Brussels, 25.6.2008, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0394:FIN:EN:PDF> (5.4.2013).

79 Proposal for a Council Regulation on the Statute for a European private company, presented by the Commission, SEC(2008) 2098, SEC(2008) 2099, Commission of the European Communities, Brussels, COM(2008) 396/3, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/epc/proposal_en.pdf (18.11.2009).

ти још једну наднационалну (европску) правну форму. Међутим, то се до данас није догодило, јер је дошло до неочекиваног застоја. Већина учесника јавних консулација које је спровела Европска комисија је била подозрива према овом документу, сматрајући да се треба фокусирати на развој алтернатива Европском затвореном друштву.⁸⁰

Критика Предлога Уредбе о Европском затвореном друштву се највећим делом заснива на њеној најзначајнијој карактеристици, а то је екстремна флексибилност. Наиме, Уредба садржи само минималне одредбе, а оснивачи су у обавези да оснивачким актом уреде највећи број питања од значаја за функционисање ове форме.⁸¹ Према томе, Предлог је заснован на слободи уговарања као руководећем принципу.⁸² На први поглед ово је добро решење, међутим, детаљнијом анализом се уочава да оваква слобода може водити још већим разликама него што је то тренутно случај. Уместо 27 различитих приступа затвореним друштвима, постојаће неограничен број варијација у оквиру једне европске форме.⁸³ Имајући све наведено у виду, Европска комисија ће наставити рад на Предлогу Уредбе о Европском затвореном друштву, а све у циљу поспешивања развоја прекограничних активности малих и средњих предузећа.⁸⁴

5. Унапређивање регулативе постојећих европских форми друштава

Европска компанија представља најзначајнију европску (наднационалну) форму друштва. У њу су полагане велике наде, јер се очекивало да ће остварити значајан ефекат на развој прекограничне трговине. Међутим, досадашњи резултати нису задовољавајући. Оно што ипак представља охрабрење је чињеница да последњих година расте број Европских компанија (нарочито у Немачкој и Чешкој).⁸⁵ У сваком случају реч је о правној форми која има неспорно значајне предности, које се уз одређена побољшања могу у перспективи успешно експлоатисати од

80 Сажетак одговора, стр. 8–9.

81 Татјана Јевремовић Петровић, „Европско затворено друштво – *Societas Privata Europaea* (SPE)“, *Право и њивреда*, бр. 9–12/2009, стр. 19. Минимална садржина оснивачког акта је прописана Анексом I ове Уредбе.

82 Винтеров извештај, стр. 114.

83 Више види: P. Böckli *et al.*, *нав. рад*, стр. 20.

84 Акциони план (2012), стр. 13–14.

85 У октобру 2012. године је било 1.426 основаних Европских компанија, а почетком 2013. године тај број се повећао на 1.601. Доступно на адреси: <http://ecdb.worker-participation.eu/> (4.4.2013).

стране привредних субјеката.⁸⁶ Због тога Европска комисија нема намеру да одустане од ове правне форме, већ напротив жели да у 2013. години интензивира своје активности на пољу њеног даљег промовисања (на пример, преко нуђења бројних информација на посебном сајту који би био креиран само у те сврхе).⁸⁷ Информисање јавности као такво неће отклонити бројне недостатке који су се испојили у примени Уредбе о Европској компанији и Директиве о положају запослених,⁸⁸ већ ће само приближити ову форму трећим заинтересованим лицима.⁸⁹ То може бити учињено само изменама ових правних аката, што је такође на дневном реду Европске комисије, али то не може бити спроведено у кратком року.

Осим Европске компаније, Европска комисија одређене активности на пољу информисања намерава да предузме и у односу на Европско задружно друштво, које се у пракси показало као потпуни промашај.⁹⁰ Нови Акциони план у потпуности занемарује Европску економску интересну групацију.

6. Повезана друштва

Европска комисија је у више наврата 70-их и 80-их година прошлог века усвајала нацрте Девете директиве компанијског права о повезаним друштвима.⁹¹ Због противљења великог броја држава чланица

86 Више о предностима Европске компаније види: Ernst & Young, Study on the operation and the impacts of the Statute for a European Company (SE) – 2008/S 144–192482, Final report, 9 December 2009, стр. 209–238, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2010/se/study_SE_9122009_en.pdf (3.4.2013); Тајјана Јевремовић Петровић, „Европска компанија у праву ЕУ“, *Међународни проблеми*, бр. 2–3/2007, стр. 403–405.

87 Акциони план (2012), стр. 14.

88 Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company (SE), *Official Journal* L 294, 10.11.2001; Council Directive 2001/86/EC of 8 October 2001 supplementing the Statute for a European company with regard to the involvement of employees, *Official Journal* L 294, 10.11.2001.

89 О најзначајнијим недостацима регулативе Европске компаније, али и предлозима за њено унапређење, више види: Ernst & Young, *нав. извештај*, стр. 239–242; Report from the Commission to the European Parliament and the Council – The application of Council Regulation 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European Company (SE), Brussels, 17.11.2010, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0676:FIN:EN:PDF> (4.4.2013); P. Böckli *et al.*, *нав. pag.*, стр. 19; Report of the Reflection Group, стр. 29–30.

90 До јула 2012. године основано је свега 25 Европских задружних друштава.

91 О историјату види: Vanessa Edwards, *EC Company Law*, Oxford University Press, 1999, стр. 390–391; S. Grundmann, *нав. дело*, стр. 630–631; Francesco Chiappetta, Umberto Tombari, „Perspectives on Group Corporate Governance and European Company Law“, *European Company and Financial Law Review*, бр. 9(3)/2012, стр. 261–263.

они никада нису постали званични предлози. Временом се одустало од целовите регулативе права повезаних друштава.⁹² У том погледу, велики утицај је имао извештај Високе групе експерата, у коме је званично заузет став да нека питања повезаних друштава треба уредити у оквиру других директива, али да посебна директива у том погледу није потребна.⁹³ Другим речима, првобитну идеју свеобухватности је заменила идеја партикуларности. Тако су последњих деценија одређена уска питања из ове области уређена у рачуноводственом праву, пореском праву, праву преузимања, банкарском праву, праву осигурања, праву конкуренције, и сл.⁹⁴ Међутим, неки од најзначајнијих практичних проблема повезаних друштава нису још увек решени јединственим правилима. Имајући у виду да је повезивање друштава један од најчешћих легитимних начина прекограничног обављања делатности,⁹⁵ примена различитих правила на поједине чланове групације може створити бројне потешкоће, што у крајњој линији доводи у лошији правни положај одређена лица, чија је заштита у фокусу права повезаних друштава (нарочито мањинских акционара и поверилаца).⁹⁶ Два питања везана за групације су посебно издвојена, и то препознавање „интереса групе“ и објављивање информација,⁹⁷ а Европска комисија ће у 2014. години предложити правне механизме како да се унапреди регулатива у овом домену.⁹⁸

Многа национална законодавства не познају интерес групе као засебан интерес. Због тога се може десити да се директори зависних друштава нађу у незавидној ситуацији, када према националном праву коме зависно друштво припада морају да донесу одлуку водећи рачу-

92 Од 1984. године, када је сачињен последњи нацрт Девете директиве, нису предузимане активности у правцу сачињавања новог нацрта. Види: V. Edwards, *нав. дело*, стр. 391.

93 Винтеров извештај, стр. 94. Исто: Акциони план (2003), стр. 18–19; Report of the Reflection Group, стр. 59–60.

94 Више види: Татјана Јевремовић Петровић, „Потреба регулисања повезаних друштава у праву ЕУ“, у: Вук Радовић (ур.), *Усклађивање њословној йрава Србије са йравом Евройске уније (2012)*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, стр. 91–93.

95 Штавише, у Европи је највећи број друштава капитала организован у оквиру групација (на пример, у Немачкој, 75–90% друштава капитала је повезано). Види: S. Grundmann, *нав. дело*, стр. 628–629.

96 Т. Јевремовић Петровић, „Потреба регулисања повезаних друштава у праву ЕУ“, стр. 94–95.

97 Сажетак одговора, стр. 12; Одлука Парламента о будућности европског компанијског права, тач. 9; Акциони план (2012), стр. 15.

98 О другим предлозима за унапређење корпоративног управљања у повезаним друштвима више види: F. Chiappetta, U. Tombari, *нав. чланак*, стр. 268–274.

на о најбољем интересу друштва, а да при том матично друштво основано очекује да ће одлука бити донета у интересу групе као целине.⁹⁹ Због тога се основни проблем у повезаним друштвима своди на питање да ли и у којој мери „доношење одлука у зависном друштву треба да се врши искључиво у интересу тог друштва, или је могуће вршити модификације интересом ... групе друштава као целине“.¹⁰⁰ Прецизно дефинисање ситуација када се одлука може донети у интересу групе ће директорима зависних, али и матичних друштава, омогућити заштиту од евентуалне одговорности (грађанскоправне и кривичноправне).¹⁰¹ На тај начин ће бити отклоњена велика препрека за даљи развој прекограничне трговине.¹⁰²

Објављивање информација, као један од најзначајнијих инструмената у регулисању повезаних друштава,¹⁰³ у последњој деценији је у значајној мери унапређено у праву ЕУ. У овом домену су посебно важну улогу имале неке одредбе Директиве о транспарентности, Директиве о јавним понудама за преузимање¹⁰⁴ и Седме директиве о консолидованим рачунима.¹⁰⁵ Међутим, ова област и даље није у потпуности покривена заједничким правилима, а нека међу њима су неопходна из угла адекватније и потпуније заштите инвеститора и поверилаца. У том погледу посебно треба водити рачуна и о објављивању информација о групацијама некотираних друштава (нарочито о њиховом формирању), као и о групацијама створеним на друге начине, које су у досадашњој регулативи биле занемарена, јер се поменуте директиве баве искључиво котираним друштвима и повезивањем друштава путем учешћа у основном капиталу.¹⁰⁶ Такође, посебну пажњу треба усмерити ка унапређењу

99 P. Böckli *et al.*, *нав. раг*, стр. 13.

100 Т. Јевремовић Петровић, „Потреба регулисања повезаних друштава у праву ЕУ“, стр. 101. Исто питање се може поставити и из угла матичног друштва. Види: S. Grundmann, *нав. дело*, стр. 637–638.

101 Више о предностима и недостацима препознавања „интереса групе“ као легитимног интереса види: Report of the Reflection Group, стр. 60.

102 P. Böckli *et al.*, *нав. раг*, стр. 13.

103 Т. Јевремовић Петровић, „Потреба регулисања повезаних друштава у праву ЕУ“, стр. 107.

104 Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of 21 april 2004 on takeover bids, *Official Journal* L 142, 30.4.2004.

105 Seventh Council Directive 83/349/EEC of 13 June 1983 based on the Article 54 (3) (g) of the Treaty on consolidated accounts, *Official Journal* L 193, 18.7.1983, са изменама и допунама до 2009. године.

106 Више о конкретним предлозима за унапређивање правног оквира објављивања информација о повезаним друштвима у праву ЕУ види: Report of the Reflection Group, стр. 68–75.

система објављивања информација које се односе на структуру групације и односа између њених чланица.¹⁰⁷

V Кодификација компанијског права Европске уније

Компанијско право Европске уније се од 1968. године до данас не-престано развија. У том периоду је усвојен велики број правних аката, међу којима се као најзначајнији истичу директиве и уредбе, као класични извори компанијског права ЕУ, одосно препоруке и одлуке Европског суда правде, као новији и флексибилнији извори.¹⁰⁸ Сви они заједно чине тзв. секундарно право Европске уније у области компанијског права. Ако се сви ти извори посматрају као целина може се рећи да њу карактерише правна разноликост, расцепканост, међусобна испрплетаност и недовољна систематичност. Најмање два разлога су нарочито актуелизовала проблематику потребе за кодификовањем компанијског права ЕУ последњих година: прво, многе од усвојених директива су у више наврата биле мењане и допуњаване, што је смањило њихову прегледност и једноставност за употребу (примера ради, Друга директива, усвојена 1976. године је измењена у два наврата, 1992. и 2006. године);¹⁰⁹ и друго, у новије време Европска комисија је започела нови тренд усвајања директива са изразито уским и специјализованим предметом, а којима се мењају одредбе више других директива (типичан пример овакве законодавне стратегије представља Директива о међусобном повезивању регистара у којима се воде подаци о привредним друштвима, којом су измењене три директиве).¹¹⁰

107 Р. Vöckli *et al.*, *нав. pag*, стр. 13.

108 Више о изворима компанијског права ЕУ види: Татјана Јевремовић Петровић, „Увод у компанијско право ЕУ: извори и развој“, у: М. Васиљевић, В. Радовић, Т. Јевремовић Петровић, *нав. дело*, стр. 20–26.

109 Види: Second Council Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 on co-ordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, in respect of the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, with a view to making such safeguards equivalent, *Official Journal* L 026, 31.1.1977; Council Directive 92/101/EEC of 23 November 1992 amending Directive 77/91/EEC on the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, *Official Journal* L 347, 28.11.1992; Directive 2006/68/EC of the European Parliament and of the Council of 6 September 2006 amending Council Directive 77/91/EEC as regards the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, *Official Journal* L 264, 25.9.2006.

110 Directive 2012/17/EU of the European Parliament and of the Council of 13 June 2012 amending Council Directive 89/666/EEC and Directives 2005/56/EC and 2009/101/EC

Сумирајући резултате јавних консултација, Европска комисија је закључила да постоји снажна подршка у правцу кодификовања постојећих компанијскоправних директива.¹¹¹ Основна аргументација за ову стратегију је следећа: кодификовањем ће компанијскоправна регулатива постати доступнија корисницима, јаснија, прегледнија, а смањиће се ризици будућих неконзистентних решења.¹¹² При том, не треба изгубити из вида чињеницу да кодификација европског компанијског права може имати и негативних ефеката, попут стварања нових неусклађености и грешака.¹¹³

У сваком случају, Европска комисија може на три начина да поједностави компанијскоправну регулативу. Први начин представља усвајање пречишћених текстова појединих директива, чиме би се све накнадне измене интегрисале у јединствен документ. Овакву праксу Европска комисија је започела 2009. године, а од тада је усвојила три нове директиве, којима су замењене Прва, Друга и Трећа директива компанијског права.¹¹⁴ Премда је ово начин поједностављивања компанијскоправних прописа, под кодификацијом Акциони план није имао у виду усвајање нових пречишћених текстова директива, што значи да не треба очекивати наставак ове праксе. Други начин је супротност првом, а односи се на кодификовање целокупног компанијског права Европске уније, тј. стварање кодификације у правом смислу те речи. Путем кодификације остварила би се систематичност, органи-

of the European Parliament and of the Council as regards the interconnection of central, commercial and companies registers Text with EEA relevance, *Official Journal* L 156, 16.6.2012.

111 Ову идеју је подржало више од 75% учесника јавних консултација, док је свега 19% било против. Види: Сажетак одговора, стр. 6.

112 Одлука Парламента о будућности европског компанијског права, тач. 10; Акциони план (2012), стр. 15.

113 Сажетак одговора, стр. 6.

114 Види: Directive 2009/101/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and third parties, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 48 of the Treaty, with a view to making such safeguards equivalent, *Official Journal* L 258, 1.10.2009; Directive 2012/30/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 54 of the Treaty on the Functioning of the European Union, in respect of the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, with a view to making such safeguards equivalent Text with EEA relevance, *Official Journal* L 315, 14.11.2012; Directive 2011/35/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 concerning mergers of public limited liability companies, *Official Journal* L 110, 29.4.2011.

зованост, прегледност, узајамна усклађеност норми, избегла би се непотребна понављања, користила би се јединствена терминологија, што би у крајњој линији повећало степен правне сигурности и лакоћу коришћења.¹¹⁵ Трећи начин кодификовања би се сводио на спајање више сродних директива у једну целину, чиме би се број правних извора минимизирао. Европски парламент је сугерисао да се правни извори категоризују у неколико група, при чему би се једна односила на све европске правне форме (Европска компанија, Европска економска интересна групација, Европско задружно друштво, а у случају усвајања и Европско затворено друштво), друга на мобилност друштава (обухватила би Трећу, Шесту, Десету, Једанаесту, Тринаесту, а у случају усвајања и Четрнаесту директиву), а трећа на оснивање и пословање (обухватила би Прву, Другу, Четврту, Седму и Осму директиву).¹¹⁶ Наравно, ово су само неки од предлога, при чему су могуће бројне варијанте, зависно од жељеног предметног опсега. У Акционом плану Европска комисија је навела да у 2013. години намерава да предложи кодификовање и спајање најзначајнијих компанијскоправних директива, при чему би кодификација требало да обухвати Прву, Другу, Трећу, Шесту, Десету, Једанаесту и Дванаесту директиву.¹¹⁷ Према томе, у овом тренутку трећа стратегија је највероватнија, јер није реално да ће се у једном документу уредити и материја која се сада налази у директивама и материја која се налази у уредбама.

Vuk RADOVIĆ, PhD, LL.M.

Associate Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

THE FUTURE OF EU COMPANY LAW – THE NEW ACTION PLAN

Summary

At the end of 2012 European Commission has adopted the new Action plan, in which it has identified main lines of action in the field of corporate governance and company law in the forthcoming period. In this paper the author

115 Јелена Перовић, *Међународно привредно право – књига I*, Центар за издавачку делатност Економског факултета у Београду, 2008, стр. 68.

116 Одлука Парламента о будућности европског компанијског права, тач. 10.

117 Акциони план (2012), стр. 15.

presents and critically analyses the most important of planned activities. Although the future legislative measures are binding only for EU Member States, understanding their economic logic and legal implementation is of interest to Serbia as well, since majority of problems emphasized by the European Commission are either not adequately solved or are completely neglected by Serbian company law in force.

Key words: *Action plan, shareholders, transparency, corporate governance, company law, cross-border mobility.*

др *Таијана ЈЕВРЕМОВИЋ ПЕТРОВИЋ*
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

ПОВЕЗИВАЊЕ ПРИВРЕДНИХ РЕГИСТАРА НА НИВОУ ЕУ*

Резиме

Овај рад бави се освртџом на досадашњу рејулаитиву на нивоу ЕУ у областии џовезивања џривредних рејистџара. Приказани су нови џројиси којима се врше измене у џојледу објављивања џодаџака и џихова размена џуџем џовезивања националних рејистџара. Пиџања у којима је извршена делимична измена досадашњих џројиса у џојледу објављивања и размене информација односе се на ојшџе џодаџке о друџџвима, џодаџке везане за џрекојранична сџајања џривредних друџџава, као и џодаџке о ојранцима друџџва из једне земље чланице ЕУ које се налазе у друјој земљи чланице. У раду је исџакнуџи значај џакве рејулаитиве, нарочитџо у циљу омоџућавања лакшеј и сиџурнијеј одвијања џрекојраничних активностии, смањивања админисџративних ојџеређења и џодсџицања џравне сиџурностии.

Кључне речи: *џривредни рејисџри, објављивање, ојранак, џрекојранична сџајања.*

* Овај рад је произашао из научно-истраживачког пројекта Правног факултета „Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ: правни, економски, политички и социолошки аспект“ 2013. године.

I Увод

Последњих година је у оквиру ЕУ развијен велики број правила којима се омогућује обављање прекограничних активности привредних друштава. На тај начин остварује се право настањивања и унапређује се правни оквир за ефикасно и конкурентно пословање привредних друштава. Видови обављања прекограничних активности обухватају слободно оснивање привредних друштава у другој земљи чланици, оснивање и функционисање зависних друштава или делова друштава – огранака, али и разне врсте повезивања, било путем функционисања друштава у групи, или путем статусних повезивања. Иако донедавно спорне, многе од ових активности су омогућене у протеклој деценији, при чему највећи значај имају доношење Статута Европског акционарског друштва и пратеће Директиве у учествовању запослених, а након њих и Директиве о прекограничним спајањима, као и Директиве о понудама за преузимање. Сматра се да би прекограничне активности биле драстично повећане у случају усвајања Предлога Статута Европског затвореног друштва.¹ Осим законодавне акције која је олакшала и омогућила предузимање прекограничних активности, нарочито подстицајне биле су и одлуке Европског суда правде које су се односиле на слободну покретљивост и тумачење права настањивања за друштва.²

У свим овим актима доминирају правила о информисању, како у циљу заштите унутрашњих односа у друштву, тако нарочито и ради заштите трећих лица, односно, јавности уопште. Објављивање представља врхунски принцип у компанијском и сродним гранама права, а његово остваривање и унапређење сматра се важним циљем у даљем развоју компанијског права ЕУ. Међутим, само информисање у вези је са могућношћу трећих лица да дођу до објављених информација. Стога је „свако објављивање добро у мери у којој је рапрострањено“,³ што у модерној епохи развоја комуникација значи потребу електронског, и по могућству централног приступа информацијама.

1 Вид. Commission of the European Communities, *Progress Report: Accompanying document to the Green Paper – The interconnection of business registers*, SEC (2009) 1492, Brussels, 4.11.2009. (даље у фуснотама: Пратећи документ уз зелену књигу); доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2009/interconnection_of_business_registers/working_document_en.pdf, 20.3.2013, стр. 3.

2 О томе вид. детаљно: Татјана Јевремовић Петровић, „Право на настањивање“, у: Мирко Васиљевић, Вук Радовић, Татјана Јевремовић Петровић, *Компанијско право Европске уније*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, стр. 51–88.

3 Професора Хопта цитирао је у свом раду: Ulrich Noack, „Die neue Unternehmenspublizität nach EHUG und TUG“, *Center for Business and Corporate Law Research Paper Series*, 4/2007, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=980289>, 27.3.2013, стр. 5.

Као основни разлог даљег унапређења објављивања нова Директива о међусобном повезивању регистара у којима се воде подаци о привредним друштвима предвиђа повећану потребу приступу информацијама о друштвима, нарочито у вези са њиховим прекограничним активностима.⁴

II Потреба и циљеви повезивања регистара

Европска унија је у више наврата истицала значај омогућавања ефикасног и конкурентног пословања привредних субјеката. Многе од мера које су донете на нивоу ЕУ оствариле су те циљеве на много једноставнији начин него да се то чинило на националном нивоу. У теорији се истиче да „...нема законодавног акта у европском компанијском праву који се примарно не тиче информисања“.⁵ Објављивање информација уопште сматра се једним од најзначајнијих инструмената заштите свих заинтересованих лица и усмерено је на обезбеђење правне сигурности.⁶ Најчешће се као основна сврха информисања истичу заштита тржишта, заштита интереса одређених лица, транспарентност друштва, као и у одређеној мери замена за материјална правила.⁷ У постизању тих циљева објављене информације морају да буду стандардизованог садржаја, чиме се омогућава њихова ефикасна употреба; тачне, што нарочито значи и редовно уношење промена, као и могућност заинтересованих лица да се у њих поуздају.⁸

4 Тачка 1 Преамбуле Директиве о међусобном повезивању централног, привредног и регистра привредних друштава (даље у фуснотама: Директива о повезивању регистра), Directive 2012/17/EU of the European Parliament and of the Council of 13 June 2012 amending Council Directive 89/666/EEC and Directives 2005/56/EC and 2009/101/EC of the European Parliament and of the Council as regards the interconnection of central, commercial and companies registers Text with EEA relevance, OJ L 156, 16.6.2012, доступно на адреси: http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=32012L0017, 1.3.2013.

5 Stefan Grundmann, *European Company Law: Organization, Finance and Capital Markets*, Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2007, стр. 153.

6 О циљевима и основним карактеристикама обавезног информисања друштава вид. Татјана Јевремовић Петровић, „Обавезно објављивање као инструмент заштите поверилаца у компанијском праву“, *Право и њиврега*, бр. 4–6/2011, стр. 187–215.

7 Вид. више *Ibid.*

8 Commission of the European Communities, *Commission Staff Working Document – Impact Assessment: Accompanying document to the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directives 89/666/EEC, 2005/56/EC and 2009/101/EC as regards the interconnection of central, commercial and companies register*, SEC (2010) (даље у фуснотама: Пратећи документ уз Предлог директиве), Brussels, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/business_registers/20110224_impact_en.pdf, 22.3.2013, стр. 25.

У циљу даљег развоја правила о информисању истицана је потреба смањивања трошкова, као и поједностављења формалности и препрека у ефикасном пословању. Једна од мера које су усвојене у том циљу представља Директива о међусобном повезивању регистара у којима се воде подаци о привредним друштвима.⁹ Њеним одредбама омогућено је стварање централне електронске платформе, која омогућава повезивање и међусобну комуникацију националних привредних регистара.

Циљ усвојених правила пре свега је *смањивање административних оштерећења и поједностављење правне сигурности* у пословању привредних субјеката.¹⁰ Тај циљ нарочито је истакнут након пољуљаног поверења инвеститора у финансијска тржишта, и покушај је поновног успостављања транспарентности и правне сигурности у свим областима везаним за то тржиште.¹¹ Он такође одговара и основним циљевима компанијског права ЕУ, који, поред ефикасности и конкуритивности, подразумевају, пре свега, потребу заштите интереса инвеститора, чланова, поверилаца и заинтересованих трећих лица. Повезивање регистара значајно је осим смањења административних трошкова и за смањење трошкова за сама друштва која учествују у прекограничним активностима.¹² Такође, циљ повезивања регистара омогућује и побољшање и ефикасност рада јавне управе или других надлежних тела и организација у земљама чланицама.¹³

Повезивање привредних и других регистара подразумева и *коришћење и примену савремене технологије*. Поред тога, *омогућава се ажурност у вођењу података о друштвима*, као један од важних елемената у остваривању адекватне функције коју објављивање има. Нарочито је ажурност и тачност података важна код огранака који послују у

9 Ову идеју подржале су Група стручњака компанијског права, као и извештај Групе за модернизацију компанијског права из 2011. године. Вид. Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, Brussels, 4 November 2002, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_en.htm#background, 25.3.2013, стр. 9, 39–41; Report of the Reflection Group On the Future of EU Company Law (даље у фуснотама: Извештај групе за модернизацију компанијског права 2011), Brussels, 5 April 2011, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf, 25.3.2013, стр. 32.

10 Вид. тач. 5 Преамбуле Директиве о повезивању регистара.

11 Вид. Commission of the European Communities, *Green Paper: The interconnection of business registers*, Commission of the European Communities (даље у фуснотама: Зелена књига), SEC (2009) 1492, Brussels, 4.11.2009, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2009/interconnection_of_business_registers/green_paper_en.pdf, 18.3.2013, стр. 2.

12 Вид. Пратећи документ уз Предлог директиве, стр. 7.

13 *Ibid.*, стр. 28.

другој земљи, те је веза између података о друштву у регистру његове земље, и података о његовом огранку, регистрованом у другој земљи, од одлучујуће важности.

Досадашњи напори у омогућавању прекограничних активности били су вишестрани и осим законодавне акције кроз низ докумената подразумевају и изражену улогу коју је одиграо Европски суд правде својим пресудама у области тумачења права на настањивање. На тај начин је омогућено ефикасније реализовање циљева и функционисања унутрашњег тржишта, и потиснуте националне мере усмерене на заштиту домаћих интереса и спречавања злоупотреба, које су доводиле до препрека и поделе тржишта према националним границама.¹⁴ Због тога је олакшање комуникације између регистара, који подразумевају њихову сарадњу и размену података значајно и ради *подстицања прекограничних активности*. Досадашње прекограничне активности пратиле су одредбе које подразумевају сарадњу националних регистара, али она није била јасно дефинисана, и у пракси је доводила до проблема у примени.

Нарочити значај повезивање и размена података о друштвима може да има за посебне облике (до сада нерегулисаних) прекограничних активности, попут група друштава. То би, на пример, било подстицајно у ефикасном информисању трећих лица о повезаним друштвима, чија регулатива иначе до сада није реализована на комунитарном нивоу, осим појединачних питања, пре свега у области рачуноводства и сачињавања финансијских извештаја. Такође, значај повезивања регистара несумњив је као претпоставка извођења поступка прекограничне промене регистрованог седишта друштва, која подразумева упис друштва у нови регистар и брисање из старог. Такав поступак за сада и даље није могућ на нивоу ЕУ, али јесте у појединим националним правима.

Најзад, могуће је идентификовати и друге кориснике података у случају међусобно повезаних регистара и тиме остварити и *групе значајне циљеве*. То се односи на разна јавна тела и друге организације задужене за праћење прања новца и борбу против криминала у овој области. То се нарочито остварује праћењем везе између појединих друштава или појединаца који учествују у овим активностима и даљег развоја система који пружа скупне информације и установљава међу њима различите везе.¹⁵

14 Kristof Marescau, Michel Tison, „Cross-border business in the European Union and statutory disclosure requirements: using IT as a catalyst for further market integration“, *Journal of International Commercial Law and Technology*, vol. 3, 2/2008, стр. 85.

15 Вид. више: *Ibid.*, стр. 91.

III Централни европски портал са обједињеним подацима националних регистара

Пре доношења Директиве о међусобном повезивању регистра било је покушаја унапређивања система информисања и размене информација. Један од видова обезбеђивања информација трећим лицима омогућен је путем организовања Европског пословног регистра (*European Business Register – EBR*), као мреже националних пословних регистра, коју чине чланови из 27 европских земаља, од којих директан (*on-line*) приступ постоји у односу на 23 земље.¹⁶ Овај регистар организован у форми Европске економске интересне групације чине чланови – углавном национални регистри из земаља чланица ЕУ, а неке од чланица (укључујући и неколико националних регистра ван ЕУ) су везане у ову мрежу на уговорној основи кроз тзв. Уговор о размени информација (*Information Sharing Agreement*).¹⁷ Ради се о пројекту који је објединио и сачинио мрежу електронских регистра из националних земаља на добровољној и уговорној основи и омогућио увид у податке у односу на друштва која су регистрована у њима. Зависно од националног регистра трећим лицима су пружени различити подаци, који по правилу подразумевају основне податке о друштвима, документе у електронској форми, и зависно од националног права додатне документе и извештаје, попут финансијских извештаја и слично.¹⁸ Само неки регистри пружају трећим лицима податке о друштвима из других земаља чланица, док су сви регистри овлашћени на приступ информацијама у другим регистрима (међусобно). Србија је једна од земаља чланица ове мреже.¹⁹ Највећи недостатак мреже Европског пословног регистра

16 Види више на: <http://www.ebr.org>, 19.3.2013. О развоју ове мреже и њеним специфичностима вид. Пратећи документ уз зелену књигу, стр. 7.

У САД постоји централни систем информисања (*EDGAR – Electronic Data Gathering, Analysis and Retrieval*) са приступом *on-line*, који се односи на јавна друштва, и обухвата све податке и документе које ова друштва имају обавезу да доставе Комисији за хартије од вредности (*SEC*). Вид. U. Noack, *нав. чланак*, стр. 101. Сличан систем у односу на јавна друштва постоји и у оквиру ЕУ, и препоручен је Директивом о транспарентности. Вид. више: Keith Thomas, Steve Gilbert, *Feasibility Study for a pan-European storage system for information disclosed by issuers of securities – Final Report*, Actica/PB318D004 1.3, 18 October 2011, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/transparency/martk-2010-17-f/final-report_en.pdf, 26.3.2013. О његовим предностима у односу на објављивање и доступност података о друштвима уопште вид. K. Marescau, M. Tison, *нав. чланак*, стр. 86–87.

17 Вид. више: Пратећи документ уз зелену књигу, стр. 9.

18 Више о извештајима који су доступни према свакој од земаља вид. <http://www.ebr.org/section/75/index.html>, 19.3.2013.

19 Регистар привредних субјеката у Србији је јединствена, централна и електронска база података и докумената, тако да одговара савременим европским захтевима

лежи у добровољности чланства у овој мрежи, непостојању обавезне међусобне сарадње и размене информација између националних регистара, непостојању јединственог приступа свим информацијама са једног места за кориснике (тзв. *one-stop shop*), већ приступу по правилу на националном нивоу; као и недовољним средствима за рад ове мреже, уз највећи недостатак непостојања информација (и чланства) из свих земаља чланица ЕУ.²⁰

У циљу даљег ширења пружања потпуних информација и нарочито ради међусобне комуникације регистара из земаља чланица усвојена је Директива о међусобном повезивању регистара привредних друштава. Централни европски портал део је пројекта тзв. Акционог плана за електронско право (*European e-Justice Action Plan 2009–2013*), установљен ради приступа правним информацијама, правним и административним институцијама, регистрима и базама података и других услуга.²¹ Земље чланице су обавезне да обезбеде информације које ће бити објављене на *e-Justice* порталу.²² У оквиру тог портала планирано је стварање Европске централне платформе, која ће омогућити повезивање регистара и њихову међусобну комуникацију, као и приступ информацијама.²³ Комисија је предвидела да ће омогућити креирање Европске централне платформе непосредно или преко трећих лица, укључујући и дефинисање техничких спецификација и карактеристика будућег система.²⁴ Дакле, створена је могућност да се национални регистри повежу тако да могу међусобно да комуницирају, односно размењују податке и документе, као и да их пружају заинтересованим лицима.

Међусобно повезивање регистара не значи и њихову замену једним јединственим централним регистром. Идеја стварања правога Европског централног регистра није нова, и постоји, макар у односу на неке (европске) форме друштава већ дуго. Та идеја се и даље помиње, нарочито уколико би се прекограничне активности у тој мери развиле, да наци-

везаним за електронско вођење података о привредним друштвима. Вид. чл. 2 Закона о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре (у даљем тексту: ЗПРуАПР), *Службени гласник РС*, бр. 99/2011.

20 Пратећи документ уз Предлог директиве, стр. 15–16.

21 Вид. тач. 8 Преамбуле Директиве о повезивању регистара, као и Акциони план за електронско право 2009–2013, Council Multi-Annual European E-Justice Action Plan 2009–2013, 2009/C75/01, OJ C 75, 31.3.2009, доступно на адреси: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:075:0001:0012:en:PDF>, 30.3.2013.

22 Вид. чл. 3 Директиве о повезивању регистара, којом се уводи нови чл. 3а у Прву директиву компанијског права.

23 Чл. 3 Директиве о повезивању регистара, којом се уводи нови чл. 4а у Прву директиву компанијског права.

24 Вид. чл. 3 Директиве о повезивању регистара, којом се уводе нови чл. 4б–4е у Прву директиву компанијског права.

онални регистри више не би могли да остваре функцију регистрације друштава која обављају прекограничну активност, већ би то могао само Европски централни регистар, који би се финансирао од стране ЕУ.²⁵ За сада ипак нема говора о таквој централизацији.

Због тога национални регистри и даље остају једини надлежни за уношење и вођење података о друштвима као и све њихове измене, и то, зависно од националног права, према одређеној територији: у целој земљи, региону или на локалном нивоу.²⁶ Дакле, вођење регистра и даље је питање које је строго националног карактера, а свако право уређује регистар према својим одредбама у складу са основним правилима постављеним (раније названом) Првом директивом компанијског права (о којој ће касније бити више речи, укључујући и податке). Као предуслов за међусобно повезивање пословних регистара постојећа правила из Прве директиве о регистрацији су предвидела њихово вођење у електронској форми.²⁷

Централна платформа има циљ само да олакша размену одређених података, а не да обједини регистре у којима се налазе основни подаци о друштвима, нити да их мења или на било који начин суштински води.²⁸ Повезивање регистара привредних друштава подразумева комуникацију између регистара путем размене података у стандардизованом облику, путем идентичног садржаја, како би трећим лицима њихово коришћење било максимално олакшано.²⁹ Ипак, није предвиђено да трећа лица имају директан приступ порталу којим су повезани национални регистри, већ само могућност добијања података који се на њему воде о појединим друштвима и њиховим огранцима на посредан начин.

Кључна одредба везана за могућност коришћења података који се налазе на заједничком порталу представља обавезу Комисије да објави информације на порталу *на свим званичним језицима Уније*.³⁰ Такво решење пружа изузетна преимућства у односу на приступ информацијама и могућност њиховог коришћења, узимајући у обзир да језичке баријере могу да представљају значајно оптерећење у односу на заинтересована трећа лица.

25 Вид. више: Извештај групе за модернизацију компанијског права 2011, стр. 33.

26 Вид. табелу са појединим националним правима у: Пратећи документ уз Предлог директиве, стр. 54.

27 Та обавеза је за све земље чланице уведена изменама (раније) Прве директиве компанијског права 2007. године, о којој ће ниже бити више речи.

28 Тач. 10 Преамбуле Директиве о повезивању регистара.

29 Вид. тач. 9 Преамбуле Директиве о повезивању регистара.

30 Вид. чл. 3 Директиве о повезивању регистара, којом се уводи нови чл. За у Прву директиву компанијског права.

Повезивање регистара не лишава права националне регистре да наплаћују одговарајуће накнаде у погледу пружених информација, што је принцип који и даље важи без обзира на повезивање регистара.³¹ Стога је предвиђено да ће за јавни приступ важити одговарајуће накнаде, осим података о имену, правној форми, регистрованом седишту и земљи у којој је друштво регистровано, укључујући и број регистрације, или друге податке које земља чланица може учинити доступним без *најлаћивања накнаде* према трећим лицима.³² Дакле, док је размена података међу националним регистрима без накнаде, она може бити са накнадом према трећим лицима, и то у погледу информација и докумената који се не сматрају основним подацима (идентификације) привредних друштава.

Најзад, циљ европског законодавца није искључиво међусобно повезивање националних регистара земаља чланица ЕУ, већ и могуће ширење такве платформе и на треће земље ван ЕУ у будућности.³³ За сада је платформа ограничена на земље чланице, и предвиђено је да ће оне донети одговарајуће мере којима уносе у своја права одредбе о повезивању регистра до 7. јула 2014. године.³⁴ Такође, идеја је да се размена података односи и на друге податке о друштвима, и то нарочито оне који се односе на информације које су релеватне за ефикасно функционисање финансијских тржишта. Стога би укључивање података везаних за јавна друштва и њихово извештавање, засновано на Директиви о транспарентности, био следећи корак у даљем развоју правила о јединственом информисању и транспарентности друштва чије се хартије од вредности налазе на регулисаном тржишту, како у погледу правних, тако и у погледу финансијских информација.³⁵ У погледу информисања јавних друштава постоје много једноставнија правила која подразумевају обавезу достављања података надзорном телу, као и званично одређеном субјекту који прикупља и објављује информације само у једној земљи (*one-stop shop system*).³⁶ Сматра се да би захтев за њиховим објављивањем у свакој земљи чланице, на чијим се тржиштима тргује хартијама од вредности, био сувише велико оптерећење за

31 Тач. 22 Преамбуле Директиве о повезивању регистара.

32 Вид. чл. 3 Директиве о повезивању регистара, којом се уводи нови чл. 3ц у Прву директиву компанијског права.

33 Тач. 23 Преамбуле Директиве о повезивању регистара.

34 Чл. 5 Директиве о повезивању регистара.

35 Вид. о укључивању података из Директиве о транспарентности у такав систем у: Зеленој књизи, стр. 5 и 9.

36 Вид. чл. 24 Директиве о транспарентности, као и Препоруку о електронској мрежи тела која воде званичну евиденцију података. Оба текста доступна су на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/securities/transparency/index_en.htm, 26.3.2013.

друштва и да би их доводио у неравноправну позицију на тржишту.³⁷ Иако повољнија за јавна друштва, примена ових правила, нарочито у комбинацији са правилима о објављивању основних података о друштвима (и његовим огранцима) може да буде врло компликована и скупа, и да стога ограничава друштва у прекограничним активностима.³⁸

IV Подаци на које је усмерена унапређена размена података

Међусобно повезивање регистара односи се на доступност и размену *званичних података* који се о друштвима (или њиховим огранцима) воде у надлежном регистру. Дакле, повезивање није усмерено на размену других незваничних информација, попут нпр. кредитног рејтинга привредног друштва. Стога је највећи део нових правила усмерен на измене Прве директиве компанијског права о објављивању.

Други значајан круг питања на која је усмерена нова Директива односи се на правила о огранцима и унапређивање међусобне комуникације регистара у тим питањима. Повезивање регистара преваходно је усмерено на обједињене податке о друштвима и њиховим огранцима, али се ипак ово не односи на друштва која се налазе ван ЕУ, која су иначе обухваћена правилима Једанаесте директиве компанијског права.

Најзад, Директива о повезивању регистара указује и на појачану потребу размене информација и сарадње привредних регистара у случају спровођења поступка прекограничних спајања, као и сличних поступака, који подразумевају њихову двостепену контролу, и неопходну комуникацију надлежних регистара у циљу окончања поступка.

Иако је у теорији било идеја да се објављивање и повезивање података односи и на питање дисквалификације директора, то новом Директивом није учињено.³⁹

Сви подаци штите се према правилима о заштити података, и у складу са постојећим правилима ЕУ.⁴⁰

37 К. Marescau, М. Tison, *нав. чланак*, стр. 87.

38 *Ibid.*

39 Вид. више нпр. Извештај групе за модернизацију компанијског права 2011, стр. 34–35.

40 Вид. чл. 1, којим се уводи чл. 11а у правила Једанаесте директиве, чл. 2, којим се уводи чл. 17а у правила Директиве о прекограничним спајањима и чл. 3 Директиве о повезивању регистара, којим се уводи нови чл. 7а у Прву директиву компанијског права.

1. Општи подаци о друштвима

Најзначајније измене у новим правилима односе се на Прву директиву компанијског права, која регулише објављивање основних података о друштвима.⁴¹ Ова директива уредила је објављивање минимума података за свако друштво обухваћено њеним правилима. Ипак, и поред правила Прве директиве која су уредила објављивање кроз прописивање *минималних података и услова везаних за регистрацију*, национална права се и даље разликују. Те разлике односе се како на различите системе територијалне организације (регистри се воде у неким земљама за јединствену територију, негде за поједине регионе, а негде на локалном нивоу); разликују се подаци који се уносе осим минималних података које захтева Прва директива, а садржај и формат пословних регистара такође није стандардизован.⁴² Осим тога, разлике постоје и у погледу правног дејства информација, узимајући у обзир да национална права за информације везују одређене (различите) обориве или необориве претпоставке.⁴³

За свако друштво, за које се води посебан уложак у Регистру, према новим правилима је предвиђено да се *одређује посебан идентификациони број* који омогућава да се друштво идентификује у комуникацији са другим повезаним регистрима. Тај идентификациони број омогућава идентификацију земље чланице у којој се налази регистар, регистар у коме се налазе подаци о друштву и број друштва у регистру, укључујући и друге податке којима се онемогућава грешка у идентификацији.⁴⁴ У том циљу у ранијем BRITE пилот пројекту за повезивање националних

41 Директива о координацији мера, неопходних ради заштите чланова и трећих лица, којима се оне чине једнаке у земљама чланицама (даље у фуснотама: Прва директива компанијског права – што је нумерација раније верзије ове Директиве, касније напуштене у називима директива у компанијском праву), Directive 2009/101/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and third parties, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 48 of the Treaty, with a view to making such safeguards equivalent (Text with EEA relevance), OJ L 258, 1.10.2009, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32009L0101:EN:NOT>, 10.3.2013.

Детаљно о одредбама ове Директиве вид. Вук Радовић, „Ништавост, објављивање информација и пословање друштва капитала“, у: Мирко Васиљевић, Вук Радовић, Татјана Јевремовић Петровић, *Команијско право Европске уније*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, стр. 89 и даље, нарочито у односу на објављивање стр. 93–107.

42 О неким од ових проблема вид. Пратећи документ уз Предлог директиве, стр. 11.

43 Вид. *Ibid.*, стр. 52.

44 Чл. 3 Директиве о повезивању регистара, којим се уводи ст. 2 у чл. 3 Прве директиве компанијског права.

регистара развијен је тзв. REID број (*Register Entity Identifier*), који је обухватао прва два броја која указују на земљу, број регистра, постојећи број друштва у регистру и контролни број.⁴⁵ Његова предност је у задржавању постојећег броја у регистру, уз додатне ознаке земље и регистра, чиме се не оптерећују друштва на додатну пререгистрацију, и омогућава правна сигурност у односу на досадашње и будуће податке. Правилима нове Директиве потврђено је да ће такав број бити задржан у идентификацији европских друштава.

Предвиђено је постојање електронских података, као и докумената у електронској форми, предвиђених Првом директивом компанијског права, и њихова доступност преко повезаних регистара путем *јавној приступу*.⁴⁶ Међутим, нова Директива пропустила је да уреди приступ другим подацима о друштвима, који се у Регистру воде, а односе се на капитал друштва према одредбама Друге директиве компанијског права.⁴⁷ Стога је електронски приступ подацима и документима на платформи ограничен само на оне податке које садржи Прва директива компанијског права. Већ је поменуто да се одређени основни подаци о друштвима (ради њихове идентификације у правном промету) чине доступним јавности без плаћања одговарајуће накнаде, док ће остали подаци и документи бити доступни уз накнаду.

Обавеза је регистра да без одлагања проследи повезаним регистрима информацију о покретању и окончању поступка у вези са престанком друштва или стечајем, као и податак о његовом брисању из регистра, уколико тиме наступају правне последице према националном праву земље која води регистар друштава.⁴⁸ Паралелно са том обавезом и регистар у коме је уписан огранак друштва има обавезу да потврди пријем таквог обавештења, чиме је омогућена најефикаснија и најсигурнија међусобна размена информација.

Предвиђена размена информација и могућност јавног приступа неспорно ће олакшати и учинити ефикаснијим прекограничне активности друштава. Међутим, новоусвојена правила ограничена су на оне форме друштва које је обухватила Прва директива компанијског права својим нормама – дакле, на сва друштва чија је одговорност ограничена, и то према појединим таксативно набројаним формама у националним правима.⁴⁹ Дакле, не постоји обавеза да се на будућем порталу чине

45 Вид. Пратећи документ уз зелену књигу, стр. 12.

46 Чл. 3 Директиве о повезивању регистара, којом се уводи нови чл. 3б у Прву директиву компанијског права.

47 О подацима који се обавезно објављују вид. В. Радовић, *нав. рад*, стр. 95–98.

48 Чл. 3 Директиве о повезивању регистара, којом се уводи нови чл. 3д у Прву директиву компанијског права.

49 Вид. чл. 1 Прве директиве. За предности и недостатке такве енумерације вид. В. Радовић, *нав. рад*, стр. 91–92.

јавно доступним (нити размењују) информације о другим формама друштава, укључујући и друштва лица уколико је њихово регистровање обавезно према националном праву. Чини се да не постоје сметње да међусобно повезани регистри размењују све информације, укључујући и оне које се односе на све форме друштава о којима воде регистре (па чак и информације о појединим лица која се везују за пословање друштва – чланови, директори и слично – што је тренутно случај у оквиру Европског пословног регистра), али је ситуација другачија у односу на могућност јавног приступа заинтересованих лица тим информацијама. Ипак, учешће других форми друштава (осим оних које су изричито предвиђене правилима Прве директиве) у прекограничним активностима није значајно, те стога не постоје озбиљнији проблеми у изостављању тих форми. Такође, није изричито поменута ниједна европска форма друштва, иако се и оне региструју у националним регистрима, што је предвиђено у изворима који регулишу те форме, а не изричито одредбама Прве директиве компанијског права.⁵⁰ До доношења правила која су регулисала Европско акционарско друштво чак је постојала идеја постојања јединственог Европског централног регистра, који би водио евиденцију са неопходним подацима о тој форми, али је таква идеја напуштена, те се ова друштва региструју према националним прописима земље у којој имају своје регистровано седиште, а објављивање података и документа врши се према правилима тог националног права и у складу са одредбама Прве директиве компанијског права.⁵¹ Исто важи и за Европску економску интересну групацију.⁵² Ипак, измене у погледу обавеза размене информација везаних за ове форме друштава могуће су само путем другачијег правног инструмента, узимајући у озбир да су

50 Грундман наводи да се одредбе Прве директиве сходно примењују на друштва која нису наведена у *numerus clausus* набројаним случајевима чл. 1, уколико се ради о формама које одговарају побројаним националним формама, а такође се то односи и на СЕ, применом правила чл. 10 да се на ову форму, у оквиру овлашћења датих Уредбом, примењују одредбе националног права регистрованог седишта, као да се ради о акционарском друштву (чл. 10 Статута СЕ). Вид. S. Grundmann, *нав. дело*, стр. 135. Ипак, поступак регистрације и објављивања предвиђен је посебно, у складу са правилима (раније) Прве директиве (чл. 12 Статута СЕ). Док би се могло прихватити такво гледиште у погледу објављивања и размену основних података о СЕ, спорно би било применити такво схватање у погледу прекограничних спајања и размене информација, када на основу тог поступка настаје СЕ, о којима ће касније бити речи.

51 Чл. 12 и 13 Уредбе о Статуту Европског акционарског друштва (у даљем тексту Уредба о статуту СЕ), Council Regulation 2001/2157/EC of 8.10.2001 on the Statute for a European company (SE), OJ L 294, 10.11.2001, доступно на адреси: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001R2157:EN:NOT>, 17.3.2013.

52 Чл. 6, чл. 10 и чл. 39 ст. 1 Уредбе о Европској економској интересној групацији, Council Regulation (EEC) No 2137/85 of 25 July 1985 on the European Economic Interest Grouping (EEIG), OJ L 199, 31.7.1985, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31985R2137:EN:NOT>, 18.3.2013.

Европско акционарско друштво, као и Европска економска интересна групација регулисане Уредбом, за чије доношење се захтевају различити услови и поступак, те је оправдано очекивати да ће и то бити учињено у будућности посебним инструментима, те ће и за ове форме бити изричито предвиђена размена података.

Један од важних недостатака (раније) Прве директиве компанијског права односио се на непостојање обавезе да се евентуалне измене у објављеним подацима достављају у релативно разумном и кратком року.⁵³ Значај нових правила лежи у обавези предузимања мера којима се обезбеђује да *све измене* у документима и подацима обавезно морају да се унесу у регистар.⁵⁴ Ове измене морају бити *унете и објављене* у електронској форми *у року од 21 дана* од пријема потпуне документације која се односи на измене које се објављују, укључујући и претходну контролу, уколико је она предвиђена као предуслов за унос података у регистар, изузев финансијских извештаја.⁵⁵ Циљ објављивања је како пружање података о друштвима на начин да је транспарентно њихово пословање, тако нарочито и заштита трећих лица, која имају право да се поуздају у податке из регистра.⁵⁶ Нарочито тачност и благовремено објављивање јесу кључни у остваривању тог циља.

Оправдано је питање на који начин је могуће обезбедити испуњење обавезе објављивања у року од 21 дана, као и последице и санкције у случају неизвршења те обавезе. Посебно је спорно уношење измена или уопште података које укључују и претходну контролу, неопходну за упис, јер она може да обухвати различите поступке и овере, зависно од одредби националног права.

2. Подаци о огранцима

Значај оснивања огранка истакнут је и у самом Уговору о функционисању ЕУ, кроз остваривање слободе секундарног настањивања

53 Вид. Пратећи документ уз Предлог директиве, стр. 25.

54 Вид. чл. 2 и чл. 3 ст. 3 и ст. 5 Прве директиве компанијског права. О средствима објављивања вид. В. Радовић, *нав. рад*, стр. 100 и даље.

55 Вид. чл. 3 Директиве о повезивању регистара, којим се уводи чл. 2а у Прву директиву компанијског права. У ранијим предлозима Директиве је тај рок био 15 дана. У домаћем праву предвиђен је рок од 15 дана за пријаву настанка или промене података и докумената, док Регистратор има обавезу да о пријави одлучи *у року од 5 дана*. Вид. чл. 10 и 15 ЗПРуАПП.

56 О поуздању трећих лица у податке из регистра вид. чл. 3 тач. 7 Прве директиве. За теоријску анализу вид. нпр. S. Grundmann, *нав. дело*, стр. 166–168. У нашој теорији вид. детаљно: Мирјана Марковић, „Негативан публицитет регистра привредних субјеката“, *Право и привреда*, бр. 1–4/2008, стр. 136 и даље; Мирјана Марковић, „Позитиван публицитет регистра привредних субјеката“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2008, стр. 357 и даље.

вања.⁵⁷ Реализација тог права нарочито је била значајна током последње деценије, када је омогућено обављање целокупне делатности кроз разне облике секундарног настајења – огранке или зависна друштва на територији било које земље чланице. Потреба обављања активности путем ових облика пословања нарочито је појачана жељом избора права које ће регулисати статусна питања друштва. Због великог броја случајева обављања делатности у више земаља чланица путем различитих организационих облика, појачана је потреба развоја правних инструмената којима се омогућава лак приступ информацијама о друштву и његовим организационим деловима свим заинтересованим лицима, а нарочито повериоцима и властима земље у којој се ефективно обављају активности друштва.⁵⁸

Иако је наведеним одредбама Уговора о функционисању ЕУ омогућено несметано оснивање огранака у другој држави чланици, ради правне сигурности је положај огранка било неопходно додатно регулисати. То је учињено, пре свега у односу на питање објављивања одређених података везаних за огранак кроз одредбе Једанаесте директиве компанијског права 1989. године.⁵⁹ Њен основни циљ била је обавеза објављивања података који се за привредно друштво воде према одредбама Прве директиве компанијског права, али не и за његове огранке, који послују у другој земљи чланици. Један од најважнијих разлога за потребу регулисања објављивања за огранке била је заштита поверилаца, за коју није било довољно предвидети упућивање на већ објављене податке у регистру где се објављују подаци о друштву.⁶⁰

57 Чл. 49 Уговора о функционисању ЕУ.

58 К. Marescau, М. Tison, *нав. чланак*, стр. 85. У једном познатом чланку групе аутора установљено је да је у периоду између 2003. и 2006. године у Великој Британији основано 67.000 нових друштава из других земаља чланица, а да се њихове главне активности не обављају у тој, већ у некој другој земљи, најчешће путем огранка (што је релевантно у односу на ову тему) или путем других организационих облика. Вид. Marco Becht, Colin Mayer, Hannes F. Wagner, „Where Do Firms Incorporate? Deregulation and the Cost of Entry“, *European Corporate Governance Institute Law Working Paper No. 70/2006*, August 2007, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=906066>, 26.3.2013, стр. 2, 28–29.

59 Једанаеста директива о подацима огранака друштва из једне земље чланице који се објављују у другој земљи чланици (даље у фуснотама: Једанаеста директива), Eleventh Council Directive 89/666/EEC of 21 December 1989 concerning disclosure requirements in respect of branches opened in a Member State by certain types of company governed by the law of another State, *OJ L 395*, 30.12.1989, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989L0666:EN:NOT>, 15.3.2013.

О садржају и основним одредбама Једанаесте директиве вид. у: Татјана Јевремовић Петровић, „Огранак привредног друштва“, у: Мирко Васиљевић, Вук Радовић, Татјана Јевремовић Петровић, *Компанијско право Европске уније*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, стр. 383 и даље.

60 S. Grundmann, *нав. дело*, стр. 518.

Упркос правилима те Директиве, и даље су у пракси постојали бројни недостаци. Пре свега, непостојање података у регистру друштва о огранцима који се налазе у страниој земљи (или земљама), што доводи до подељености информација између више националних регистара и може значајно да утиче на потпуну информисаност и заштиту интереса заинтересованих лица.⁶¹ Иако је у последње време било идеја да се повезивањем података из националних регистара и приступом тим подацима из свих земаља чланица (или на централном нивоу) отклања потреба посебног објављивања у земљи огранка, већ само у земљи друштва, одредбе Једанаесте директиве су задржане.⁶² Наиме, идеја примене правила из Директиве о транспарентности, која подразумева само објаву у „домаћој земљи“ са правом приступа подацима у свим других земљама сматрало се да није у складу са концепцијским приступом Једанаесте директиве компанијског права, те стога и није узета у обзир приликом усвајања правила Директиве о међусобном повезивању регистара, чија су решења, према неким мишљењима, мање оптимална, али и даље задовољавајућа.⁶³ Притом је учињен покушај њиховог унапређења у погледу обавезне размене података на нивоу самих регистара, дакле, без обзира на поступање друштва које је иначе било обавезно на достављање измењених података у регистру огранка.

Наиме, код огранка је положај поверицала делом несигуран јер они за дужника имају странио друштво.⁶⁴ Стога се сматра да „спремност спољног света да закључује уговоре са огранком мора да зависи у потпуности од поверења у друштво које стоји иза огранка“.⁶⁵ Предност у одредбама Једанаесте директиве представља обавезу објављивања података о огранку и његовом друштву, с тим што нарочити значај имају одредбе о језику, јер предвиђају могућност да земља чланица може да захтева превођење одређених података и докумената на неки од званичних језика ЕУ, како би се тиме трећим лицима олакшало коришћење података који се региструју у вези са огранком.⁶⁶ Иако је већ било посеб-

61 К. Marescau, М. Tison, *нав. чланак*, стр. 87.

62 Вид. Извештај групе за модернизацију компанијског права 2011, стр. 34–35.

63 К. Marescau, М. Tison, *нав. чланак*, стр. 89–90.

64 Mathias Habersack, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 3. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2006, стр. 104–105.

65 Erik Werlauff, *EU-Company Law: Common business law of 28 states*, 2nd edition, DJØF Publishing, Copenhagen, 2003, стр. 216–217.

66 Чл. 4 Једанаесте директиве. Наш Закон о привредним друштвима предвидео је обавезу регистровања огранка страног друштва, са подацима о огранку и његовом оснивачу, укључујући и обавезу пријаве података у случају измене, али нема правила о језику објаве, нити последицама уколико су подаци објављени у нашем регистру различити од података у коме се води друштво које је основало огранак.

но предвиђено да уколико се правила о објављивању података између земље у којој се налази огранак и оне којој припада друштво разликују, те предност у погледу предузетих послова у оквиру огранка имају правила о објављивању оне земље у којој се налази огранак; у пракси је било могуће да дође до више проблема.⁶⁷ Они произлазе из чињенице да не постоји обавеза регистра у коме се воде подаци о друштву да размењује податке са регистром који води податке о огранку друштва.⁶⁸ Постоји само *ојшџа обавеза друшџива* да пријави одређене податке у регистар, укључујући и регистар огранка у иностраној земљи, али је очигледно постојање пропуста у испуњавању те обавезе. Томе доприноси обавеза да се објављивање у земљи огранка врши према праву земље у којој се налази огранак, према правилима и у форми иностраног права, што је често оптерећује и подразумева значајне трошкове за друштво.⁶⁹ Ти трошкови значајнији су тим пре што подразумевају обавезу превода и достављања података и докумената од којих су неки, који се односе не специфично на огранак, већ објављени у земљи у којој је друштво регистровано.⁷⁰ Стога оваква обавеза може да доведе до значајног оптерећења достављања (и превоза) докумената и извештаја у сваку од земаља у којој друштво има регистрован огранак.⁷¹ За разлику од регистра друштва, који иначе има различита права у погледу неизвршавања обавезе достављања података, регистар огранка у другој земљи по правилу нема могућности да санкционише недостављање података, о којима може да сазна или од самог друштва, или од трећих лица.⁷² У том случају регистар огранка пружа нетачне информације

Вид. чл. 573 Закона о привредним друштвима (даље у фуснотама: ЗПД), *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011.

- 67 Вид. чл. 1 тач. 2 Једанаесте директиве. Иако то правило није посебно предвиђено за огранак у нашем праву, оно би могло да се примени на основу начела тачности и претпоставке савесности из чл. 3 ЗПРуАПР.
- 68 Зелена књига, стр. 12. У тзв. BRITE пилот пројекту који је повезао неколико националних регистра и покушао да испроба размену информација, извршено је поређење постојећих огранака са статусом њихових друштава у другој земљи, и у значајном броју случајева (између 13 и 17%, зависно од националног права) закључено је да су друштва престала да постоје, што је регистровано у регистру друге земље чланице у којој се налазило друштво, али не и у регистру у коме се водио огранак. Више о том пројекту са резултатима поређења вид. Пратећи документ уз зелену књигу, стр. 13.
- 69 Пратећи документ уз Предлог директиве, стр. 20.
- 70 К. Marescau, М. Tison, *нав. чланак*, стр. 85.
- 71 Е. Werlauff, *нав. дело*, стр. 216.
- 72 Пратећи документ уз Предлог директиве, стр. 18. Домаће право предвиђа новчану санкцију у случају кашњења (рок је иначе 15 дана) пријаве о настанку или промени податка или документа (чл. 10 ст. 2 ЗПРуАПР), што је такође решење и у другим националним правима.

о огранку и његовом друштву, што је изузетно штетно у односу на трећа (савесна) лица. За разлику од општих правила о санкционисању недостављања или достављања погрешних информација, обухваћених негативним дејствима објављивања, овде негативне последице погађају само трећа лица.⁷³

Проблем је нарочито изражен у случају да дође до промена података које је огранак дужан да објави, а нарочито уколико се над друштвом у земљи друштва о чијем се огранку ради покрене (и оконча) поступак стечаја, а ти подаци нису познати у регистру који води податке о његовом огранку. Чак и ако постоји правило о објављивању у земљи у којој се налази огранак, она не могу да заштите савесна трећа лица уколико је у дошло до стечаја друштва које одговара за обавезе огранка, будући да се ради о правно несамосталном делу привредног друштва, који нема сопствену имовину нити одговара за своје обавезе, већ то чини друштво чији је део.

Једанаеста директива предвиђа да се међу подацима које објављује огранак наведу и подаци везани за престанак друштва, именовање ликвидатора, поступак стечаја, реорганизације или други сличан поступак, али је основни проблем да ти подаци буду ажурни и у што краћем року унети у регистар који води податке о огранку.⁷⁴ Стога је новим правилима предвиђено да ће сви подаци које је огранак друштва из друге земље чланице ЕУ обавезан да објави *биће јавно доступни кроз уведени систем међусобног повезивања регистра*.⁷⁵ Осим тога, уведен је и *јединствени идентификациони број за огранке*, који омогућава идентификацију земље чланице у којој се налази регистар о друштву, регистар у коме се налазе подаци о огранку и број огранка у регистру, укључујући и друге начине којима се онемогућава грешка у идентификацији.⁷⁶

У вези са стечајем друштва, предвиђена је обавеза регистра у коме се воде подаци о друштву да у што је могуће краћем року (без одлагања) учини доступном информацију о отварању и окончању поступка престанка друштва или стечаја, као и брисања из регистра, уколико то доводи до правних последица у земљи чланици у којој се води друштво у регистрима.⁷⁷ Земља у којој се налази регистар у који је уписан огранак

73 Више о негативним дејствима објављивања вид. S. Grundmann, *нав. дело*, стр. 166–167. У домаћем праву вид. М. Марковић, „Негативан публицитет регистра привредних субјеката“, стр. 136 и даље.

74 Вид. чл. 2 тач. 1 под ф) Једанаесте директиве.

75 Чл. 1 Директиве о повезивању регистра, којим се у чл. 1 Једнаесте директиве уноси ст. 3.

76 Чл. 1 Директиве о повезивању регистра, којим се у чл. 1 Једнаесте директиве уноси ст. 4.

77 Чл. 1 Директиве о повезивању регистра, којим се у уноси нови чл. 5а у Једанаесту директиву.

има обавезу да преко система међусобног повезивања регистра потврди пријем тих информација без одлагања. Најзначајнија одредба односи се на обавезу земаља чланица да омогуће да по пријему обавештења о престанку друштва, стечаја или брисања из регистра дође и *до брисања ојранка* без одлагања, с тим што се то не односи на брисање услед промене правне форме, спајања, припајања или прекограничне промене регистрованог седишта.⁷⁸

3. Подаци у вези са прекограничним спајањима

Прекогранична спајања представљају специфичан поступак у коме се примењују права различитих земаља, према припадности друштава која учествују у овом поступку.⁷⁹ Директива о прекограничним спајањима је предвидела услове према којима долази до овог поступка, укључујући и решење за поједине случајеве у којима би применом меродавног националног права могли да настану проблеми који би онемогућили прекогранично спајање.⁸⁰ Једно од тих правила односи се на реализацију прекограничног спајања и његову контролу, у вези са којима је Директива о прекограничним спајањима предвидела да ће постојати двостепена контрола, која подразумева како контролу поступка спајања у фази пре његове реализације, која се за свако друштво врши према правилима његовог националног права; тако и контролу када дође до реализације спајања, према праву друштва стицаоца, односно новооснованом друштву.⁸¹ Након извршене контроле предвиђена је регистрација прекограничног спајања у регистру друштва стицаоца или новооснованог друштва, с тим да је било предвиђено да ће надлежни регистри сваког од друштава које је учествовало у поступку прекограничног спајања приступити регистровању података везаних за окончање тог поступка.⁸² У ранијој процедури било је предвиђено и да ће *рејистар друштва стицаоца обавестити ранији рејистар о сироведеном спајању*. То се по правилу чинило путем поштанске пошиљке (или евентуално

78 Чл. 1 Директиве о повезивању регистара, којим се уноси нови чл. 5а у Једанаесту директиву.

79 Више о прекограничним спајањима у праву ЕУ, као и одредбама Директиве о прекограничним спајањима вид. Татјана Јевремовић Петровић, *Прекогранична спајања друштва у праву ЕУ*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010.

80 Директива о прекограничним спајањима друштава чија је одговорност ограничена (даље у фуснотама: Директива о прекограничним спајањима), Directive 2005/56/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on cross-border mergers of limited liability companies' OJ L 310, 25.11.2005, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32005L0056:EN:NOT>, 17.3.2013.

81 Вид. чл. 10 и 11 Директиве о прекограничним спајањима.

82 Чл. 13 Директиве о прекограничним спајањима.

путем *e-mail*-а) на језику органа који је регистровао податке о извршеном спајању, што је успоравало и поскупљивало поступак уколико је био неопходан оверени превод у земљи која се обавештава.

Новим изменама предвиђено је да ће регистар друштва стицаоца или новооснованог друштва *кроз систем међусобно повезаних рејистара* (што значи и обезбеђење превода размењених података) *одмах обавештити рејистаре* сваког од друштава која су учествовала у прекограничном спајању, и према којима постоји обавеза друштава која учествују у поступку да доставе документе о окончаном поступку прекограничног спајања, да је прекогранично спајање ступило на снагу. Уколико долази до брисања старе регистрације, оно ће се извршити по пријему тог обавештења, али не пре.⁸³ Слична правила о обавези регистра да обавести други регистар постоје и у односу на Европско акционарско друштво у погледу промене регистрованог седишта, али не и у погледу прекограничног спајања, па за тај поступак пребацује ову обавезу на друштво стицаоца или новоосновано друштво, што је решење са значајно мањом правном сигурношћу за сва заинтересована лица.⁸⁴ Ипак, и овде се може прихватити да је могућа примена правила Директиве о прекограничним спајањима, у одсуству посебних правила предвиђених Статутом СЕ, узимајући у обзир примену правила националног права која се примењују у односу на национална акционарска друштва.⁸⁵ Предност такве комуникације је и у односу на трећа лица, јер се регистровање извршеног спајања олакшава и убрзава.

Предности предвиђене обавезне размене података постоје и у односу на промену регистрованог седишта, у мери у којој је дозвољена ме-родавним правом, односно у односу на Европско акционарско друштво. Тако се сматра да је досадашњи систем доводио до недовољне правне сигурности, јер је у пракси постојала ситуација тзв. позитивног сукоба чињеница, када је друштво уписано и у месту ранијег, и у месту новог регистрованог седишта.⁸⁶ Међутим, проблеми постоје, и још су озбиљнији у случају тзв. негативног сукоба, који теоријски не би био могућ, али се дешавао у пракси. Теоријски би, наиме, било немогуће да је друштво прво брисано из регистра без новог уписа, а да притом наставља да постоји, јер махом сва права за упис и брисање друштава (чија је одговорност ограничена, односно за сва привредна друштва –

83 Вид. нови чл. 13 Директиве о прекограничним спајањима према чл. 2 Директиве о повезивању регистра.

84 Вид. чл. 8 ст. 11 и ст. 26 Статута СЕ. Такође вид. Пратећи документ уз Предлог директиве, стр. 22.

85 О томе је већ било речи код објављивања општих података и сходној примени на основу чл. 10 Статута СЕ. Вид. фн. 50.

86 Пратећи документ уз Предлог директиве, стр. 23.

зависно од националног права) везују последице настанка и престанка друштва – конститутивно дејство. Међутим, пред Европским судом правде је недавно окончан поступак који се односио, између осталог, на друштво које је променило регистровано седиште из једне земље у другу. Притом, друштво је прво било брисано из регистра у земљи порекла (у фебруару 2006. године), уз напомену да се ради о промени регистрованог седишта. Друштво је затим тек у јануару 2007. године поднело захтев за регистрацију у другој земљи чланици, позивајући се на правни континуитет.⁸⁷ Дакле, у овом случају дошло је до негативног сукоба у погледу уписа и регистрације. Овде је очигледан пропуст регистра у земљи порекла који је извршио брисање без пријема обавештења о регистрацији у другој земљи, као и све мане које прати (потпуни) недостатак комуникације између два национална регистра.

Као и код објављивања општих података о друштвима, и овде се може приговорити предвиђеним изменама да се ограничавају на прекогранична спајања националних друштава, а да изостављају комуникацију која је предвиђена у погледу Европског акционарског друштва, како у погледу промене регистрованог седишта, тако и у односу на поступак прекограничног спајања. Ради се о идентичним циљевима и поступку, који је стога морао да обухвати и ову форму друштва, што ће вероватно бити учињено у посебном документу, или изменама правила о Европском акционарском друштву.

V Закључак

Иако је Директива о међусобном повезивању регистара о привредним друштвима предвидела махом правила техничке природе, њихов значај врло је важан. Наиме, предвиђена сарадња и размена информација између регистара земаља чланица ЕУ, планирана да у будућности обухвати и земље ван ЕУ, има вишеструке предности и обезбеђује сигуран амбијент за конкурентно и ефикасно пословање привредних друштава. Поред тога, предности овог повезивања за појединце и заинтересована трећа лица су изузетни, узимајући у обзир могућност будућег приступа информацијама о друштвима која послују на унутрашњем тржишту на једном месту. Те предности имају значаја и за Србију, која као чланица Европског пословног регистра већ има могућност размене информација са другим регистрима, и која усвајањем и применом система регистрације електронским путем прати савремене потребе у овом домену.

87 Више о овом случају вид. у пресуди *Vale Case*, C-378/10, доступно на адреси: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/, 22.3.2013.

Tatjana JEVREMOVIĆ PETROVIĆ, PhD
Assistant Professor at the Faculty of Law, University of Belgrade

INTERCONNECTION OF BUSINESS REGISTERS AT THE EU LEVEL

Summary

This paper deals with regulation of the interconnection of business registers at the EU level. New provisions regarding changes in disclosure and exchange of information on companies were presented. These issues particularly concern disclosure of general information on companies, information on companies' branches in other EU Member States, as well as exchanges of information in the cases of cross-border mergers or similar procedures. The most important impact of these provisions is easier and more effective cross-border company mobility, establishment of a safer business environment, removal of unnecessary administrative burdens and improvement of legal certainty.

Key words: *business registers, disclosure, branches, cross-border mergers.*

др *Кашарина* ЂУЛИЋ
доцент Факултета за економију, финансије и администрацију

Тања КУЗМАН, мастер
асистент на Факултету за економију, финансије и администрацију

ТРАНСПАРЕНТНОСТ ПОСЛОВАЊА ЛИСТИРАНИХ КОМПАНИЈА У СРБИЈИ*

Резиме

Београдска берза уређује рејулисано њржиишће и Мултиилайтералну њрјовачку ѡлајформу – МТП BELEX. Рејулисано њржиишће чине два сејменња лисѡинња – prime listing и standard listing, а ѡсѡиоји и годајни сејменји – оѡворено њржиишће. Харѡије од вредности моју биѡи ѡрхваћене у два сејменња лисѡинња уколико комѡаније које су их издале исѡуњавају сѡроже услове везане за њихове ѡсловне резулѡаѡе, мишљење овлашћеној ревизора, минималну количину кайишѡала, free float, ѡолиѡику дивиденди, ликвидности, иѡд. Нарочитѡ, лисѡиране комѡаније се суочавају са далеко вишим сѡандардима у ѡојегу ѡрансѡаренѡности и објављивања у ѡоређењу са комѡанијама које су коѡиране, али не и лисѡиране. У Србији, 1.092 комѡаније су коѡиране на Београдској берзи али само осам је лисѡирано. Ауѡорке ће оцениѡи квалитетѡи информација које су објавиле највеће срѡске комѡаније, кроз анализу која ће одѡворитѡи на следећа ѡиѡања: (1) да ли ѡиѡх осам лисѡираних комѡанија

* Овај чланак је део истраживачког пројекта „Унапређење конкурентности Србије у процесу придруживања ЕУ“, бр. 47028, за период између 2010–2014, који подржава Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

Захвалности: Захваљујемо се нашим стручним сарадницима Александру Калебићу, Ани Шаренац и Јанку Радовановићу, који су значајно допринели писању овог рада.

испуњавају своје законске обавезе у погледу објављивања и (2) да ли ово објављивање гарантује инвеститорима висок степен транспарентности и добар квалитет информација. Ауторке ће ипак давати преоруке за евидентна побољшања.

Кључне речи: квалитет информација, листиране компаније, објављивање, транспарентност.

I Увод

Редовне, правовремене, поуздане и упоредиве информације су кључне због чињенице да власници капитала не могу да донесу информисану одлуку о улагању без њих. На макро нивоу, недостатак информација доводи до веће цене капитала и неефикасне расподеле средстава. Квалитетне информације омогућавају акционарима и јавности да процене рад управе компаније, док у исто време обезбеђују управи компаније квалитетне инструменте који им омогућавају да ефикасно и ефективно управљају компанијом. Недостатак информација на макро нивоу резултира неефикасном расподелом средстава, високим степеном системског ризика и већом ценом капитала.

Према *OECD* принципима корпоративног управљања, компаније треба да обезбеде тачне информације о свим материјалним чињеницама везаним за компанију, укључујући финансијску ситуацију, перформансе, власништво и управљање компанијом.¹ С друге стране, објављивање значи омогућавање приступа информацијама свим заинтересованим странама, невезано за сврху прибављања информација, путем транспарентне процедуре која гарантује лако налажење и прибављање информација.² Методи ширења информација треба да обезбеде правичан, правовремен и трошковано ефикасан приступ свим релевантним информацијама од стране свих заинтересованих страна. Управа компаније као примарну одговорност има установљавање ефективног интерног система (мрежу подстицања и санкција) за прикупљање, процесуирање, прегледање и објављивање релевантних информација акционарима, заинтересованим странама, регулаторним и надзорним органима и тржишту у целини. Систем треба да обезбеди једнак приступ информацијама свим странама, као и санкције за неусклађивање правила и процедура.

Кузман и Ђулић објашњавају да су транспарентност и објављивање кључни из пет главних разлога: корпоративни углед, поверење у

1 OECD, *Principles of Corporate Governance*, Paris, 2004.

2 IFC и Београдска берза, *Приручник за корпоративно управљање*, Београд, 2011.

компаније, притисци свих заинтересованих страна, економска перформанса и истинска брига за добробит друштва.³ Штавише, неколико аутора је закључило да ће уз лоше обављање објављивања, цене на тржиштима капитала бити значајно веће и резултирати нижом ликвидношћу, као и неразвијеним тржиштима капитала.⁴ Lang, Lins и Maffett такође налазе доказ да у земљама са нижим степеном заштите инвеститора и захтева везаних за објављивање (што је обично ситуација у већини земаља у транзицији као што је Србија) постоји висок степен позитивне корелације између транспарентности и ликвидности тржишта капитала.⁵ Они такође закључују да компаније са вишим степеном транспарентности имају и ниже цене капитала.⁶

У кратком року се понекад може чинити да је низак ниво транспарентности исплатив, али дугорочно, трошкови превазилазе добит. Најјачи доказ у прилог ове изјаве је да је светска економска криза показала да трошкови нетранспарентности могу да погоде много више људи, а не само оне који су за нетранспарентно пословање били одговорни. Компаније треба убедити да им је транспарентност у интересу, да је то њихово средство и компаративна предност, а не терет.

У земљама у транзицији, недостатак јасног захтева за информацијама од стране постојећих и могућих акционара остаје првенствени разлог зашто компаније нису заинтересоване за објављивање чак и законски тражених информација.⁷ Без активних примарних и секундарних тржишта, компаније немају никакав подстрек да буду транспарентне и да објављују све релевантне информације. Недостатак јасно дефинисане тражње и неразвијена примарна и секундарна тржишта остају главни разлог зашто компаније немају подстрек да учине информације доступним.⁸ У већини земаља југоисточне Европе регулаторни захтеви у погледу објављивања су прилично високи, али се често не примењују у пракси.⁹ Због ове чињенице, поузданост објављених информација

3 Tanja Kuzman, Katarina Đulić, *Corporate Governance and Corporate Social Responsibility: Challenges of the Economic Era: Book of Proceeding from the 1st International Scientific Conference, Economic and Social Development*, Varazdin and Celje, 2012, стр. 526–536.

4 Lawrence L. Glosten, Paul R. Milgrom, „Bid-ask and transaction prices in a specialist market with heterogeneously informed traders“, *Journal of Financial Economics*, Vol. 14, 1983, стр. 71–100, Albert S. Kyle, „Continuous Actions and Insider Trading“, *Journal of the Econometric Society*, Vol. 53, No. 6, 2009, стр. 1315–1335, Mark Lang, Karl V. Lins, Mark Maffett, „Transparency, Liquidity, and Valuation: International Evidence“, *Journal of Accounting Research*, Vol. 50, No. 3, 2009, стр. 729–774.

5 M. Lang, K. V. Lins, M. Maffett, *нав. чланак*, стр. 729–774.

6 M. Lang, K. V. Lins, M. Maffett, *нав. чланак*, стр. 729–774.

7 Катарина Вељовић, *Корпоративно управљање и концентрација власништва*, докторска дисертација, Економски факултет Универзитета у Београду, 2007.

8 T. Kuzman, K. Đulić, *нав. рад*, стр. 526–536.

9 К. Вељовић, *нав. дело*.

остаје централни проблем. Глобална економска криза је довела до губитка поверења у информације које су компаније објавиле. Стога, у већини земаља југоисточне Европе транспарентност остаје најслабија карика корпоративног управљања. Ово такође произилази из чињенице да земље у транзицији нису изложене притисцима глобалних тржишта и свих заинтересованих страна.¹⁰ *Chowdury* и *Mavrotas* објашњавају да се на транспарентност и објављивање гледа као на витални аспект инфраструктуре у покушају да се добије приступ глобалном капиталу, нарочито у економским тржиштима у раној фази развоја.

Циљ овог рада је да оцени степен транспарентности осам листираних компанија на Београдској берзи анализирајући: (1) да ли испуњавају обавезе везане за објављивања које прописује закон и (2) да ли ова објављивања инвеститорима гарантују висок степен транспарентности и добар квалитет информација. Рад је структуриран на следећи начин: у наредном делу рада, законски захтеви у погледу транспарентности и објављивања ће бити упоређени са најбољом праксом; у трећем делу ће бити описана методологија коришћена за оцену степена транспарентности; четврти одељак ће дати објашњење законских захтева у погледу транспарентности и објављивања; у петом одељку, ауторке ће презентовати резултате, док ће у последњем делу рада бити наведени закључци и дате препоруке.

II Законски захтеви у поређењу са најбољом праксом

Законске захтеве у погледу транспарентности и објављивања у Србији прописује Закон о привредним друштвима, Закон о тржишту капитала и Правилник о листингу Београдске берзе. Закон о привредним друштвима и Закон о тржишту капитала прописују опште законске захтеве у погледу транспарентности и објављивања, док Правилник о листингу прописује много строже и веће захтеве које компаније морају да испуне да би биле листиране на Београдској берзи.

Београдска берза управља регулисаним тржиштем и Мултилатералном трговачком платформом – МТП *BELEX*. Регулисано тржиште чине два сегмента листирања – *prime listing*, *standard listing* и додатни сегмент – отворено тржиште. Хартије од вредности могу бити прихваћене на *prime* или *standard listing* ако компаније које су их издале испуњавају далеко строже захтеве везане за њихове пословне резултате, мишљење овлашћеног ревизора, минималну количину капитала, *free float*, политику дивиденди, ликвидност, итд. Нарочито, листиране компаније се суочавају са много вишим стандардима у погледу транспарентности и објављивања у поређењу са компанијама које су котиране, али не и ли-

10 Т. Kuzman, К. Đulić, *нав. pag*, стр. 526–536.

стиране. У Србији, 1.092 компаније су котиране на Београдској берзи (BELEX), а само осам је листирано.

Циљ ауторки је да оцене степен транспарентности и објављивања у тих осам листираних компанија на Београдској берзи, као и да донесу закључак о квалитету објављених информација. Али пре овог истраживања, ауторке су желеле да упореде законске захтеве везане за транспарентност и објављивање које прописују Закон о привредним друштвима, Закон о тржишту капитала и Правилник о листингу са најбољом праксом у овој области. Приручник за корпоративно управљање, који је објавила Међународна финансијска корпорација (IFC) у Београду 2011. године представља адекватан извод најбоље праксе у погледу транспарентности и објављивања. Законска и подзаконска акта у Србији у највећој мери инкорпорирају најбољу светску праксу у овој области када су у питању захтеви који се тичу годишњих извештаја и финансијских извештаја. Закон налаже много строжу и директнију обавезу, док их најбоља пракса превазилази и даје додатне предлоге везане за информације које би биле од јавног значаја. Један пример може да буде објављивање везано за поверљиве и инсајдерске информације и савет како поступати са овим информацијама. Српски закон наводи објављивање инсајдерске информације као захтев, али је дефиниција инсајдерске информације сложена и нејасна. Иако дефиниција инсајдерске информације постоји у Закону о тржишту капитала, она је непотпуна тако да компаније треба даље да је прецизирају кроз њихове интерне процесе. Једна од примећених разлика је у области финансијског извештавања. По закону, полугодишњи и квартални извештаји морају да садрже биланс стања, биланс успеха, промене у капиталу и извештај о токовима готовине за текући период и поређење са прошлогодишњим радом. Међутим, најбоља пракса предочава да ово поређење треба да укључује пет претходних година. С друге стране, најбоља пракса детаљније обрађује пословање извршног менаџмента, будуће циљеве, стратегију и планове који не могу да се нађу у законским захтевима и дефинитивно не у том опсегу. Захтеви везани за позивање на скупштину акционара и записници са тих седница су детаљније прописани законом него што то захтева најбоља пракса. Закон у овом погледу јасно наводи детаље који морају бити објављени, док најбоља пракса саветује да све релевантне информације треба да буду објављене али не детаљно. Дефинисање циља и мисије компаније није законски захтев иако их најбоља пракса препознаје као веома значајне за екстерне инвеститоре. Информације везане за имена акционара који поседују 5% или више од свих уписаних акција морају бити објављене по српском закону, али имена мањинских акционара испод прага од 5% нису законски захтев. За разлику од законских захтева, најбоља пракса наводи да информације везане за имена акционара треба да буду објављене независно од тога који проценат од свих уписаних акција поседују. На крају,

али не мање важна је и разлика између законског захтева за српске листиране компаније и најбоље праксе у погледу информација везаних за извршни менаџмент и њихове накнаде. Иако не постоји законски захтев за објављивањем ових информација, најбоља пракса их наводи као скоро обавезне.

На основу овог поређења можемо закључити да се законски захтеви за листиране компаније у Србији поклапају са најбољом праксом у већој мери. Главна разлика је да закони постављају минимум захтева компанијама када су информације у питању, док најбоља пракса више залази у детаље, увек стављајући интерес инвеститора на прво место.

III Методологија

Ауторке су проучиле законске захтеве које прописују Закон о привредним друштвима, Закон о тржишту капитала и Правилник о листингу Београдске берзе и направиле списак законских захтева везаних за транспарентност и објављивање. Овај списак је затим коришћен као референтни оквир за оцену да ли осам листираних компанија на Београдској берзи испуњавају обавезе објављивања које прописују закони и правилник. Да би оцениле да ли нека компанија испуњава законске захтеве о објављивању одређених информација, ауторке су прегледале интернет странице листираних компанија и информације доступне на њиховим профилима у оквиру интернет странице Београдске берзе. На тај начин, било је могуће утврдити које од законских захтева ових осам листираних компанија испуњавају. Табела са резултатима ове анализа саставни је део овог рада и налази се у прилогу, као и кратак осврт на праксу објављивања појединачних компанија.

У другом кораку, ауторке су желеле да оцене да ли објављивање гарантује инвеститорима и висок степен транспарентности и добар квалитет информација. На пример, у оквиру другог корака њиховог истраживања, ауторке су испитивале да ли годишњи извештаји садрже следеће информације: финансијски извештај; изјаву особе која припрема извештај; имена, позицију и дужности одговорних лица унутар компаније; ревизорски извештај; пословни извештај; истинит приказ пословања компаније; финансијско стање и стварну вредност имовине компаније; процену будућег пословања компаније; кључне претње и ризике; недавне промене у политици компаније; кључне пословне догађаје/прилике; пословне аранжмане са повезаним компанијама/лицима; активности везане за истраживање и развој; информације везане за стицање сопствених акција. Кроз други корак, ауторке су имале прилику да погледају и квалитет обезбеђених информација, а не само испуњавање законских захтева од стране компанија.

IV Захтеви везани за објављивање

Као што је претходно речено, ауторке су прво направиле списак законских захтева везаних за транспарентност и објављивање у Србији. У сврху ове анализе, законски захтеване информације су класификоване као „финансијске“ или „не-финансијске“. Чланак се усредсређује на информације које треба да буду стално објављиване и ажурне или јавне. Неки законски захтеви који су везани за врло специфичну ситуацију (као што је промена статуса или ликвидација компаније), нису биле предмет анализе ауторки.

Захтеване *финансијске* информације односе се на годишње, полу-годишње и кварталне финансијске извештаје компаније. Инвеститори се ослањају на ове квантитативне финансијске информације да би добили прецизну слику пословних активности компаније и финансијског стања.

Према српском закону, јавно акционарско друштво мора да припреми свој годишњи извештај, да га објави и достави Комисији за хартије од вредности и Београдској берзи, у року од четири месеца после краја сваке финансијске године. Компанија треба да обезбеди да годишњи финансијски извештај буде доступан јавности најмање пет година после датума објављивања.

Закон налаже да сваки годишњи извештај мора да укључује: (1) годишње финансијске извештаје укључујући и ревизорски извештај; (2) годишњи извештај о пословању; (3) изјаву лица одговорних за припрему годишњег извештаја, са наведеним именима, позицијама и одговорностима у компанији, који изјављују да је, колико је њима познато, годишњи извештај припремљен у складу са свим релевантним стандардима међународног финансијског извештавања (*IFRS*) и да одражава прецизне и објективне информације о активи, пасиви, финансијској позицији и раду, добити и губицима, токовима готовине и променама на капиталу, укључујући и њена повезана лица у консолидованим извештајима.

С друге стране, годишњи извештај о пословању компаније мора да: (1) истинито представља развој и перформансе компаније, а нарочито њену финансијску позицију, као и све релевантне информације везане за вредновање активе компаније; (2) описује очекивани будући развој компаније, промену њене политике, као и да да опис главних ризика и претњи са којима се компанија суочава; (3) наведе све значајне пословне догађаје који су уследили после краја финансијске године на коју се извештај о пословању односи; (4) наведе све значајне трансакције

са повезаним лицима; и (5) објави активности компаније везане за истраживање и развој.

Осим годишњег извештаја, јавно акционарско друштво мора да припреми и полугодишњи извештај за првих шест месеци финансијске године, правремено и не касније од два месеца после краја полугодишњег периода о коме се извештава, у складу са правилима која се односе на годишњи извештај. И овај извештај треба да се објави и достави Комисији за хартије од вредности и *BELEX*-у и да се учини доступним јавности на период од најмање пет година од дана његовог објављивања.

Према српском закону, полугодишњи извештаји укључују: (1) скраћени биланс стања; (2) скраћени биланс успеха; (3) скраћену изјаву о променама на капиталу; (4) скраћену изјаву о токовима готовине, који сви укључују упоредне информације за (исти) период претходне године; (5) напомене уз полугодишње извештаје, које морају да укључују одговарајуће информације за омогућавање поређења полугодишњих и годишњих извештаја, као и одговарајуће информације и појашњења потребна да би улагачи разумели све значајне промене у односима и догађајима који су утицали на биланс стања и биланс успеха; (6) полугодишњи извештај о пословању компаније који мора да садржи опис свих значајних догађаја који су се десили у првих шест месеци финансијске године; и (7) изјаву лица одговорних за припремање полугодишњег извештаја, сличну оној поменутој код годишњег извештаја. У случају да јавно акционарско друштво има обавезу да припреми своје финансијске извештаје у годишњем извештају на консолидованој основи, финансијски извештаји припремљени за полугодишњи извештај такође треба да буду припремљени на консолидованој основи и објављени као такви. У случају да су полугодишњи финансијски извештаји ревидирани, јавно акционарско друштво ће такође објавити јавности ревизорски извештај у складу са условима и у оквиру горенаведеног временског оквира.

Јавно акционарско друштво које је још листирано на регулисаном тржишту мораће још објавити и квартални извештај и доставити га Комисији за хартије од вредности и *BELEX*-у не касније од 45 дана после истека сваког од прва три квартала текуће финансијске године и обезбедиће да је такав извештај доступан јавности на период од најмање пет година од дана његовог објављивања.

Категорија *не-финансијских* информација је много разноврснија. Да би олакшале анализу, ауторке су категорисале тражене не-финансијске информације у логичне групе повезаних информација. На тај начин, ауторке су идентификовале: интерна акта компаније; информације везане

за скупштину акционара (СА); информације које се тичу дивиденди; информације везане за пласман хартија од вредности; и информације везане за остале проблеме који се тичу корпоративног управљања.

Анализа је започета на интернет страницама компанија и настављена је на сродним линковима интернет странице *BELEX*-а. Интернет странице компанија (и *BELEX*-а) су лако доступне јавности по ниским ценама и треба да се користе као снажно средство комуникације. За сваку компанију појединачно, ауторке су прво одредиле да ли су информације на интернет страницама доступне и на српском и на енглеском језику, пошто је интернет страница на енглеском језику данас неопходна да би се комуницирало са много широм базом инвеститора и клијената.

Категорија информација везана за СА је веома разноврсна и укључује много различитих докумената. Почиње позивом на СА који треба да садржи довољно информација које треба да омогуће акционарима да активно учествују на СА. Обавештење са релевантним пратећим материјалима, по српском закону, може бити послато поштом (или електронском поштом ако се акционар сагасио) или постављено на интернет страницу компаније, што би било у складу са најбољом праксом. Према српском Закону о привредним друштвима, позив на СА мора да укључује следеће: датум позива; датум, место и време одржавања СА; дневни ред; информацију о времену и месту где акционари могу да добију све релевантне материјале везане за СА (уколико материјали нису на интернет страници); информације о правима акционара и релевантним процедурама које ће им омогућити да остваре ова права и формулар за пуномоћје. Слично томе, записници са СА морају бити објављени на интернет страници компаније. Записници, то јест, записи и белешке са СА треба да укључују: датум и место одржавања СА; име лица које је задужено за вођење белешки са СА; имена лица која су у гласачкој комисији; сиже дискусија везаних за сваку тачку дневног реда; резултате гласања везане за сваку тачку дневног реда; питања акционара и дати одговори, као и примедбе акционара.

Када је реч о пласирању хартија од вредности, природно, јавна понуда хартија од вредности се једино може извршити уз претходно одобрење проспекта од стране Комисије за хартије од вредности. Проспект за сваку листирану компанију може се наћи на интернет страници *BELEX*. Уз то, компанија чијим се хартијама од вредности тргује на *BELEX*, мора најмање једном годишње да достави документ који садржи све информације које је јавно акционарско друштво објавило или учинило доступним јавности током претходних 12 месеци, у складу са свим законским обавезама. Овај документ о објављеним информацијама треба да се достави Комисији за хартије од вредности у року од 20 дана

након објављивања ревидираних годишњих финансијских извештаја и да се учини доступним јавности. На месту где се наводе објављење информације треба указати где се те информације могу добити и документ треба да укључује и изјаву која указује да су неке информације можда застареле, ако је то случај.

Уз то, уколико компанија издаје финансијски инструмент, мора да обезбеди да се инсајдерска информација која се директно тиче компаније објави што је пре могуће. Компанији је забрањено да објављује инсајдерске информације на начин који би деловао обмањујуће. Насупрот томе, мора да објављује информације на начин који омогућава брз приступ и потпуну, тачну и правовремену оцену информација. Компанија треба да, у одговарајућем временском оквиру стави на своју интернет страницу све инсајдерске информације које је обавезна да објави.

На крају, у велику групу информација везаних за корпоративно управљање, ауторке су укључиле информације које су везане за већинско власништво акција и гласачка права, посредну контролу, информације о директорима и извршиоцима (њихове личне податке и надокнаду) и друге структуре и политике корпоративног управљања.

V Доступне информације и њихов квалитет

Истраживање је показало да осам компанија које су листиране на *BELEX*, генерално, испуњавају законске услове, али да је квалитет објављених информација релативно лош, да је често тешко пронаћи све информације и да неки подаци, који су важни за инвеститоре, али које закон изричито не захтева, недостају.

Генерално гледано, компаније прилично добро испуњавају услове објављивања финансијских информација. Све компаније имају годишње финансијске извештаје са мишљењем ревизора за 2010. и 2011. годину (годишњи финансијски извештаји са мишљењем ревизора за 2012. годину нису били завршени у време када је истраживање завршено). За пет компанија на примарном тржишту, годишњи извештаји за последње четири (или више) година су били доступни са једним изузетком (Аеродром Никола Тесла). Код три компаније на стандардном тржишту ситуација је слична, мада је за једну компанију (Алфа Плам) било прилично тешко пронаћи годишње извештаје на интернет страници компаније. Полугодишњи и квартални извештаји су такође доступни, мада за различите временске периоде (већина компанија има ове извештаје за 2011. и 2012. годину). После усвајања два закона 2011. године (Закон о привредним друштвима и Закон о тржишту капитала)

финансијске информације су објављивање на редовној основи, али неки старији детаљнији финансијски извештаји недостају. Ова чињеница потврђује да је пракса објављивања у Србији још увек превасходно везана за законске обавезе (то јест, *top down* пре него *top bottom* приступ).

Свака компанија има информације објављене и на српском и на енглеском језику, што је похвално. Међутим, квалитет и опсег објављених не-финансијских информација би могао значајно да се побољша. Прво, када је реч о интерним актима компанија, постоје значајне разлике међу компанијама. Код приме листинга, све компаније имају бар нека доступна интерна акта. Обично се може наћи Оснивачки акт, сатут и интерни акт који се односи на СА. Други интерни акти (правилник односно пословник о раду одбора, кодекс корпоративног управљања и етички кодекс) или не постоје или нису на интернет страници. Често је врло тешко пронаћи ова документа. На пример, у неколико случајева она су била међу материјалом за СА у форми предлога за гласање. Код *standard listing-a*, компаније су објавиле своја интерна акта.

Ситуација са информацијама везаним за СА је много боља, бар што се тиче приме листинга. Све компаније на *prime* листингу имају законски захтевана документа на интернет страници. Међутим, објављивање пратећег материјала за СА на интернет страници компанија је пре изузетак него правило. Обично, интернет страница указује да акционари могу добити материјал за СА у седишту компаније. Постоје информације о дивидендама али обично у форми предлога за СА. На *sdandard listing-y*, информације везане за СА су такође објављене али су прилично непотпуне. У скоро свим случајевима, записници и одлуке СА су се налазиле на интернет страници компаније.

Информације које су везане за пласирање хартија од вредности се могу наћи на интернет страници *BELEX* (са неколико изузетака). Међутим, оне су лоше организоване. Све информације су поређане хронолошки, не постоје категорија информација и неопходно је пролазити пажљиво кроз све ставке под „Вести“ и улазити у „Архиву вести“ да би се нашла тражена информација. Ово је временски захтевно и непрактично. Једини изузетак је проспекат који је лако доступан (он је ажуриран у свим случајевима), пошто има одвојен линк. Ауторке нису ништа пронашле везано за инсајдерске информације, што би могло да значи да ове информације и не постоје.

На крају, ситуација је најлошија када је реч о информацијама везаним за корпоративно управљање. Заправо, све компаније осим НИС, скоро уопште немају информације о својим директорима и извршиоцима (у неким случајевима имена су само наведена, а у осталим случајевима није уопште било никаквих информација). Пошто су

директори и извршиоци заступници акционара који су одговорни за управљање компанијом и стварање профита, јасно је да акционари (и инвеститори) имају законско право да буду информисани о искуству, квалификацијама, накнадама и евентуалним конфликтима интереса оних који воде њихове компаније. Слично, веома мало компанија има кодекс корпоративног управљања. Обично постоји само формална изјава да је компанија усвојила кодекс корпоративног управљања Привредне коморе Србије, без икаквих информација о усклађености са наведеним кодексом.

Пошто српски закон не садржи захтеве везане за објављивање у погледу директора и извршилаца, нити има специфична правила везана за објављивање структура и политика корпоративног управљања, ова ситуација није изненађујућа. Међутим, важно је нагласити да у овом погледу српски законски захтеви несумњиво заостају за најбољом праксом. Неадекватно објављивање праксе корпоративног управљања још једном потврђује да је објављивање у Србији још увек првенствено само и искључиво базирано на законским одредбама, а не инструмент која одржава јавно поверење, да би се смањила цена капитала и установила одговорност управе.

VI Закључак

Редовне, правремене, поуздане и упоредиве информације су суштина корпоративног управљања. У одсуству тих информација, власници капитала не могу да донесу оптималну одлуку о улагању, која резултира неефикасном расподелом средстава на макро нивоу. Квалитетне информације омогућавају акционарима и јавности да оцене рад управе. С друге стране, оне пружају менаџменту квантитативну повратну информацију која им омогућава да ефикасније управљају компанијом. Стога, недостатак информација на макро нивоу резултира високим степеном системског ризика, то јест, већом ценом капитала. Иако се понекад чини да се недостатак транспарентности може краткорочно исплатити, дугорочно, трошкови увелико превазилазе добит.

Иако српски закони покушавају да поставе више стандарде у погледу захтева везаних за објављивање, ови захтеви се ретко смислено поштују у пракси. Веродостојност објављених информација остаје централни проблем. Истраживање је потврдило очекивани резултат да је квалитет објављених информација, у вероватно најбољим српским акционарским друштвима, још увек на ниском нивоу. Овај налаз је у оштром контрасту са оним да се Закон о привредним друштвима и Закон о тржишту капитала држи и навелико прихвата принципе *OECD* и/или релевантне директиве ЕУ (вероватно најбоље праксе).

Компаније се труде да поштују слово закона али очигледно не и дух закона. Са једним или два изузетка, интернет странице осам листираних компанија су лошег квалитета и нису лаке за коришћење. Информације су лоше категоризоване – ово је истинито и у случају компанија и у случају интернет странице *BELEX*. Финансијске информације су обично присутне и лаке за налажење. Међутим, не-финансијске информације су већином непотпуне, често застареле и обично се тешко налазе. Категорије нису логичне. Већина не-финансијских информација (осим оних које су везане за СА) су хронолошки стављене под „Вести“. Даље, недостају информације о управи, интерним актима и дивидендама, као и материјали за СА, који су или непотпуни или недостају.

Недостатак транспарентности је несумњиво погоршан слабим јавним и приватним институцијама за примену закона (Комисија за хартије од вредности и судови). Међутим, ауторке верују да је заправо слаба тражња за информацијама главни узрок проблема када је реч о транспарентности и објављивању. Стварну тражњу генерише само држава (у сврху пореза) и страни инвеститори, док локални инвеститори (укључујући и комерцијалне банке) изгледа преферирају ослањање на билатералну комуникацију са компанијама и колатерал.

Можемо да закључимо да побољшање квалитета и доступност информација о компанијама захтева корениту промену у ставу према самој идеји транспарентности међу свим заинтересованим странама у Србији. Њихов негативан став се увелико може приписати веома не-транспарентном окружењу. Осим овога, компаније треба убедити да им је транспарентност у интересу, да је то предност, а не терет. У овом погледу, недостатак јасне и изражене тражње за информацијама од стране постојећих или потенцијалних инвеститора остаје главни разлог зашто саме компаније нису заинтересоване за објављивање чак ни основних, а камоли детаљнијих информација.

Добра правила корпоративног управљања која су развијена пре много времена у западним тржишним економијама, немају дугу традицију у Србији и стога нису заживеле у свакодневној пословној пракси. Она се нису развила у Србији, већ су наметнута компанијама у земљама у развоју у последњим деценијама. Као резултат, Србија углавном прати законом наметнуте стандарде објављивања, али јој још увек недостаје релевантна пословна и судска пракса. Ово је разлог што су инвеститори у Србији још увек неефикасно и неефективно заштићени и извршни менаџмент недовољно професионалан, што доводи до тешког и скупог приступа капиталу и неефикасном управљању у српским компанијама.

ПРИЛОГ 1 – РЕЗУЛТАТИ ИСТРАЖИВАЊА

	Prime Listing				Standard Listing			
	Аеродром Никола Тесла а.д., Београд	Енергопроект холдинг а.д., Београд	НИС а.д., Нови Сад	Соја протсин а.д., Бечеј	Титар а.д., Пирот	Алфа плам а.д., Угаче	Комерцијална банка а.д., Београд	Металац а.д., Ђорђи Милановац
Финансијске обавезе								
Годишњи извештај (за последњих 5 година)	Непотпуно	Да	Да	Да	Да	Да	Да	Да
Полугодишњи извештај (за последњих 5 година)	Непотпуно	Да	Непотпуно	Да	Да	Да	Да	Да
Консолидовани извештаји (годишњи и полугодишњи уколико је потребно на основу структуре компаније)	n/a	Да	Да	Да	n/a	Да	Да	Да
Квартални извештај (за последњих 5 година)	Непотпуно	Да	Непотпуно	Да	Да	Да	Да	Да
Извештај ревизора	Да	Да	Да	Непотпуно	Да	Да	Да	Да
Нефинансијске обавезе								
Интерна акта компаније	Да	Да	Да	Да	Да	Да	Да	Да
Информације и документација која се односи на скупштину акционара:								
Текст или адреса интернет стране коју позив за скупштину (датум и време одржавања, агенда, инф. о доступном материјалу, инф. о правима акционара, формулар о пуномоћју и датум записника)	Да	Да	Да	Да	Да	Да	Да	Да
Записник са скупштине (име особе одговорне за састављање, имена особа у гласачком одбору, преглед дискусија, резултати гласања и питања акционара)	Да	Да	Да	Да	Да	Да	Да	Да
Документ који садржи све објављене инф. у претходних 12 месеци	Да	Не	Да	Да	Да	Да	Да	Да
Информације о ХОВ	Да	Да	Да	Да	Да	Да	Да	Да
Информације о корпоративном управљању:								
Инф. о великим акционарима и правима гласа	Да	Да	Да	Да	Да	Да	Да	Да
Инф. о директорима и менаџменту	Не	Да	Да	Не	Да	Да	Да	Да

ПРИЛОГ 2 – ОСВРТ НА ПРАКСУ ОБЈАВЉИВАЊА

Аеродром Никола Тесла а.д. Београд

Аеродром Никола Тесла је компанија која је постала јавно акционарско друштво одлуком државе, а током овог процеса велики број акција ове компаније нашло се у власништву грађана који су исте добили бесплатно. Како су у овом раду информације подељене на финансијске и нефинансијске, транспарентност компаније Аеродром Никола Тесла битно се разликује по овим категоријама. Тако су све поменуте финансијске информације доступне али су у исто време и непотпуне у смислу обухвата. Домаће законодавство обавезује компаније да учине доступним све своје финансијске извештаје за претходних пет година уназад, док су финансијски извештаји Аеродрома доступни само за претпоследње две или чак једну годину (за последњу још увек нису објављени) било да је реч о годишњим, полугодишњим или кварталним извештајима. Треба напоменути и то да су финансијске информације доступне од тренутка када је компанија постала јавно акционарско друштво. Ипак доступне финансијске информације могу се сматрати поузданим пошто је за све њих доступно и мишљење ревизора. Када је реч о нефинансијских информација неке од њих су доступне и њихово објављивање је комплетно, али неке информације нису доступне уопште, као нпр. информације о корпоративном управљању. Све остале нефинансијске информације су доступне или на сајту саме компаније или на сајту Београдске берзе.

Енергопројект холдинг а.д. Београд

Све финансијске информације компаније могу се окарактерисати као доступне у складу са домаћим законима и то углавном на сајту компаније. Међутим не може се исто рећи и за нефинансијске информације код којих недостају документ о објављеним информацијама у последњих 12 месеци.

НИС а.д. Нови Сад

Код компаније НИС, ситуација са финансијским информацијама веома је слична као код Аеродрома Никола Тесла. Наиме, већински пакет акција компаније НИС продат је руском Гаспрому, док је држава велики број акција поделила грађанима бесплатно баш као и у случају Аеродрома. Тако су у случају компаније НИС полугодишњи и квартални финансијски извештаји доступни само за последње три године, тј. од

тренутка када је почело трговање акцијама компаније. Годишњи и консолидовани извештаји као и мишљење ревизора доступни су за период који је прописан законом. Све нефинансијске информације су такође доступне што је изузетак. Важно је напоменути и то да су све доступне информације, било да су финансијске или нефинансијске, доступне на сајту компаније што значајно олакшава приступ истим.

Тигар а.д. Пирот

Све посматране финансијске информације доступне су у складу са домаћим прописима. Све нефинансијске информације су такође доступне на званичном сајту компаније, што је веома позитивна чињеница за све оне који се интересују за пословање компаније.

Соја Протеин а.д. Бечej

Финансијске информације су доступне, али је начин њиховог објављивања неконзистентан, што отежава трагање за подацима. Тако на пример извештај ревизора није лако пронаћи за сваку годину. Информације о директорима и менаџменту нису доступне, док се само у потпису појединих докумената могло видети ко је председник одбора.

Алфа-Плам а.д. Врање

За разлику од фирме Соја Протеин а.д., Алфа Плам а.д. на свом сајту има објављене информације о руководећем органу (име, презиме и функцију). Оно што недостаје јесте њихова биографија како би потенцијални инвеститор био упознат са тим ко руководи тим друштвом и коме треба да повери свој новац. Кодекс о корпоративном управљању није пронађен. Квартални извештаји су објављени за претходних пет година али их је врло компликовано наћи јер се налазе у делу „вести“ на сајту берзе и захтевају претрагу по архиви. То је случај и са полугодишњим извештајима, позивима за скупштину акционара, записницима са скупштине и свим осталим документима.

Комерцијална банка а.д. Београд

На сајту Комерцијалне банке врло је лако и једноставно наћи све годишње и финансијске извештаје. Такође, врло је лако пронаћи информације о руководску банке међутим недостају њихове биографије. Сам сајт банке далеко је боље организован у смислу објављених

информација него сајт берзе где не постоји никакав ред сем хронолошки. Нефинансијске информације су транспарентније и много јасније структуриране на сајту Комерцијалне банке.

Металац а.д. Горњи Милановац

Као једна од најуспешнијих српских компанија у области производње посуђа, Металац а.д. задовољава све законом прописане обавезе објављивања информација како финансијских тако и нефинансијских. Има јасне и концизне годишње извештаје које је лако тумачити јер прате исту форму из године у годину. Простор за побољшање постоји у погледу обима доступних информација о руководству.

Katarina ĐULIĆ, PhD

**Assistant Profesor at the Faculty of Economics, Finance and
Administraton**

Tanja KUZMAN, M.A.

**Junior Faculty Member at the Faculty of Economics, Finance and
Administraton**

TRANSPARENCY OF LISTED COMPANIES IN SERBIA^{*}

Summary

Belgrade Stock Exchange manages regulated market and Multilateral trading platform – MTP BELEX. The regulated market consists of two listing segments – Prime Listing and Standard Listing, and an additional segment – Open Market. Securities may be admitted on the two listing segments if they fulfill more stringent requirements related to their business results, the opinion of the authorized auditor, the minimum amount of capital, their free float, the dividend policy, the liquidity etc. In particular, the listed companies face much higher standards in respect of transparency and disclosure relatively to companies that are quoted but not listed. In Serbia, 1.092 companies are quoted on the Belgrade Stock Exchange and only eight companies are listed. The authors will

^{*} *Acknowledgments: We would like to thank our associate researchers Aleksandar Kalebic, Ana Sarenac and Janko Radovanovic who have contributed greatly to the writing of this paper.*

assess the quality of information provided to investors by top Serbian companies by analyzing: (1) whether 8 listed companies in Serbia meet their disclosure obligations as required by the law and (2) whether these disclosure guarantees a high level of transparency and good quality of information for investors. The authors will also provide recommendations for eventual improvements.

Key words: *disclosure requirements, listed companies, quality of information, transparency.*

мр *Ивана РОДИЋ*

КОДЕКС КОРПОРАТИВНОГ УПРАВЉАЊА У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Резиме

Оквир за корпоративно управљање у Европској унији је у значајној мери базиран на „меком праву“, у које спадају и кодекси корпоративног управљања. После доношења Кедбери извештаја 1992. године, земље чланице су покренуле иницијативе за доношење сличних кодекса најбоље праксе за своја тржишта. Директивом 2006/46/ЕС из 2006. године је уведен захтев да су коширане компаније земаља чланица дужне да објављују изјаву о корпоративном управљању. Изјава треба да садржи информацију о кодексу који компанија примењује на бази принципа „примени или објасни“. У случајевима да компаније нису примениле неке одредбе дужне су да објасне разлоге за сваку такву не примену. Предност овог метода је његова флексибилност која омогућава компанијама да прилагоде праксе корпоративног управљања својим специфичним потребама. Због тога принцип „примени или објасни“ и посебно квалитет „објасни“ представљају приоритете у Акционом плану за кључне промене у европском компанијском закону и корпоративном управљању из 2012. године. Србија је такође усвојила неколико кодекса који су хармонизовани са оквиром Европске уније за корпоративно управљање.

Кључне речи: корпоративно управљање, кодекси корпоративног управљања, принцип „примени или објасни“, меко право.

I Увод

Потреси на глобалном финансијском тржишту нису изазвали само полемике, критике и промене у функционисању финансијског система, већ су послужили као повод за широку дебату о томе на који начин се данас послује, као и како успоставити ефикаснији модел корпоративног управљања.

Концепт корпоративног управљања се дефинише на различите начине. Ужа дефиниција је фокусирана на контролу менаџмента од стране акционара (*shareholders*). Шира дефиниција обухвата и све остале носиоце интереса (*stakeholders*) који, *inter alia*, треба да имају одређену улогу у управљању компанијом. Према Организацији за економску сарадњу и развој (*OECD*), која је публиковала 1999. године своје Принципе корпоративног управљања, корпоративно управљање се дефинише као „интерна средства помоћу којих се воде и контролишу акционарска друштва [...] а која обухватају групу односа између менаџмента друштва, његовог управног одбора, његових акционара и других носилаца интереса“.¹

Једна од најчешће цитираних или парафразираних дефиниција је она из Кедбери извештаја (*Cadbury Report*)² по којој је „корпоративно управљање систем којим се компаније руководе и контролишу“.

Иако се основне поставке корпоративног управљања темеље на законским и саморегулаторним механизмима, оно не представља само формалну усклађеност са важећим прописима и општим стандардима, националним и међународним, већ представља модел *per se*, прилагођен конкретним потребама компаније.

Како се у последњих неколико деценија у значајној мери мењала и сама природа компанија, тако су се тим променама прилагођавали природи, циљеви и пракса корпоративног управљања. Неке промене су биле изнуђене и представљале су одговор на велике корпоративне скандале и колапсе до тада „здравих“ компанија.

Емпиријски је утврђено да добро корпоративно управљање доноси реалне користи компанијама и позитивно утиче на њихове фи-

1 Organisation for Economic Co-operation and Development (*OECD*), *OECD Principles of Corporate Governance*, доступно на сајту: www.oecd.org.

2 У Великој Британији је 1. децембра 1992. године Комитет за финансијске аспекте управљања корпорацијама публиковао извештај под називом „Финансијски аспекти корпоративног управљања“ (*The Financial Aspects of Corporate Governance*), који је у кратком року, по имену председавајућег комитета *Sir Adrian Cadbury*-ју, добио незваничан назив Кедбери извештај (*Cadbury Report*). Иницијатива за формирање комитета је потекла од Енглеске банке којој су се придружили тада новоуспостављени Савет за финансијско извештавање (*Financial Reporting Council*) и Лондонска берза (*London Stock Exchange*).

нансијске перформансе, јер су оне стабилније, имају већу тржишну вредност и стварају већи профит.³ Земље чланице ЕУ имају веома различите праксе, структуру и учеснике у корпоративном управљању, што одражава различитости у корпоративној култури, власничкој структури, правном систему и др. Насупрот томе, када су у питању кодекси корпоративног управљања (у даљем тексту – кодекси КУ) евидентне су значајне сличности као последица спремности земаља чланица да усвоје општеприхваћене стандарде и праксе корпоративног управљања. Ипак, званичан је став да процес унификације принципа и препорука не треба да води (бар не у ближој будућности) усвајању и примени јединственог кодекса КУ на нивоу Европске уније. Уосталом, све док су кодекси део корпуса „меког права“, логично је да задрже флексибилност у погледу садржаја и начина примене. Зато и једна од битних разлика између кодекса КУ и традиционалног закона о компанијама представља својеврстан парадокс – кодекс је више обавезујући у смислу захтева за његово усвајање, а мање обавезујући у суштинском смислу. Кључ за разрешење ове ситуације је пронађен у примени принципа „примени или објасни“, који је први пут дефинисан у поменутом Кедбери извештају. Наиме, након што компанија усвоји кодекс КУ, она према овом принципу има две могућности: или да све одредбе кодекса примењује, или да неке одредбе не примењује, али је у том случају обавезна да пружи одговарајуће објашњење. Ово правило је први пут уведено у европско право 2006. године Директивом 2006/46/ЕС,⁴ као и обавеза да компаније котиране на берзи уз годишњи извештај објављују изјаву о корпоративном управљању. Унутрашњи корпоративни органи, а поготово спољни тржишни фактори, представљају „силу“ која условљава компаније да пре свега изаберу опцију „примени“ уколико не желе да дугорочно угрозе пословну репутацију и тржишну позицију. Институционални инвеститори и други носиоци интереса су много више заинтересовани, када доносе суд о конкретној компанији, за изјаву о томе како она примењује кодекс КУ, него за објашњење зашто га не примењује. Директивом није одређен ни квалитет ни садржај кодекса КУ, као ни начин његове имплементације, што га чини веома флексибилним инструментом који компанијама даје могућност да усвајају кодексе прилагођене

3 Brown Lawrence, Caylor Marcus, *Corporate Governance and Firm Performance*, 2004. Студија је рађена на узорку од 2.327 фирми. Доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=586423>.

4 Directive 2006/46/EC of the European Parliament and of the Council of 14 June 2006 amending Council Directives 78/660/EEC on the annual accounts of certain types of companies, 83/349/EEC on consolidated accounts, 86/635/EEC on the annual accounts and consolidated accounts of banks and other financial institutions and 91/674/EEC on the annual accounts and consolidated accounts of insurance undertakings, *OJ L 224*, 16.8.2006, стр. 1–7.

њиховим потребама. Не само из овог разлога, данас су кодекси КУ постали универзално средство у процесу успостављања ефикасног система корпоративне праксе на глобалном нивоу.

Наша земља се такође укључила у овај процес те је данас у употреби неколико кодекса корпоративног управљања који су усклађени са *aquis communautaire*-ом и принципима *OECD*-а, а њихова доследна примена би требало да помогне у стварању нове корпоративне културе на нашим просторима.

II Кодекс корпоративног управљања у Европској унији

Систем корпоративног управљања је 80-их година прошлог века постао веома актуелна тема, која је са неочекиваним колапсом „здравих“ компанија у фокус јавности ставила питање улоге корпоративног управљања, које у процесу глобализације пре свега треба да компанијама обезбеди конкурентност, али и поверење инвеститора.⁵ Најчешћи узрок великих финансијских скандала било је лоше корпоративно управљање.⁶ Уосталом, познато је да се пословно поверење стиче годинама, а губи за неколико сати.

Кодекси КУ садрже принципе и правила чија примена може да донесе компанијама директне користи на микро, али и на макро плану.

1. Кедбери извештај

Према мишљењу многих аутора, објављивањем Кедбери извештаја⁷ 1992. године почиње дебата о модерном корпоративном управљању, а он је послужио и као путоказ Европској унији, *OECD*-у, националним

5 Пошто инвеститори „купују“ будући профит компаније, а компанија „продаје“ тај будући профит, без правила игре и међусобног поверења, ризици су за обе стране велики посебно у случају *bond futures* трговања.

6 У време израде Кедбери извештаја избио је скандал у компанији *Polly Peck* која је постала несолвентна пошто је годинама објављивала фалсификоване финансијске извештаје. У том периоду избила је афера *MaxwellGroup* у којој је пензионери фонд групације дневних листова *Mirror Group* искоришћен за покривање губитака матичне компаније. Да подсетимо и на касније случајеве: *Enron*, *Parmalt*, *WorldCom*, *Тусо*, *Adelphia* и друге, о којима стручна јавност има довољно информација. У случајевима важних финансијских институција као што су *Citygroup*, *Fannie Mae*, *Нуро Real Estate*, *Lehman Brothers*, *Northern Rock* и *UBS* које су имале озбиљне финансијске проблеме или били пред банкротом, националне владе су морале да утроше огромна средства како би спречиле колапс европске монетарне уније.

7 Интегрални текст извештаја је доступан на линку: <http://www.icaew.com/~media/Files/Library/subjects/corporate%20governance/financial%20aspects%20of%20corporate%20governance.pdf>.

органима и компанијама у профилисању разумевања значаја и користи-ма које доноси добро корпоративно управљање. Извештај је обиман (90 страница са анексима) и садржи први кодекс корпоративног управљања, тзв. Кодекс најбоље праксе (*Code of Best Practice*), веома језгровито формулисан, на само две странице. На првом месту јасно је успостављен однос између улоге директора (извршних и неизвршних), акционара и ревизора. Кључне одредбе овог извештаја су следеће: управни одбор треба да се састаје редовно, да спроводи пуну и ефективну контролу над компанијом, те да надгледа рад извршног руководства (1.1); неизвршни директори као представници невластничких интереса треба да доносе независне процене о свим питањима која се односе на стратегију, перформансе, ресурсе, наименовања на кључне позиције, као и стандарде руковођења (2.1); уговори о ангажовању директора морају најдуже у року од три године бити предмет сагласности акционара (3.1), а дужност одбора директора је да презентира избалансирану и разумљиву процену позиције компаније (4.1). Такође је предвиђено да директори подносе извештај о ефикасности унутрашње контроле, као и да њихов реизбор не може бити аутоматски.

Међутим, оно што овај извештај чини посебним јесте примена корпоративних правила управљања на бази принципа „примени или објасни“. Наиме, на бази овог принципа компанијама је остављено право избора, или да се повинују, тј. примене принципе стипулисане у кодексима, или, ако то не учине, да објасне разлоге одступања. Овај принцип ће врло брзо бити широко прихваћен, јер оставља компанијама неопходну флексибилност и обезбеђује константан проток информација, што служи као основа за измене у компанијском праву.⁸

Позитивне ефекте примене кодекса КУ бројни носиоци интереса препознају у већој стабилности и бољој тржишној позицији компанија, инвеститори добијају јаснију слику о њиховој финансијској и пословној политици, а одговорност директора је прецизније формулисана те се зато и лакше утврђује. Примена кодекса КУ има за последицу и друге позитивне ефекте: стимулише компаније да прихватају нове стандарде управљања; унапређује се начин рада одбора директора; ефикасније се штите интереси акционара; олакшава се примена законске регулативе. На бази анализе садржаја и примене националних кодекса КУ из 2011. године, Европска комисија је дошла до закључка да, иако кодекси корпоративног управљања нису замишљени да буду средство које „лечи све“ (*to cure-all*), принцип „примени или објасни“ је у пракси успешно положио испит, јер је пре свега укинута могућност да компаније у

8 Björn Fasterling, „Best practices and Better Laws: Corporate Governance Codes in the Member States of the European Union“, *ERA-Forum*, Vol. 6, бр. 3, 2005, стр. 328–351.

случајевима када се не придржавају усвојених препорука то учине без ваљаног објашњења. Међутим, уочене су и одређене слабости у примени овог принципа, пре свега у делу – „објасни“. Наиме, преко 60% компанија које су изабрале опцију да не примењују неку од препорука нису уопште пружиле или су понудиле само уопштена или непотпуна објашњења.⁹ Таква пракса је иницирала дебате о ефикасности и модификацији овог принципа са идејом да се везник *или* замени везником *и*, што би аутоматски изменило његов изворни смисао.¹⁰ Међутим, такве иницијативе нису заживеле и компанијама је и даље на располагању могућност да у случајевима када не примењују одређену одредбу из кодекса КУ понуде објашњење односно изнесу разлоге због којих су тако поступиле. Све чешћа је пракса да у таквим случајевима компаније додају и изјаву да имају намеру да спорну одредбу примењују у будућности. Међутим, у неким земљама чланицама као што су Велика Британија и Шведска предвиђени су строжији захтеви у погледу квалитета објашњења. Од компанија котираних на берзама Велике Британије се од 1993. године захтева да обелодањују информације о управљању по принципу „примени или објасни“ и да у припреми дела „објасни“ уважавају два критеријума: први, актуелна пракса мора бити конзистентна са принципом на који се односи одређена одредба кодекса КУ и други, мора бити таква да доприноси добром управљању. У Шведској је дефиниција појма „објасни“ још шира. Наиме, у овој земљи компаније су дужне да јасно известе које правило из кодекса КУ нису примениле, да објасне разлоге за сваки такав случај и да опишу решење које су уместо тога усвојиле. Дакле, није довољно само „објаснити“ зашто неко правило предвиђено кодексом КУ није примењено, већ је потребно понудити детаљну информацију о алтернативним решењима која су у конкретном случају предузета. У Белгији је Комитет за корпоративно управљање објавио практична правила како да компаније пруже оправдане разлоге у случају да нису примениле неку од одредаба кодекса КУ.¹¹

На бази искустава земаља чланица које су принцип „примени или објасни“ почеле да користе пре доношења Директиве 2006/46/ЕС, Европски форум за корпоративно управљање (*ECGF*) је у свом Саопштењу од 22.2.2006. године (тачка 2) закључио да ово правило *de facto* води ка бољој пракси корпоративног управљања, али само под условом да

9 Green Paper: The EU corporate governance framework, COM(2011) 164 final (тачка 3.1).

10 У Аустралији се нпр. у извештајима о корпоративном управљању примењује правило „Ако не, зашто не?“ (*If not, why not?*).

11 Доступно на адреси: <http://www.corporategovernancecommittee.be/library/documents/Explain%20-%20regels/2012%2002%2017-%20Practical%20Rules.pdf>.

се обезбеди суштинска, а не само формална одговорност компанија за његову примену.¹² По правилу, ова обавеза је прописана, у зависности од земље, компанијским законом, стандардима за котирање друштава на берзама, актима регулаторних органа или одредбама самог кодекса КУ. Тако је на пример правилима берзе у Ослу предвиђено да компаније „морају да у годишњи извештај укључе и извештај о (њиховом) корпоративном управљању који мора бити сачињен у складу са кодексом земље у којој је компанија регистрована или кодексом земље која представља њено примарно тржиште. Уколико не постоји такав кодекс или уколико га компанија не примењује, извештај мора бити сачињен у складу са норвешким кодексом корпоративног управљања“.¹³ Са друге стране, у Холандији је прописана обавеза да све холандске компаније котиране на било којем тржишту примењују холандски кодекс КУ. Обрнуто, британским правилима котирања на берзи предвиђен је захтев да све компаније које су котиране у Великој Британији морају усвојити принцип „примени или објасни“ у складу са *British Combined Code*-ом без обзира у којој су земљи регистроване. У овом случају, холандска компанија која је котирана само у Великој Британији мораће да примењује холандски кодекс КУ, јер је регистрована у Холандији, али и британски кодекс КУ зато што је котирана у Великој Британији.

Такође је уочено да су бројни примери наглашено механичког или униформног приступа у доношењу и примени кодекса КУ (тзв. *box-ticking* и *boilerplate* пракса), као и да рад регулаторних и контролних органа по овим питањима није довољно ефикасан. Посебно се упућују критике инвеститорима, јер не посвећују довољно времена и ресурса у циљу успостављања ефикаснијег *ex ante* мониторинга корпоративног управљања компанија са којима послују или са чијим хартијама од вредности тргују.

Иако Кедбери извештај није настао на иницијативу државног органа, па није ни било принудних мера у циљу његове имплементације, одмах по објављивању овог извештаја принцип „примени или објасни“ је унет у правила котирања Лондонске берзе, која је од свих компанија котираних на берзама Велике Британије захтевала изјаву о томе да ли су прихватиле Кодекс најбоље праксе. Убрзо затим су одредбе овог извештаја наишле на позитивне оцене и ван Велике Британије и послужиле као подстрек и путоказ регулаторним органима и компанијама

12 Statement of the European Corporate Governance Forum on the Comply-or-explain Principle, 22.02.2006, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/ecgforum/ecgf-comply-explain_en.pdf.

13 Доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/ecgforum/studies/comply-or-explain-090923_en.pdf.

на пан-европском и глобалном нивоу.¹⁴ Овај феномен, да један типично национални кодекс постане у кратком року опште мерило доброг управљања, обезбедио је Кедбери извештају значајно место у историји корпоративног управљања.¹⁵

2. Кодекс корпоративног управљања у комунитарном праву

Током прошле декаде интерес за корпоративно управљање је, посебно на тржишту капитала, веома порастао на нивоу Европске уније и њених чланица. Увођење јединствене валуте, слободан проток капитала, роба, услуга и људи широм ЕУ, конкурентски притисак глобализације, увођење нових технологија, приватизација државних предузећа, појачани интеграциони процеси између великих европских корпорација и друге промене су заокупиле пажњу инвеститора, земаља чланица и органа ЕУ у смислу процене које су сличности и разлике између националних пракси корпоративног управљања и какве би оне требале да буду у циљу бржег развоја јединственог и стабилног европског тржишта. Брз развој и примена информационих технологија дали су нову димензију свим овим комплексним променама.

Европска комисија је својом стратегијом под називом „Европа 2020“, *inter alia*, покренула процес у циљу унапређења пословног амбијента ЕУ.¹⁶ У Акционом плану Европске комисије из 2012. године наглашено је да модерни и ефикасни компанијски закони и ЕУ оквир за корпоративно управљање морају бити прилагођени потребама савременог друштва и променама у економском окружењу.¹⁷ Примена ефикасних кодекса КУ може бити један од начина за обуздавање тзв. *stagflation* феномена¹⁸ који је постао Ахилова пета привреда широм света.

Комунитарни оквир корпоративног управљања данас представља комбинацију тврдог права (*hard law*) и меког права (*soft law*) које чине

14 Велика Британија је 2000. године постала прва земља која је усвојила принцип „*примени или објасни*“ као обавезан у правилима котирања *Financial Services Authority*-а који је успостављен *Financial Services and Markets Act*-ом.

15 Више информација о хронологији развоја корпоративног управљања видети код: Morck Randall (ed.), *A History of Corporate Governance Around the World*, Chicago, 2005, NBER.

16 Communication from the Commission: *Europe 2020. A strategy for smart, sustainable and inclusive growth*, COM(2010) 2020 final, стр. 16–17.

17 Action Plan: European company law and corporate governance – a modern legal framework for more engaged shareholders and sustainable companies, COM(2012) 740/2, доступно на адреси: http://www.ecgi.org/tcgd/2012/documents/121212_company-law-corporate-governance-action-plan_en.pdf.

18 Појмом *stagflation* дефинишу се два каузално повезана, али супротна тренда – истовремени раст инфлације и пад стопе запослености.

препоруке, стандарди и кодекси КУ.¹⁹ Међутим, како се данас широко примењује правило да котиране компаније као услов за укључивање хартија од вредности на берзанско тржиште морају да донесу или поштују одређени кодекс КУ или кодекс добре корпоративне праксе, онда се примена меког права доводи у питање, јер она више није добровољна, већ обавезна, што је већ одлика права.²⁰ Дакле, иако принципи корпоративног управљања нису обавезујући у стриктно легислативном смислу, они су писани у тзв. *script-coded* форми која подражава легислативну форму чији је корен у традицији *common law*-а. Управо због танке линије разграничења између меког и тврдог права надлежни органи треба да имају у виду и укажу где се завршава примат законске регулативе, а где почиње примат кодекса КУ. Модерни кодекси КУ су истовремено ослоњени на економски и легислативни систем конкретне земље. Представљају типичан пример регулаторних инструмената који су дизајнирани да стимулишу процес учења пошто позитивна пракса једних временом може постати добар узор другима. Применом добрих кодекса КУ компаније могу брже и ефикасније да успостављају правила која су у складу са принципима савременог корпоративног управљања. Примена кодекса КУ доноси и друге вишеструке користи као што су: стимулисање дебате о питањима корпоративног управљања; подстицање компанија да примењују општеприхваћене стандарде управљања; информације о законској регулативи и пракси управљања у конкретној компанији су брже доступне инвеститорима; надзорна тела могу користити предности *bench marking* метода, а државни органи у фази припреме нових регулативних мера могу имати бољи увид у праксу корпоративног управљања.

У већини земаља чланица кодекса КУ се редовно ажурирају, у неким на *ad hoc* бази, а у појединим земљама су успостављена посебна тела²¹ и прописана процедура по том питању. Навешћемо пример Немачке која је сваке године у периоду од 2007–2012. године, са изузетком 2011. године, ажурирала и допуњавала свој кодекс КУ. Дакле, иако су кодекси КУ по својој природи флексибилни, да би испунили своју сврху морају се прилагођавати законским, економским и друштвеним променама земље у којој се примењују.

Дистрибуција тема које спадају у оквир корпоративног управљања између законске регулативе и кодекса КУ варира од земље до земље

19 Видети следећа докумената Европске уније: Директиве 2006/46 ЕС, 2004/109/ ЕС, 2001/34/ ЕС, 2004/25/ЕС и Препоруке Европске комисије 2005/162/ЕС, 2004/913/ ЕС и 2009/385/ЕС.

20 Мирко Васиљевић, „Развој регулативе управљања компанијама и позитивно право Србије“, *Правни живоић*, бр. 11/2010, III, стр. 4.

21 То су нпр. у Великој Британији *Financial Reporting Council*, а у Немачкој *Kodex Commission*.

чланице и зависи од многих фактора, међу којима су особена правна традиција, власничка структура и већ постојећа пракса корпоративног управљања. На нивоу ЕУ се нека питања по правилу регулишу законским одредбама (генерална организација управног одбора, ревизија, процедурална права акционара и др.), док се поједина питања по правилу регулишу кодексима КУ (независност чланова одбора, рад одбора за наименовање и одређивање надокнада, интерна контрола, управљање ризицима и др.). Међутим, постоје одређене разлике у погледу принципа и домена њихове примене стипулисаних у кодексима КУ у земљама са *common law* системом права у односу на земље у којима важи *civil law* систем. Кодекси КУ који се примењују у *common law* системима чешће садрже препоруке које се односе на одбор директора (нпр. раздвајање дужности између председника борда директора и генералног директора), оцена рада одбора директора и оцена начина на које врши прописане дужности), док кодекси КУ у земљама са *civil law* традицијом чешће садрже принципе који се односе на права акционара, улогу запослених и конфликт интереса. Очигледно је да су особености националних система корпоративног управљања и законске регулативе неки од разлога због којих се садржаји кодекса КУ разликују.²² Овај закључак говори у прилог становишту да постоји јака међузависност између тврдог и меког права у овој области. Пошто ове категорије нису увек јасно разграничене, има и случајева да се из кодекса КУ неко питање, као што је нпр. питање надокнада директора, „пресели“ у законску регулативу, управо под притиском јавности због енормно високих надокнада и бонуса исплаћиваних директорима компанија, који су често расли геометријском прогресијом у односу на примања запослених у истом периоду.²³

Угледајући се на Кедбери извештај из 1992. године, поједине земље чланице ЕУ су покренуле иницијативу за доношење сличних кодекса на националном нивоу што је представљало прву фазу институционализације ЕУ корпоративног управљања, у време када је Унију чинило мање од половине садашњег броја земаља чланица. Тада

22 Више о томе: Alessandro Zattoni, Francesca Cuomo, „Why Adopt Codes of Good Governance? A Comparison of Institutional and Efficiency Perspectives“, *Corporate Governance: An International Review*, Vol. 16, 2008, стр. 1–15.

23 У том контексту треба схватити и правило *say on pay* које се уноси у компанијске законе, а по којем акционари имају право да гласају по питању примања извршних директора. Иако Швајцарска није формално чланица ЕУ, подсећамо да је на референдуму одржаном 3. марта 2013. године (познат као *against rip-off salaries*) са 67,9% подржан предлог да се контролишу примања извршних директора котираних компанија на швајцарској берзи као и да се појача улога акционара по овом питању. Швајцарска влада је у обавези да у року од годину дана ову одлуку имплементира у законску регулативу.

још увек у многим кодексима није био унет принцип „примени или објасни“. У другој фази, између 2001. и 2005. године 17 земаља чланица је усвојило нове кодексе КУ, у периоду који је коинцидирало са великим корпоративним скандалима у Европи и широм света. Нове земље чланице из Централне и Источне Европе су 2007. и 2008. године убрзано усвајале овај сегмент *aquis communautaire*-а, тако да су све земље чланице благовремено усвојиле нове кодексе КУ, јер је рок за објављивање изјаве о корпоративном управљању и примени принципа „примени или објасни“ био 5. септембар 2008. године (осим Ирске, која је усвојила британски *Combined Code*²⁴ и Грчке која је ову област регулисала законом).²⁵

Принцип „примени или објасни“ уведен Директивом 2006/46/ЕС у комунитарно право снажно је подржан од стране Европског форума за корпоративно управљање (*ECGF*) уз аргументацију да је оно „најподеснији начин да се узму у обзир специфичности сваке компаније“, као и да је овај принцип, „ако се успешно примењује бољи и ефикаснији од стриктне регулативе.“²⁶ *ECGF* је такође дао препоруку да компаније које су регистроване у једној земљи чланици, а чије се акције котирају у више земаља чланица треба да примењују (бар) један кодекс КУ и да избегавају истовремену примену више различитих кодекса КУ. Државне институције земаља чланица, као и органи ЕУ за сада несумњиво подржавају тезу да би предности кодекса КУ могле бити ослабљене уколико би законска регулатива „преузела“ неке њихове принципе.

Данас је принцип „примени или објасни“ централни елемент и главна техника у примени кодекса КУ у европском систему корпоративног управљања, док се Директива 2006/46/ЕС сматра његовом окосницом. Њеним одредбама су *de facto* унете измене и допуне у три раније усвојене директиве које се односе на годишње извештаје котираних компанија, банака и финансијских институција, као и осигуравајућих друштава. Пре доношења ове директиве Европска комисија је формирала два перманентна консултативна тела са задатком да помажу развој корпоративног управљања и компанијског права. Прво је 2004. године формиран Европски форум за корпоративно управљање (*ECGF*) са

24 *Combined Code* је тачно оно што му име говори – кодекс у којем су комбиноване препоруке тзв. *Cadbury*, *Greenbury* и *Hampel* одбора о корпоративном управљању.

25 За више детаља видети: Risk Metrics Group, *Study on Monitoring and Enforcement Practices in Corporate Governance in the Member States*, 23.09.2009, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/ecgforum/studies/comply-or-explain-090923_en.pdf.

26 Statement of the European Corporate Governance Forum on the Comply-or-explain Principle, 22.2.2006, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/ecgforum/ecgf-comply-explain_en.pdf.

циљем да убрза приближавање националних кодекса КУ и пружа савете Европској комисији у погледу стратешких питања из ове области. Годину дана касније је формирана Саветодавна група за корпоративно управљање и компанијско право (*Advisory Group on Corporate Governance and Company Law*) ради израде детаљних техничких савета по питању припремања мера које ће се имплементирати у систем корпоративног управљања и компанијског права.²⁷

а) Директива 2006/46/ЕС

Директивом 2006/46/ЕС је на ЕУ нивоу уведена обавеза да компаније са чијим се хартијама од вредности тргује на регулисаном тржишту²⁸ у годишњи финансијски извештај укључе и изјаву о корпоративном управљању (*governance statement*) која треба да кореспондира са принципом „примени или објасни“. Европска комисија је на овај начин потврдила опредељење да не инсистира на хармонизацији униформних правила и садржаја кодекса КУ, већ да тежиште ставља на механизме њихове примене. У Великој Британији је Уредбом број 2009 спроведена имплементација Директиве 2006/46/ЕС при чему је у пратећем меморандуму наведено „да њен циљ није да се усвоји европски (ЕУ) кодекс управљања јер би у том случају, због разлика у компанијском закону између земаља чланица, такав кодекс морао предвидети много различитих опција или би био ограничен на апстрактне принципе“ (тачка 7.2). Уместо тога, њен циљ је да се од котираних компанија тражи да на годишњем нивоу објављују разумљиву, дескриптивну изјаву о кључним елементима њиховог система и праксе корпоративног управљања са обавезом да при томе примењују принцип „примени или објасни“.²⁹ Сам чин објављивања извештаја *per se* повећава одговорност одбора директора према акционарима, инвеститорима и тржишту у најширем смислу. Осим што имају ризик да угрозе своју репутацију, директори могу сносити грађанску одговорност и бити санкционисани уколико изјава садржи неистините чињенице или се са њом покушава обманути јавност.³⁰

Данас су у употреби кодекси КУ који се веома разликују по форми и садржају, претежно су резултат оригиналних решења, а ређи је случај

27 Оба ова тела чине невладини експерти различитих профила, а њихови програми рада, стратешки и технички, су комплементарни.

28 Дефиниција појма „регулисано тржиште“ је прописана Директивом 2004/39/ЕС.

29 Доступно на адреси: http://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2009/9780111479032/pdfs/ukdsiem_9780111479032_en.pdf.

30 Eddy Wymeersch, „Corporate Governance Codes and their Implementation“, Financial Law Institute, Working Paper Series, WP 2006–10, 2006, стр. 5.

да су настали применом тзв. *forum shopping* праксе.³¹ Треба нагласити да има земаља које су усвојиле већи број кодекса КУ, док су друге усвојиле само по један кодекс КУ. И пре хармонизације која је спроведена наведеном Директивом неке земље чланице су овај механизам већ биле уградиле у националне кодексе КУ, као и компаније које су настојале да садржај њихових модерних кодекса (нпр. у Немачкој и Аустрији) што пре буде доступан америчким и енглеским институционалним инвеститорима,³² очекујући да ће њихове акције и из тог разлога бити атрактивније и брже постати тзв. *glamour stocks*.

Према члану 46а Директиве, изјава која се односи на корпоративно управљање компанија чије су хартије од вредности котиране на регулисаном тржишту (у складу са Директивом 2004/39/ЕС), треба да чини посебан део годишњег извештаја и да садржи најмање следеће информације:

- 1) у погледу (i) кодекса КУ компаније и/или (ii) кодекса који је компанија добровољно одлучила да примењује и/или (iii) све релевантне информације о пракси корпоративног управљања преко захтева који су одређени националним законима. Када се тачке (i) и (ii) примењују компанија ће такође навести где су релевантни садржаји кодекса јавно доступни, а кад се примењује тачка (iii), компанија ће своју праксу корпоративног управљања учинити такође јавно доступном;
- 2) у којој мери компанија, у сагласности са националним законом, одступа од кодекса наведених у тачкама (a)(i) или (ii), објашњење компаније од ког дела кодекса одступа и разлози зашто тако поступа. Ако је компанија одлучила да не примењује ниједну одредбу кодекса наведених у тачкама (a)(i) или (ii), дужна је такође да наведе објашњење зашто тако поступа;
- 3) опис најважнијих карактеристика унутрашње контроле и система управљања ризицима у односу на систем финансијског извештавања;
- 4) о раду органа акционара, њихових кључних права и начина како се остварују, у случају да ова питања нису регулисана националним законима;

31 European Corporate Governance Institute (ECGI), *Index of All Codes*, доступно на адреси: http://www.ecgi.org/codes/all_codes.php.

32 Институционални инвеститори су велике организације (као што су банке, финансијске корпорације, осигуравајуће компаније, пензиони фондови, синдикални фондови и сл.) које располажу великим кеш резервама и желе да инвестирају на тржишту хартија од вредности. Тако нпр. на њујоршкој берзи (NYSE) ови инвеститори обављају 70% трансакција.

- 5) састав и рад административних, менаџерских и супервизорских тела и њихових одбора.

Чланом 506 предвиђена је колективна обавеза чланова административних, менаџерских и супервизорских тела да обезбеде да у годишњем билансу, и, ако је посебно предвиђено, у годишњем извештају, изјава о корпоративном управљању буде у складу са чланом 46а и, где је то применљиво, у складу са интернационалним рачуноводственим стандардима у складу са Уредбом број 1606/2002.³³ Ова тела ће деловати у складу са овлашћењима која су им додељена националним законом. Земље чланице су обавезне да својим законима, регулаторним мерама и управним прописима обезбеде да се ова Директива имплементира, као и да усвоје одредбе које се односе на санкционисање у случају кршења усвојених правила, при чему казне „морају бити делотворне, пропорционалне и имати за циљ одвраћање“.

Директивом 2006/46/ЕС је земљама чланицама остављено дискреционо право да изаберу начин на који ће имплементирати обавезу примене принципа „примени или објасни“. Захтев да се изјава о корпоративном управљању садржана у Директиви објављује најчешће је прописан законом или правилима којима се регулише трговина хартијама од вредности или правилима котирања на берзи или позивом на одредбе ако већ постоје у самом кодексу КУ. Директивом су такође одређени „прагови“, изражени у еврима, као и број запослених, који представљају параметре на бази којих се одређује да ли је нека компанија обавезна или не да примењује одредбе ове Директиве.

На бази тога ко је иницијатор или предлагач кодекса КУ могуће је предвидети његов садржај, намену и стриктност примене. Према једној студији која је урађена за потребе Европске комисије предлагачи кодекса се могу генерално сврстати у шест категорија: државни и квази-државни ентитети, берзе, хибридна тела која укључују различите субјекте (берзе, инвеститоре, професионалне и/или научне институције), асоцијације инвеститора, асоцијације компанија и асоцијације директора.³⁴

Кодекси КУ земаља чланица се не разликују само по начину имплементације, већ и по садржају који није прописан Директивом. Ипак, може се закључити да између њих постоји више сличности него разлика. На бази резултата компаративне анализе могуће је закључити

33 Regulation (EC) No 1606/2002 of the European Parliament and of the Council of July 2002 on the application of international accounting standards. Касније су уследиле измене у Regulation (EC) No 297/2008.

34 Holly J. Gregory, Robert T. Simmelkjaer, *Comparative Study Of Corporate Governance Codes Relevant to the European Union And Its Member States*, Weil, Gotshal & Manges LLP, 2002, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/corpgov/corp-gov-codes-rpt-part1_en.pdf.

да су најчешће у кодексима КУ заступљене следеће теме: 1) састав одбора директора (избалансиран однос између броја извршних и неизвршних, независних директора); 2) руковођење одбором директора (јасна подела одговорности између председника борда директора и генералног директора); 3) информације (потреба да се одбору директора на време достављају квалитетне информације); 4) именована (увођење формалне и транспарентне процедуре за избор директора); 5) извештавање (балансирано и разумљиво финансијско извештавање), и 6) управљање ризиком.³⁵

Кодекси КУ по правилу садрже упутства чију примену карактеришу различити степени одговорности. Упутства могу бити формулисана као општи принципи, који су најчешће обавезни за компаније (а понекад су прописани законом), препоруке, које се примењују по принципу „примени или објасни“, и сугестије – којима се указује како би требало примењивати препоруке или усвајати примере добре праксе. На њих се обично не примењује принцип „примени или објасни“. У неким земљама чланицама се даје могућност мањим компанијама да примењују мањи број препорука (као што је случај у Аустрији, Словачкој или Великој Британији). Кодекси КУ са различитим нивоом упутстава могу бити веома детаљни и прескриптивни, као што је мађарски кодекс, или много мање детаљни и прескриптивни као што је кодекс Луксембурга. Кодекси са једним сетом препорука могу бити веома детаљни и прескриптивни, као што је холандски кодекс; могу бити детаљнији, али мање прескриптивни, као што је француски кодекс; могу бити мање детаљни, али у значајној мери прескриптивни, као што је шпански кодекс или мање детаљни и мање прескриптивни, као што је немачки кодекс.

Компаније су по традицији главни „корисници“ кодекса КУ, које не треба посматрати *in vitro*, већ увек у ширем економском и политичком контексту. Данас су кодекси КУ, по разним основама, предмет директног или индиректног интересовања берзи, инвеститора, акционара, регулаторних органа, ревизора, медија, правосуђа, невладиног сектора и великог броја носиоца интереса. Сви они од компанија очекују примену добре праксе, али у случају када то није случај, анализа примене кодекса КУ може пружити корисне информације о узроцима и последицама насталог проблема, а то је предуслов за проналажење адекватних решења. У међувремену су развијани и кодекси који нису превасходно намењени компанијама, већ и другим тржишним актерима. Навешћемо, *brevitatis causa*, само пример *stewardship code*-а који се односи на институционалне инвеститоре и берзанске посреднике.

35 Niall O’Shea, *Corporate Governance: How we’ve got where we are and what’s next*, Accountancy Ireland, 2005, стр. 33–37.

б) Зелена књиџа „Оквир за корпоративно управљање Европске уније“

Европска комисија је 2011. године објавила Зелену књиџу³⁶ о ЕУ оквиру корпоративног управљања са циљем да се оцени његова ефикасност у светлу остваривања циљева предвиђених „Агендом 2020“.³⁷ Комисија је поновила став да је овај оквир комбинација тврдог и меког права, укључујући препоруке и кодексе КУ. У Зеленој књиџи је наглашено да три елемента чине основу за успостављање добре корпоративне праксе: 1) одбор директора (у којем треба да буду неизвршни директори са различитим погледима, знањем и одговарајућим професионалним искуством); 2) акционари (за које је утврђено да су више окренути краткорочном профиту, а мање ангажовани по питањима управљања компанијом), и 3) принцип „примени или објасни“ (који заузима централно место у ЕУ корпоративном оквиру, али чија примена, а посебно контрола примене, није још на потребном нивоу). Зеленом књиџом је обухваћено 25 питања (Анекс 2), која је Комисија поставила са својим коментарима ЕУ институцијама са циљем да формира базу података, мишљења и сугестија, а ради доношења нових мера и препорука које треба да ЕУ оквир за корпоративно управљање учине још ефикаснијим.

У првом поглављу се наводи да би се применом тзв. *groupthink* метода могла повећати ефикасност одбора директора, у којем треба да буде заступљена већа родна равноправност, стручњаци различитих профила, као и припадници различитих националности. Такође су изнети ставови по питањима контроле ризика и директорских надокнада.

У другом поглављу које је посвећено акционарима констатовано је да постоји више разлога за њихово неодговарајуће ангажовање међу којима су кратак период држања акција (који у последњој деценији постаје све краћи тако да је сада просечно време задржавања акција осам месеци),³⁸ проблеми на релацији принципал – агент (однос инвеститора и њихових *asset* менаџера), конфликт интереса и друге тешкоће у сарадњи са акционарима. Комисија очекује да се акционари више укључе у област корпоративног управљања, које би требало да усмери њихов интерес ка дугорочним перформансама компаније и одрживој висини профита. Такође су обухваћене и друге теме као што су заштита мањинских акционара и право запослених да учествују у *stock capital*-у компаније у којој су запослени.

36 Green paper: The EU corporate governance framework, COM (2011) 164 final.

37 Conclusions of the European Council of 17 June 2010, доступно на адреси: http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/115346.pdf.

38 Податак доступан на адреси World Federation of Exchange-a: www.world-exchanges.org.

Последње поглавље је посвећено контроли и јачању примене постојећих националних кодекса КУ, а тежиште је стављено на квалитет информација које компаније објављују, као и на рад надзорних тела. Посебно је наглашено да компанијама није дата на располагање опција *no action* када је реч о извештавању и примени праксе корпоративног управљања.

в) Акциони план Европске комисије из 2012. године

Европска комисија је 2012. године објавила Акциони план под називом „Европско компанијско право и корпоративно управљање – модеран правни оквир за веће ангажовање акционара и одрживих компанија“ са иницијативама и активностима које ће бити предузете у области компанијског права и корпоративног управљања. Главни циљеви наведени у Акционом плану су јачање активности на објављивању података, јачање права акционара, модернизација одбора директора и координација активности земаља чланица у области корпоративног управљања. Нове иницијативе у области корпоративног управљања немају за циљ да мењају досадашњи концепт, већ да га учине ефикаснијим са јачањем интеракције између компанија, њихових акционара и других носилаца интереса. У анексу Акционог плана је наведен преглед иницијатива и ЕУ инструмената који ће бити усвојени и примењивани у наредном периоду. Већина термина за реализацију овог плана је предвиђена у 2013. години.

Европска комисија је у фебруару 2013. године објавила и тзв. *мапу пута (Road map)*³⁹ са оценама и опцијама могућих решења у циљу побољшања ЕУ оквира корпоративног управљања. У одељку Ц, тачка 2. се наводи могућност да се покрене иницијатива за допуну Директиве 78/660/ЕЕС која садржи правила о изјави компанија о корпоративном управљању (стипулисана у члану 4ба) или путем препоруке или неким од регулаторних инструмената.

III Принципи корпоративног управљања OECD-а

Принципи корпоративног управљања OECD-а (у даљем тексту – *Принципи*) су прихваћени као светски стандард и поред земаља чланица ове организације користе их и друге земље као и више међународних организација, као што су Светска банка, Међународни монетарни фонд

39 European Commission, Road Map: Enhancing the EU corporate governance framework, 02/2013, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/governance/impact/planned_ia/docs/2013_markt_033_corporate_governance_framework_en.pdf.

и др. Већина земаља чланица ЕУ су чланице и *OECD*-а и зато је *prima facie* уочљива подударност ЕУ регулативе и праксе са *Принципима* (или *vice versa*). Ипак, увид у садржај *Принципа*, који су донети пре Директиве 2006/46/ЕС, доприноси бољем разумевању ЕУ праксе и објективнијој оцени њеног места и значаја на глобалном плану.

У уводном делу документа се наглашава да је сврха *Принципа* да помогну владама земаља чланица *OECD*-а, као и земљама које то нису, у њиховим напорима да процене и побољшају правни, институционални и регулаторни оквир за корпоративно управљање, да обезбеде смернице и предлоге за берзе, инвеститоре, корпорације и друге учеснике у процесу развоја доброг корпоративног управљања. *Принципи* су фокусирани како на финансијске тако и на нефинансијске компаније чије су акције котиране на тржишту. Оквир корпоративног управљања зависи од законског, регулаторног и институционалног окружења, а ефикасан систем корпоративног управљања унутар поједине компаније и економије као целине помаже да се достигне степен поверења потребан за правилно функционисање тржишне економије.

Принципи су по својој природи еволутивни и треба их посматрати у светлу сталних промена и изазова. Да би постале и остале конкурентне у свету који се мења, компаније морају уносити новине у праксу свог корпоративног управљања и прилагодити је тако да одговоре новим захтевима и изазовима. У истом смислу, владе имају велику одговорност за креирање делотворног регулаторног оквира који пружа довољну флексибилност да омогући ефикасно функционисање тржишта и да истовремено ефикасно одговори на очекивања акционара и других заинтересованих страна.

У првом делу документа су разрађена следећа подручја: I) Обезбеђење основе за делотворан оквир корпоративног управљања; II) Права акционара и кључне власничке функције; III) Равноправан третман акционара; IV) Улога заинтересованих страна; V) Обелодањивање података и транспарентност и VI) Одговорност одбора. У другом делу документа принципи су допуњени напоменама које садрже коментаре чија је сврха да читаоцима помогну да схвате наведену аргументацију. У напоменама су такође дати описи доминантних трендова и алтернативних метода примене принципа као и примери који могу бити од користи у имплементацији и примени *Принципа*.

Посебно треба скренути пажњу на тачку пет (V), у којој је наведено да оквир корпоративног управљања треба да обезбеди да се правремено и тачно обелодањују све материјалне чињенице везане за компанију, укључујући и њену финансијску ситуацију, пословне резултате, структуру власништва и систем управљања компанијом.

Строги режим обелодањивања података унапређује транспарентност и омогућује акционарима да користе своја гласачка права на основу процене поузданих информација. Искуство у земљама са великим и активним тржиштима власничких хартија од вредности показује да обелодањивање података такође може бити моћно средство утицаја на поступање компанија и заштиту инвеститора, а то су предуслови да се одржи поверење у тржиште капитала и привуче нови капитал.

Тачком пет (V) је предвиђено:

- а) Обелодањивање података треба да обухвати, али без ограничавања само на њих, битне податке о следећим питањима: финансијски и пословни резултати компаније; циљеви компаније; структура власништва над акцијама и гласачка права; политика накнада за чланове одбора и кључне руководиоце; трансакције повезаних лица; предвидиви фактори ризика, питања која се односе на запослене и друге заинтересоване стране и структура и политика управљања, посебно, садржај свих правила и процедуре њихове примене.
- б) Информације треба да се припремају и обелодањују у складу са рачуноводственим и стандардима високог квалитета за обелодањивање финансијских и нефинансијских података.
- в) Годишњу ревизију треба да обави независни, компетентан и квалификован ревизор у циљу пружања екстерног и објективног доказа одбору и акционарима да финансијски извештаји непристрасно представљају финансијско стање и резултате пословања компаније.
- г) Екстерни ревизори треба да одговарају акционарима и имају обавезу према компанији да ревизију врше на прописан и професионалан начин.
- д) Канали достављања информација треба да обезбеде равноправан, благовремени и економичан приступ корисника релевантним информацијама.
- ђ) Оквир корпоративног управљања треба допунити делотворним приступом који је усмерен да промовише прибављање анализа или савета од стране аналитичара, брокера, агенција за процену и других, који се односе на одлуке инвеститора, без значајних сукоба интереса који могу угрозити интегритет њихове анализе или савета.

У *Принципима* се на крају наглашава да ће *OECD* пажљиво пратити процес примене свих принципа и благовремено антиципирати и одговорати на нове изазове.

IV Кодекс корпоративног управљања у Републици Србији

У нашој земљи се бележи значајна активност широког круга актера у изради и примени кодекса КУ који, као део својеврсног меког права, треба уз постојећу законску регулативу да убрзају достизање најбоље праксе у овој области. Поред кодекса КУ који је усвојила Привредна комора Србије 2012. године и кодекса КУ Београдске берзе а.д. из 2008. г., издат је и Кодекс пословне етике 2006. године.

1. Кодекс корпоративног управљања Привредне коморе Србије

Доношењем Закона о привредним друштвима Србије 2004. године креирани су нови правни институти у нашем компанијском праву, посебно у сфери корпоративног управљања. Године 2006, на бази члана 318 овог закона у правни систем је уведен и институт – кодекс КУ⁴⁰ – те је тако и Србија постала једна од земаља које су усвојиле национални кодекс КУ (у даљем тексту – Кодекс). У члану 2 Кодекса је наведено да он представља допуну важећој законској регулативи, али тако да ниједна његова одредба не укида законско правило које исто питање уређује другачије. Чланство у привредној комори Србије је значило аутоматско прихватање Кодекса и никаква додатна изјава о томе није била потребна. Кодекс је био веома обиман, 345 чланова, и писан по угледу на тада примењиване кодексе КУ у земљама ЕУ. Био је подељен у 8 поглавља: опште одредбе, скупштина акционара, управни одбор, орган надзора у друштву, извештавање, ревизија финансијских извештаја, повреда кодекса и прелазне и завршне одредбе. Кодекс је садржавао три врсте правила: 1) законска правила, 2) препоруке или тзв. „примени или објасни“ правила, и 3) предлоге.

Скупштина Привредне коморе Србије (ПКС) је 17. септембра 2012. године донела нови Кодекс корпоративног управљања⁴¹ намењен свим друштвима капитала, што га чини различитим од претходног Кодекса (који је самим тим престао да важи), као и од кодекса КУ великог броја других земаља. Наиме, нови Кодекс је намењен и породичним друштвима, малим и средњим предузећима, као и предузећима у којима је држава власник.

Нови Кодекс садржи две врсте правила:

40 Кодекс корпоративног управљања Привредне коморе Србије, *Службени гласник РС*, бр. 1/2006.

41 *Службени гласник РС*, бр. 99/2012.

- 1) препоруке – правила које друштво треба да прихвати и по њима поступа (препознатљиви по употреби речи „треба“); и
- 2) предлоге – правила која се сматрају пожељном праксом (препознатљиви по употреби речи „може“, „требало би“ и сл.).

Препоруке представљају минималне стандарде по којима јавна акционарска друштва треба да поступају, а ако то не учине или не учине на начин предвиђен Кодексом, потребно је да пруже образложење за учињено одступање у оквиру изјаве о примени кодекса КУ у складу са Законом о привредним друштвима.

Кодекс карактерише флексибилност јер даје слободу друштвима да већину правила прилагођавају својим потребама. Такође постоје принципи и препоруке који се примењују само на друштва капитала ако имају одређене карактеристике. Кодексом је предвиђен степености (тро-степености) приступ уређивања материје корпоративног управљања друштва капитала. У првој глави се налазе принципи и препоруке корпоративног управљања који се примењују на сва друштва капитала, а у другој глави су уређена правила намењена већим друштвима капитала. Трећа глава садржи принципе и препоруке само за јавна акционарска друштва при чему су посебно разрађени принципи и препоруке за државу, а посебно принципи и препоруке за саме компаније. Принципи и препоруке садржани у Кодексу нису обавезујући, али се препоручују свим друштвима капитала, а нарочито члановима ПКС. Начин примене Кодекса је такође флексибилан и оставља или могућност директне примене на бази одлука надлежних органа, или могућност израде сопственог кодекса КУ, или могућност доношења других интерних аката. Друштво капитала које не примењује овај Кодекс дужно је обавестити ПКС о кодексу који примењује, као и о месту где је тај кодекс јавно доступан.

Указујемо посебно на значај, имајући у виду актуелну праксу и проблеме у раду јавних друштава, на принцип 27 у којем је предвиђено да друштво треба, а јавно друштво је обавезно, да успостави функцију интерне ревизије. У делу принципа и препорука за државу наведен је принцип по којем је „неопходно да се потпуно раздвоји улога државе као регулатора тржишта и улога државе као члана друштва да би се избегли тржишни поремећаји и да би се омогућила ефикасна тржишна утакмица са приватним сектором (део трећи, принцип број 1).

Детаљна анализа садржаја новог Кодекса несумњиво потврђује да су у њега унети примери најбоље иностране и домаће праксе у области корпоративног управљања, као и актуелна решења из регулативе ЕУ што све упућује на закључак да се ради о модерном и свеобухватном оквиру чија примена омогућује даљи развој корпоративног управљања у Републици Србији.

2. Кодекс пословне етике

Привредна комора Србије издала је такође и Кодекс пословне етике⁴² са циљем да допринесе обављању пословних активности привредних субјеката у духу пословног морала, добрих пословних обичаја и начела савесности и поштења, као и транспарентности у њиховом пословању. Кодексом пословне етике утврђују се принципи и правила пословне етике који обавезују привредне субјекте, чланове привредне коморе, запослене, чланове органа и лица ангажована по уговорном основу у привредном субјекту као и стране привредне субјекте који послују на територији Републике Србије. Кодекс пословне етике заједно са Кодексом корпоративног управљања представља основ пословне политике привредних субјеката, чланова ПКС. То је јединствен акт и примењује се на целој територији Републике Србије, а примењују га и сви судови части привредних комора зависно од њихове надлежности. У члану 2 је наведено више начела чије се непридржавање сматра повредом правила пословне етике. Посебну бригу о поштовању правила овог кодекса имају привредне коморе, професионална удружења и организације за заштиту потрошача.

Кодексом пословне етике су такође прописане одредбе које се односе на унутрашње односе у привредном субјекту, положај чланова органа привредног субјекта, положај запослених и лица ангажованих на бази уговора, заштита имовине привредног субјекта, однос са потрошачима, однос са добављачима, однос са купцима, однос према финансијерима, однос према власницима, однос са јавношћу и државним органима, заштита слободне конкуренције, заштита животне средине, примена кодекса, надзор над применом кодекса, поступци у случају повреде одредаба кодекса, мере за случај непоштовања кодекса и др. Такође је прописано да је привредни субјект дужан да спроведе одлуку суда части.

3. Кодекс корпоративног управљања Београдске берзе а.д.

Регулаторну основу Кодекса Београдске берзе а.д.⁴³ представљају одредбе Закона о привредним друштвима, Закона о тржишту хартија од вредности, других финансијских инструмената и подзаконских аката Комисије за хартије од вредности Р. Србије као и међународно прихваћених принципа и искустава у пракси корпоративног управљања. Овај Кодекс је пре свега намењен акционарским друштвима чије су акције

42 Службени гласник РС, бр. 1/2006.

43 Овај документ доступан је на адреси: http://www.ecgi.org/codes/documents/cg_code_serbia_jul2008_rs.pdf.

укључене на неко од тржишта Београдске берзе, али се препоручује и свим другим друштвима која желе да унапреде своју организацију и праксу корпоративног управљања. Правила и принципи садржани у овом кодексу су изражени у препорукама чија се имплементација везује за примену правила „примени или објасни“ и другим одредбама чија је намена да укажу на пожељну праксу корпоративног управљања и начине за ефикасније остваривање циљева препорука. Садржај Кодекса је веома детаљно разрађен, што је од значаја с обзиром на кратак период функционисања берзанског тржишта у нашој земљи и још увек недовољног познавања овог вида пословања у ширем смислу. Котирана друштва на Београдској берзи су суочена са више захтева по питању система управљања него што је то садржано у Кодексу ПКС.

У првом делу – *Основни носиоци корпоративног управљања и регулаторно-организациони оквири њиховог деловања* су разрађени у следећим поглављима: акционари и скупштина друштва, управни одбор, права и обавезе чланова управног одбора, председник управног одбора, награђивање чланова управног одбора, комисије управног одбора, извршни органи друштва, послови надзора и контроле, независни (екстерни) ревизор друштва, секретар друштва, општа акта друштва, ванредни правни послови, спречавање сукоба интереса и повреде забране конкуренције и спречавање и решавање корпоративних сукоба.

У другом делу – *Транспарентности и јавности пословања* детаљно је разрађена политика извештавања, структура и битни елементи периодичних извештаја, извештаји о битним догађајима и дистрибуирање информација.

За друштва чије су хартије од вредности укључене на неко од тржишта Београдске берзе обавеза примене овог Кодекса настаје уколико добровољно, писаном изјавом прихвате његову примену и тада су дужне да у року од два месеца ускладе своју организацију и пословање са препорукама Кодекса. Даље, дужне су да најмање једном годишње усвоје извештај о корпоративном управљању са информацијом о примени препорука Кодекса, или објашњење разлога у случају одступања од њихове примене, али по захтеву Београдске берзе дужне су да достављају и додатне писане информације и извештаје везане за примену одредби Кодекса. Прописана је такође и обавеза саме берзе да редовно прати и извештава о друштвима која су постигла највиши ниво усклађености са правилима Кодекса Београдске берзе а.д, као и информације о значајним одступањима од тих правила.

За очекивати је да ће примена ових кодекса у наредном периоду помоћи компанијама да ефикасно управљају пословањем, да лакше

приступају капиталу и да обезбеде дугорочан и одржив развој. Оквир корпоративног управљања је успостављен и усклађен са стандардима Европске уније и сада предстоји његова пуна примена као предуслов за увођење модерног и ефикасног система управљања у корпоративну праксу.

Mag. *Ivana* RODIĆ

CORPORATE GOVERNANCE CODE IN EUROPEAN UNION LAW

Summary

The corporate governance framework in the European Union is based to a large extent on “soft law”, namely corporate governance codes. Starting with the Cadbury Report in 1992, European Member States launched initiatives to set up similar codes of best practice for their markets. In 2006, Directive 2006/46/EC introduced the requirement for Member State listed companies to publish a corporate governance statement. The statement should include information about which code the company applies, on a comply-or-explain basis. In the cases that companies have not complied with the provisions, then they need to explain the reasons for any non-compliance. The advantage of this method is its flexibility as it allows companies to adapt their corporate governance practices to their specific needs. Consequently, comply-or-explain in general and the quality of “explain” more specifically is one of the top priorities of the European Action Plan on Key Changes to European Company Law and Corporate Governance published in 2012. Serbia has also adopted few codes harmonized with EU corporate governance framework.

Key words: *corporate governance, corporate governance codes, comply and explain principle, soft law.*

Јелена ЛЕПЕТИЋ

асистент Правног факултета Универзитета у Београду

ПРАВО АКЦИОНАРА НА ПОСТАВЉАЊЕ ПИТАЊА*

Резиме

Право акционара на постављање питања је једно од права акционара на информисање. Иако сада у помоћна права, посебно је актуелно у контексту активизма и демократије акционара. Имајући у виду да је ово право акционара регулисано у српском праву, аутор анализира законска решења у погледу поступка постављања питања, а поштом и њихову садржину. Истакнути је значај овлашћења председника скупштине у контексту злоупотребе права од стране акционара, када се ради о процесним питањима. Значај појма и врста информација долази до изражаја у погледу садржине питања. Посебно је анализирана могућност ускраћивања одговора на питање акционара када се питање односи на пословну тајну или инсајдерске информације. На крају, указано је и на специфичности судске заштите у вези са давањем одговора који захтева саопштавање инсајдерске информације чије је објављивање одложено.

Кључне речи: права акционара, право на постављање питања, активизам акционара, пословна тајна, инсајдерска информација.

* Рад је настао у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске уније – правни, економски, политички и социолошки аспекти (2013)“.

I Увод

Уопштено говорећи, принцип јавности рада органа привредног друштва конкретизован је правом акционара на информисање, које се остварује на два начина: тражењем информација и увидом у књиге и документацију друштва, које се може назвати и правом на инспекцију.¹ Акционарима су неопходне информације да би одлучили како ће гласати на седници скупштине, од чега зависи степен успешности пословања друштва који подстиче или одвраћа инвеститоре од куповине хартија од вредности.

Према природи права које имају акционари, права акционара се могу поделити у четири категорије: 1) економска права, као права на основу којих акционари стичу профит, а то су право на дивиденду и право на продају акција, 2) управљачка права, као нпр. право на избор директора, 3) права на информисање и 4) права на судску заштиту.² Право на информисање уопште би се могло окарактерисати као помоћно право, јер је његова сврха да омогући акционарима да донесу одлуке које се тичу начина употребе управљачких или економских права, односно да ли желе и даље да буду у поседу акција или не, као и да одлуче на који начин ће гласати на седници скупштине.³

Право акционара на постављање питања спада у права акционара на информисање које се остварује тражењем информација. С обзиром на то да је неопходна активна радња акционара, о праву акционара на постављање питања посебно се говори у контексту активизма акционара. Активизам акционара обухвата радње којима мањински акционари утичу на одлуке које се доносе на седници скупштине или које доносе

1 Вид. Мирко Васиљевић, *Корпоративно управљање – њравни аспекти*, Београд, 2007, стр. 111 и Mathias M. Siems, *Convergence in Shareholder Law*, Cambridge, 2008, стр. 124.

2 Julian Velasco, „The Fundamental Rights of the Shareholder“, *University of California, Davis Law Review*, Vol. 40, No. 2/2006, стр. 413 и 417.

3 Вид. J. Velasco, *нав. чланак*, стр. 426. Подела се може извршити и на други начин, па се нпр. могу разликовати економска, односно финансијска права и права учествовања, при чему се права учествовања могу поделити на права информисања, права у вези са седницом скупштине (посебно право гласа) и права на судску заштиту. Тако Gregor Bachmann, „Strengthening Shareholders’ Rights: A Comment on the EU Action Plan“, *ERA Forum*, Vol. 6, No. 3/2005, стр. 354. У праву ЕУ у употреби је термин финансијска, а не економска права. Вид. Директиву Европске уније бр. 109/2004 о доступности података о издаваоцима чије се хартије од вредности званично котирају на берзи (Directive 2004/109/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 2004 on the harmonization of transparency requirements in relation to information about issuers whose securities are admitted to trading on a regulated market and amending Directive 2001/34/EC, *OJ L 390*, 38–57, 31.12.2004), чл. 17 ст. 2 тач. ц.

органи управљања друштва.⁴ Други појам, који се такође доводи у везу са овим питањем је демократија акционара, који није једноставно дефинисати, али се свакако заснива на принципу равноправности акционара.⁵ Под појмом демократије акционара подразумева се право гласа акционара и право на подношење деривативне тужбе.⁶ Демократија акционара се не може изједначити са демократијом у политичком систему управо због начела једнаког третмана акционара под истим околностима, као и фактичке неприменљивости демократије акционара у светлу могућности већинског акционара да управља друштвом на начин који жели под условом да не злоупотребава своја права.⁷

II Извори права

Право акционара да постави питање на седници скупштине није новина у српском праву.⁸ Настављајући традицију, важећи Закон о привредним друштвима детаљно регулише овај институт.⁹ Према српском

4 Вид. Casper Rose, „The new European shareholder rights directive: removing barriers and creating opportunities for more shareholder activism and democracy“, *Journal of Management & Governance*, Vol. 16, No. 2/2012, стр. 269–270.

5 Начело равноправности не значи апсолутну једнакост, већ се односи само на акционаре у истој ситуацији. Обавеза привредног друштва да обезбеди једнак третман акционара у погледу учествовања на седници скупштине и остварења права гласа прописана је у Директиви Европске уније бр. 36/2007 о вршењу одређених права акционара у котираним друштвима (Directive 2007/36/EC of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the exercise of the certain rights of shareholders in listed companies, *OJ L* 184, 14.7.2007, 17–24; даље у фуснотама: Директива о вршењу одређених права акционара), чл. 4.

6 Вид. Paul S. Miller, „Shareholder Rights: *Citizens United* and Delaware Corporate Law“, *Journal of Law and Politics*, Vol. 28, No. 1/2012, стр. 76.

7 Вид. C. Rose, *нав. чланак*, стр. 282.

8 Право акционара на постављање питање било је регулисано у Закону о привредним друштвима из 2004. године (*Службени гласник РС*, бр. 125/2004), чл. 275 ст. 2 и раније у Закону о предузећима из 1996, као и у Трговачком законнику из 1937. Детаљно о уређењу института права на постављање питања у Закону о предузећима и Трговачком законнику вид. Ивица Јанковец, „Пословна тајна у акционарским друштвима“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2004, стр. 48–50.

9 Закон о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 36/11 и 99/11; даље у фуснотама: ЗОПД). Право на постављање питања предвиђено је у чл. 328 ст. 2 тач. 2 ЗОПД, као право у вези са дневним редом скупштине и добијање одговора у складу са статутом и пословником скупштине, а даље је детаљно разрађено у чл. 342 и 343. Овај правни институт постоји и у другим правним системима, нпр. у немачком Закону о акцијама (*Aktiengesetz*, § 131 *Auskunftsrecht des Aktionärs*), затим као право на постављање питања у писаној форми у француском Трговачком законнику (*Code de Commerce*, Art. L. 225–108), док је у енглеском праву регулисано у Компанијском закону из 2006. године (*Companies Act*, art. 319A). И пре уношења

позитивном праву, право акционара на постављање питања спада у оквир права на учествовање у раду скупштине као део ширег скупа права акционара на информисање. Акти друштва су значајни за регулисање овог питања, јер Закон о привредним друштвима оставља могућност да се статутом и пословником уреди поступак за постављање питања. Претходно је од изузетног значаја за заштиту интереса друштва, али и спречавања злоупотребе права од стране акционара.

Право акционара на постављање питања одбору директора промовисано је у ОЕЦД Принципима корпоративног управљања из 2004. год. (први део, II, Ц, 2).¹⁰ У оквиру права Европске уније, право акционара да постави питање на седници скупштине у вези са дневним редом предвиђено је у чл. 9 Директиве Европске уније бр. 36/2007 о вршењу одређених права акционара у котираним друштвима. На државама чланицама је да одлуче како и када ће то право бити вршено, према рециталу 8 Директиве. Право на постављање питања односи се на компаније чије су акције котирају на берзи (енгл. *traded companies*).¹¹ Препорука Високе групе експерата за реформу компанијског права ЕУ из 2002. год. је да би котирана друштва требала да објаве на који начин акционари треба да поставе питања, и како и у којој мери ће компанија на њих одговорити.¹²

чл. 319А у Компанијски закон, чиме је имплементирана Директива о вршењу одређених права акционара у котираним друштвима, акционари су у пракси постављали питања током расправе нпр. о годишњим финансијским извештајима. Вид. Virginie Leroy, „Shareholder Rights in France and the UK in a European Perspective“, *European Business Law Review*, Vol. 18, No. 1/2007, стр. 216. С друге стране, у америчком праву не постоји одредба којом се акционару даје право на постављање питања, иако је у пракси уобичајено да се на питања постављена на седници скупштине одговори, јер би се у супротном радило о нестандартном понашању које би ради притиска у виду осуде јавности било промењено, с тим што не постоји јасан став о томе да ли неодговарање на питање током седнице значи и кршење права, као ни какве санкције би у том случају биле могуће. Вид. Arthur R. Pinto, „European Union’s Shareholder Voting Rights Directive from an American Perspective: Some Comparisons and Observations“, *Fordham International Law Journal*, Vol. 32, No. 2/2009, стр. 611–612.

10 *OECD Principles of Corporate Governance*, 2004, доступно на интернет адреси: <http://www.oecd.org/dataoecd/32/18/31557724.pdf>, 20.8.2011.

11 Ради се о компанијама чије се акције котирају на организованом тржишту (енгл. *regulated market*), које је дефинисано у Директиви бр. 39/2004 о тржиштима финансијских инструмената (Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on markets in financial instruments, *OJ L 145*, 30.4.2004, 1–44), чл. 4 EC.

12 Вид. Извештај Високе групе експерата за реформу компанијског права ЕУ, Брисел, 4. новембар 2002. год. (*Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe*), стр. 51–52.

III Појам

Према уобичајеној подели, права акционара могу бити индивидуална и колективна, у односу на то да ли је сврха предвиђеног права заштита мањинских или свих акционара, тј. у односу на одређење имаоца права.¹³ Према овој подели право акционара на постављање питања је индивидуално право. Имајући у виду да се као услов за остварење овог права не поставља поседовање одређеног процента капитала, оно је усмерено на заштиту свих акционара, тј. не представља инструмент заштите мањинских акционара, али ни заштиту акционара као члана групе или припадника одређене категорије, јер то право припада сваком акционару. Такође је важно напоменути да се колективна права, која су условљена поседовањем одређеног процента капитала, могу вршити индивидуално или колективно.¹⁴ С друге стране, право информисања може се поделити на индивидуално и колективно право, према одређењу адресата као органа или појединца, односно према томе да ли се информације упућују органу друштва или акционару појединцу. Тако нпр. подношење извештаја о пословању друштва спада у оквир колективног права на информисање, јер је адресат скупштина а не акционар као појединац, док је право на постављање питања индивидуално право јер је адресат акционар који је поставио питање.¹⁵ Индивидуално право акционара на информисање дефинисано према критеријуму адресата карактерише неопходност постојања захтева акционара, што није случај са колективним правом на информисање. Имајући у виду да се термин индивидуално право акционара може разумети на различите начине, чини се да је боље избегавати употребу тог термина и дефинисати право акционара на постављање питања као једно од права на информисање свих акционара неусловљено капитал цензусом које се остварује индивидуално.

Да би се ваљано анализирано право акционара на постављање питања мора се дати одговор на следећа питања: 1) ко има право на постављање питања, 2) коме, у којој форми и када се може поставити питање, 3) на шта се питање може односити, 4) када одговор акционару може бити ускраћен и 5) који су инструменти заштите тог права према

13 Felipe de Sola Canizares, „The Rights of Shareholders“, *International and Comparative Law Quarterly*, No. 4/1953, стр. 566 и 572.

14 Пример колективног права акционара, у поменом контексту, било би право на подношење деривативне тужбе чија је сврха заштита мањинских акционара, коју може остварити колективно група акционара или индивидуално само један акционар који испуњава услов капитал цензуса.

15 Вид. Зоран Арсић, „Право акционара на информисање“, *Правни живоић*, бр. 11/2010, стр. 110 и 114.

српском праву. Сва претходна питања представљају потенцијалне разлоге за ускраћивање одговора акционару. Члан управе има право да не одговори на постављено питање из процесних и материјалних разлога. Процесни разлози односе се на идентитет акционара, форму, место и време постављања питања, односно одговор би био ускраћен уколико је питање поставило неовлашћено лице, у форми другачијој од прописане, у месту и времену које није за то предвиђено, затим због неадекватног понашање акционара у контексту злоупотребе права, док се материјални односе на садржину питања, при чему у питања садржине спада и поновљено питање.¹⁶

IV Процесна питања

1. Вршилац права

Прво питање на које је потребно одговорити је које лице има право на постављање питања. Право акционара на постављање питања поседује сваки акционар који има право учешћа у раду скупштине.¹⁷ Питање се може поставити лично или преко пуномоћника за гласање, када се поставља усмено на седници скупштине.¹⁸ Законом је предвиђена могућност да се статутом утврди минималан број акција, не већи од 0,1% укупног броја акција одговарајуће класе, који акционар мора поседовати да би имао право да лично учествује у раду скупштине, чиме се индиректно ограничава и право на постављање питања.¹⁹ Уколико је статутом предвиђено да акционар који има мање од 0,1% укупног броја акција нема право личног учешћа у раду скупштине, он остаје и без права да лично постави питање. Претходно треба тумачити у складу са чл. 328, ст. 4 Закона о привредним друштвима, према коме се ограничења у вези са правом учешћа у раду скупштине могу предвидети статутом или пословником скупштине само ако имају за циљ да обезбеде ред на седници скупштине. Друштво са великим бројем акционара не мора искористити ову могућност, јер се алтернатива може пронаћи у регулисању овлашћења председника скупштине. Уколико друштво искористи поменути опцију, Закон предвиђа могућност да акционар који нема право личног учешћа на седници скупштине заједно са једним или

16 Вид. Christoph Van der Elst, „Question Time? The Shareholder’s Right to Ask Questions as Appropriate Stewardship Tool”, *Право и привреда*, бр. 4–6/2012, стр. 49–50.

17 ЗОПД, чл. 342 ст. 1 у вези са чл. 328 ст. 2 тач. 2.

18 Вид. Директиву о вршењу одређених права акционара, чл. 10. Вид. С. Rose, *нав. чланак*, стр. 278.

19 ЗОПД, чл. 328 ст. 3 и 4.

више акционара оствари то право преко заједничког пуномоћника.²⁰ Акционар који појединачно не испуњава овај услов у вези капитала и не учествује у раду скупштине преко заједничког пуномоћника није у могућности да постави питање.

Акционар је лице означено на списку утврђеном на дан акционара. Акционар који је отуђио акције након дана акционара има право учествовања у раду скупштине, па према томе и право на постављање питања, иако фактички више није акционар.²¹ Акционар са преференцијалним акцијама такође има право на постављање питања иако нема право гласа, јер је титулар права на учешће у раду скупштине.²² Акционар јавног друштва који је делимично уплатио акције не може остваривати право гласа на основу тих акција пре уплате или уношења улога у целости, док је опште правило да акционар може вршити права сразмерно уплаћеном или унетом улогу ако статутом није другачије одређено када се не ради о јавном друштву.²³ У том случају није предвиђена забрана учествовања у раду скупштине, коју иначе чине сви акционари, што значи да има право на постављање питања. Уколико се као сврха постављања питања узме омогућавање акционару да на основу адекватних информација донесе одлуку о томе како ће гласати, онда није оправдано дозволити акционару који нема право гласа да поставља питања. Имајући у виду решења нашег Закона, може се закључити да је право акционара на постављање питања предвиђено на значајно широј основи, односно да његова сврха превазилази поменути оквир. О томе сведоче следећа законска решења: право акционара са преференцијалним акцијама да постављају питања, право пуномоћника за гласање да постави питања у вези са тачкама дневног реда о којима се не гласа, јер према чл. 344, ст. 1 и 2 Закона о привредним друштвима, пуномоћник има иста права као и акционар када се ради о учествовању у раду скупштине које је шире право од права да гласа, право акционара са делимично уплаћеним акцијама да поставља питања и на крају право акционара са личним интересом у послу или правној радњи о чијем се одобравању одлучује да постави питање иако не може да гласа. Такво решење афирмише активизам акционара и представља савремене-

20 ЗОПД, чл. 328 ст. 4.

21 ЗОПД, чл. 331 ст. 3. Тако и З. Арсић, „Право акционара на информисање“, стр. 111.

22 ЗОПД, чл. 253 ст. 3. И према праву Европске уније, право акционара на постављање питања може имати и акционар са преференцијалним акцијама. Вид. Vanessa Knapp, „The Requirements of the Shareholder Rights Directive“, *ERA Forum*, Vol. 9, No. 3/2008, стр. 380. Вид. Директиву о вршењу одређених права акционара, рецитал 4 Преамбуле.

23 ЗОПД, чл. 252 ст. 2 и 3.

но решење. На тај начин, информације добијају и други акционари, пре свега они који имају право гласа, па се с те стране не може замерити широко постављеном оквиру овог права. С друге стране, не може се занемарити чињеница да акционар има право на судску заштиту услед ускраћивања одговора само када је по тачки дневног реда у вези са којом је постављено питање донета нека одлука. Уколико је било гласања, чак и онај акционар који је поставио питање а није имао право гласа има право на судску заштиту, али уколико није било гласања судска заштита није предвиђена. Кроз овај институт штити се и само друштво, јер се одговор мора дати сваком акционару уколико се доноси одлука, без обзира на ситуацију са његовим правом гласа поводом конкретне одлуке. Може се закључити да је сврха овог права да се донесе ваљана одлука на информисаној основи, а не само да се заштити активни акционар.

2. Форма, место и време постављања питања

Према форми постављања питања, питање се може поставити у писаној форми или усмено. Уколико је законом предвиђена само једна од две форме, непоступање у складу са прописима може бити разлог за ускраћивање одговора. Према времену постављања питања то може бити учињено пре седнице, тј. у писаној форми или на седници усмено. У српском праву не постоје ограничења у виду форме и времена постављања питања, али се прописује да одговор мора бити дат током седнице.²⁴ Питање се поставља директорима, односно члановима надзорног одбора уколико је друштво дводомно, јер су они у обавези да одговоре у име друштва.²⁵

Поступак за постављање питања може бити уређен да би се утврдио идентитет акционара, одржао ред на седници, омогућиле припреме за седницу и у циљу заштите пословне тајне и интереса друштва акција друштва, односно статутом или пословником скупштине. Друштву је препуштено да на аутономној основи дефинише поступак постављања питања, што значи и формалне разлоге за ускраћивање одговора.

3. Улога председника скупштине

Када се ради о одржавању реда током седнице и у ширем смислу могућности злоупотребе права од стране акционара, важна је улога председавајућег, односно председника скупштине. Закон о привредним

24 У француском праву питања се постављају у писаној форми унапред према члану Л 222–108 Трговачког законика. Питања се могу поставити и на самој седници, иако нису најављена. Вид. V. Leroу, *нав. чланак*, стр. 215.

25 ЗОПД, чл. 342 ст. 3.

друштвима не регулише права и обавезе председника скупштине, већ то препуштава вољи акционара. Овлашћења председника скупштине су од изузетног значаја за права акционара на постављање питања. Превелик број питања од стране једног акционара, посебно ако им је садржај исти може ометати нормално одвијање седнице скупштине. Улога председника скупштине се састоји у томе да спречи злоупотребу права од стране акционара.²⁶ Пословник скупштине је акт којим треба омогућити председнику скупштине да у циља одржавања реда ограничи право акционара на постављање већег броја питања, којим један исти акционар узурпира превише времена, или када поставља питање на које је одговор већ дат.²⁷ Злоупотребом права акционар угрожава интерес друштва, па су поменуте мере облици уважавања интереса друштва.²⁸

4. Веза са дневним редом

Позив за седницу скупштине садржи, између осталог, предлог дневног реда и обавештење о дану акционара које садржи и податке о правима на постављање питања.²⁹ Право акционара на постављање питања односи се не само на питања која су у директној вези са дневним редом, већ и на друга питања која се односе на друштво у мери у којој су одговори неопходни за правилну процену питања која се односе на дневни ред.³⁰ Дакле, веза са дневним редом је неопходна, било да је директна или индиректна. Директива о вршењу одређених права акционара у котираним друштвима као неопходан услов у вези права на постављање питања предвиђа везу са дневним редом.³¹ Интересантно је да услов који се односи на везу са дневним редом није био предвиђен у нацрту Директиве, већ је само било предвиђено да питање мора бити постављено усмено на седници, односно у писаној или електронској

26 Дилема да ли председавајући може ограничити право акционара на постављање питања, као што је то случај и са правом да говори, решена је изменама и допунама немачког Закона 2005. године, па се од тада може ограничити право акционара на постављање питања и говора на седници скупштине од стране председавајућег када има такво овлашћење на основу на аката друштва. Mischael Arnold, Andreas Wölflle, „Defining the rights of shareholders“, *International Financial Law review*, Vol. 25, No. 5/2006, стр. 26. Вид. немачки Закон о акцијама, чл. 131 ст. 2.

27 Вид. Јакша Барбић, *Право друштва – друштва калифијала*, Загреб, 2007, стр. 368.

28 Значај интереса друштва наглашава и Maurice Cozian, Alain Viandier, Florence Deboissy, *Droit des sociétés*, Paris, 2005, стр. 288.

29 ЗОПД, чл. 335 ст. 1 тач. 3 и 7 и ст. 2 тач. 1. Друштво не мора у позиву навести ово обавештење, ако у њему назначи интернет странице са којих се подаци, односно документи могу преузети. Вид. ЗОПД, чл. 335 ст. 7.

30 ЗОПД, чл. 342 ст. 1.

31 Вид. Директиву, чл. 9 ст. 1.

форми пре седнице скупштине.³² Због опасности да би компанија могла бити затрпана разноразним питањима на које би морала одговорити, у финалној верзији нашао се услов везе са дневним редом. На тај начин се и временски ограничава могућност постављања питања, јер се дневни ред акционарима доставља у законом предвиђеном времену пре дана одржавања седнице. Дакле, да би услов испунили, акционари морају бити упознати са дневним редом. Рок за објављивање позива за седницу скупштине је према Директиви о вршењу права акционара најкасније 21 дан пре одржавања седнице.³³ Закон о привредним друштвима прописује да се позив за редовну седницу скупштине упућује, односно објављује акционарима најкасније 30 дана пре дана одржавања, док је тај рок 21 дан када се ради о ванредној седници.³⁴ Дужи временски период између дана објављивања позива, односно заказивања седнице и достављања дневног реда погодује акционарима у контексту анализе тачака дневног реда и припреме за постављање питања. Постављање питања које није везано за дневни ред спадало би у процесне разлоге за ускраћивање одговора акционару.³⁵

Даље се може анализирати да ли постоји обавеза да се одговори на питање које испуњава услов везе са дневним редом, али које се поставља у оквиру тачке по којој се не гласа о предлогу одлуке. Према Закону о привредним друштвима може се поставити питање по тачки у оквиру које се не доноси одлука, односно Закон није ограничио постављање питања само на она у оквиру тачки дневног реда по којима се гласа о предложеним одлукама.³⁶ С друге стране, Закон не предвиђа механизам судске заштите у том случају, о чему ће више бити речи касније. Уколико би се прихватило тумачење да акционар нема право да постави питање по тачкама у оквиру којих се не гласа, такав став би имао последице у случају гласања акционара преко пуномоћника, јер пуномоћник не може имати више права од самог акционара, па ни он не би могао поставити таква питања. Такође, на основу језичког тумачења може се тврдити да је пуномоћје дато само за гласање без обзира на то да ли акционар може поставити питања по свим тачкама дневног реда или само

32 Вид. С. Rose, *нав. чланак*, стр. 279.

33 Директива, чл. 5 (1). Детаљно о роковима за сазивање седнице вид. Вук Радовић, „Информисање акционара пре седнице скупштине акционарског друштва“, *Правни животи*, бр. 11/2010, стр. 118–127.

34 ЗОПД, чл. 365 ст. 2 и чл. 373. О могућности и обавези објављивања вид. чл. 335 ст. 3–13.

35 Најлибералније у погледу везе са дневним редом је француско право, јер се у чл. Л 225–108 таква веза не помиње.

36 Исти је случај и у Директиви о вршењу одређених права акционара у котираним друштвима, чл. 9 (1).

оних по којима се доносе одлуке, па се не може проширити на вршење других права.³⁷ Пуномоћје за гласање према нашем праву односи се на право пуномоћника на учествовање у раду скупштине, које као шире право укључује и право пуномоћника да гласа у име акционара, па се може закључити да такво пуномоћје обухвата и право на постављање питања, тј. да пуномоћник има иста права као и акционар када се ради о учествовање на скупштини.³⁸

V Материјална питања

1. Предмет питања

Информација коју акционар може тражити у форми питања односи се на друштво, тј. у вези је са пословањем друштва које обухвата предузимање различитих активности.³⁹ Информација се може односити и на пословање повезаних друштава. Акционари могу доћи до информација на два начина: први, да чекају да компанија објави информацију и други да траже информацију од компаније.⁴⁰ Неспорно је да су информације централни појам института објављивања, али се мора истаћи значај информација и у институту права на постављања питања, јер се одговор састоји у пружању информација. Појам и врсте информација као садржине одговора добијају посебно на значају у контексту права акционара на постављање питања у јавним друштвима. С тим у вези, потребно је указати на могућност да се питање односи на поверљиве информације, тј. пословну тајну када је у интересу друштва да одговор акционару буде ускраћен, али и да се питање може односити на инсајдерску информацију када се мора водити рачуна о забрани селективног откривања инсајдерских информација. С једне стране, ради се о праву акционара и обавези друштва у оквиру компанијског права, док се с друге стране мора водити рачуна о институтима у

37 Тако Зоран Арсић, „Право акционара на постављање питања“, у: Мирко Васиљевић, Вук Радовић (ур.), *Корпоративно управљање – дрући део*, Београд, 2009, стр. 13.

38 ЗОПД, чл. 344 ст. 1 и 2.

39 У немачком праву, у предмет питања на која се овај институт односи, не спадају она у вези са надзорним одбором, тј. интерним стварима, као ни његовим члановима, при чему ни лица која имају надзор немају права из тог конкретног института, када до информација могу доћи на друге прописане начине. Frank Wooldridge, „The rights of shareholder in a German public company to information“, *The Company Lawyer*, Vol. 33, No. 1/2012, стр. 21.

40 Акционари који не траже информацију, могу се назвати пасивним, насупрот оних који је захтевају, те их можемо назвати активним. Тако Petri Mäntysaari, *Comparative Corporate Governance – Shareholder as a Rule-maker*, Berlin, Heidelberg, 2005, стр. 152.

вези са инсајдерским информацијама, тј. објављивању инсајдерских информација које се односе непосредно на издаваоца као обавези јавног друштва и њиховој злоупотреби у оквиру права тржишта капитала.⁴¹

Према српском праву, директори или чланови надзорног одбора могу да ускрате одговор акционару у следећим случајевима: када би се разумно могло закључити да би на такав начин била нанета штета друштву или са њиме повезаном друштву (што је изузетно широка формулација), када би на тај начин било извршено кривично дело и када је информација доступна на интернет страници друштва најмање седам дана пре одржавања седнице. Друштво може статутом или пословником прецизније уредити материјалне разлоге за ускраћивање одговора који се односе на заштиту пословних интереса и информацијама које представљају пословну тајну чијим би откривањем настала штета за друштво или са њиме повезаном лицу, али само у оквиру разлога предвиђених законом.⁴² Материјални разлог за ускраћивање одговора према садржини питања односи се на врсту тражене информације, као и на случај поновљених питања.⁴³ Уколико је постављено више питања чија је садржина иста, може бити дат само један одговор.

2. Пословна тајна

У Директиви о правима акционара као и у енглеском праву помиње се поверљивост, односно поверљива информација, што одговара појму пословне тајне из нашег Закона, као разлог за ускраћивање одговора на питање акционара. Према српском праву пословна тајна није предвиђена као посебан разлог за ускраћивање одговора, већ је само остављена могућност да друштво уреди поступак за постављање питања ради заштите пословне тајне. Према Закону о привредним друштвима пословна тајна је податак који има или може имати економску вредност, који није опште познат нити лако доступан трећим лицима, која би његовим коришћењем или саопштавањем могла остварити корист, при чему би саопштавање могло нанети штету друштву и

41 О инсајдерским информацијама у контексту института објављивања и института злоупотребе инсајдерских информација вид. Jelena Lepetić, „Public Disclosure of Inside Information“, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review*, No. 3/2012, стр. 205–206.

42 Према Директиви о вршењу одређених права акционара, чл. 9 ст. 2, право на постављање питања подлеже мерама које државе чланице могу предузети или препустити компанијама да предузму, а којима ће се омогућити идентификација акционара, обезбедити нормално одвијање седнице скупштине и њене припреме, заштита поверљивости и пословних интереса компаније.

43 Разлози за ускраћивање одговора у немачком праву су бројнији (укључују, између осталог, питања у вези пореских давања или висини пореза). Вид. чл. 131 ст. 3 Закона о акцијама.

који је заштићен од стране друштва одговарајћим мерама.⁴⁴ Пословна тајна је и податак који је другим законом или актом друштва означен као такав, при чему се не могу одредити као пословна тајна сви подаци о пословању друштва.⁴⁵ Директори и чланови надзорног одбора имају дужност чувања пословне тајне, али се неће сматрати повредом дужности уколико је такво саопштавање обавеза прописана законом или је то неопходно ради обављања послова или заштите интереса друштва или је то учињено да би се указало на постојање дела кажњивог законом надлежним органима или јавности.⁴⁶ Такође је потребно напоменути да је предвиђена и кривична одговорност за неовлашћено саопштавање пословне тајне.⁴⁷ Разлог за ускраћивање одговора уколико се питање односи на пословну тајну је могућност настанка штете за друштво. С обзиром на то да је услов који информација мора испунити да би била пословна тајна могућност настанка штете за друштво саопштавањем те информације трећем лицу, одговор је потребно ускратити из тог разлога.

3. Инсајдерске информације

Институт објављивања инсајдерских информација, као и институт злоупотребе инсајдерских информација у делу који се односи на забрану селективног откривања може се довести у везу са правом акционара на постављање питања уколико се питање односи на инсајдерску информацију, тј. када би се давањем одговора открила инсајдерска информација, али и са институтом објављивања инсајдерских информација у контексту одлагања објављивања.⁴⁸ Инсајдерска информација је према Закону о тржишту капитала информација о тачно одређеним необјављеним чињеницама које се директно или индиректно односе на једног или више издаваоца или на један или више финансијских инструмената, а које би да су јавно објављене вероватно имале значајан утицај на цену тих финансијских инструмената или на цену изведених финансијских инструмената.⁴⁹ Није тешко замислити ситуацију да ак-

44 ЗОПД, чл. 72 ст. 3. Према Закону о о заштити пословне тајне (*Службени гласник РС*, бр. 72/2011), чл. 4 ст. 1, појам пословне тајне је ужи од оног у ЗОПД-у, јер према Закону о пословној тајни информација која је означена као пословна тајна мора имати економску вредност.

45 ЗОПД, чл. 72 ст. 4 и 5.

46 ЗОПД, чл. 72 ст. 1 и 73.

47 Одавање пословне тајне је кривично дело. Вид. Кривични законик (*Службени гласник РС*, бр. 85/05, 72/09, 111/09 и 121/12), чл. 240.

48 Слично Р. Mäntysaari, *нав. дело*, стр. 315.

49 Закон о тржишту капитала (*Службени гласник РС*, бр. 31/11; даље у фуснотама: ЗОТК), чл. 2 ст. 46 и чл. 75 ст. 1.

ционар постави питање на седници скупштине да ли су у току преговори са неком компанијом, а да је то у вези са дневним редом на седници, јер се расправља о нпр. тешкој финансијској ситуацији, при чему се ради о јавном друштву на које се информација непосредно односи, а да инсајдерска информација о вођењу преговора још није објављена, јер су испуњени услови за одлагање објављивања. Лицима која су чланови управних или надзорних одбора забрањено је да откривају или чине доступним инсајдерске информације другом лицу, осим када до тога дође у оквиру редовног пословања, односно приликом обављања професије или вршења дужности.⁵⁰ Забрана селективног откривања инсајдерске информације не би постојала у овом случају, јер се ради о извршењу обавезе члана управе, који је дужан да одговори на питање.⁵¹ Пошто је дужност давања одговора предвиђена Законом о привредним друштвима, такво откривање би било дозвољено, дакле не би се радило о кривичном делу коришћења, откривања и препоручивања инсајдерских информација из чл. 282 Закона о тржишту капитала, јер не постоји намера директора или члана надзорног одбора да себи или другом оствари имовинску корист или нанесе штету другим лицима. Дакле, уколико се ради о инсајдерској информацији, релевантна опција за ускраћивање одговора не би била у вези са чињењем кривичног дела, него у вези са могућношћу наношења штете друштву давањем одговора. С друге стране, друштво може одложити објављивање информације уколико би објављивање нарушило његове оправдане интересе ако су испуњени и други законски услови, с тим да уколико открије информацију неком лицу мора је одмах објавити.⁵² Произилази да се одговор може ускратити једино када би на тај начин била откривена инсајдерска информација која се односи непосредно на друштво, а да постоји оправдан интерес да се објављивање те информације одложи. Да закључимо, само друштво ће у овом случају одлучити да ли постоји оправдан интерес да се ускрати одговор акционару, јер би на тај начин била нанета штета друштву.

Уколико би одговор акционару ипак био дат, морало би одмах уследити јавно објављивање инсајдерске информације, при чему треба имати у виду да је у Закону о тржишту капитала употребљен израз истовремено, јер је одавање информације намерно у овом случају, односно без одлагања ако је ненамерно.⁵³ Истовремено јавно објављивање које превазилази оквире седнице скупштине није могуће у буквалном смислу јер се ради о усменом одговору на седници скупштине који тек након завршетка могу бити објављени. Тешко је замислити ситуацију

50 ЗОТК, чл. 77 ст. 1.

51 Ради се о изузетку предвиђеном у чл. 77 ст. 1 ЗОТК.

52 О условима за одлагање објављивања вид. ЗОТК, чл. 81.

53 ЗОТК, чл. 82.

у којој лице које делује у име и за рачун издаваоца уопште може истовремено открити инсајдерску информацију трећој страни приликом вршења дужности и објавити је. Стога би требало променити израз истовремено речима одмах након откривања или без одлагања и када се ради о намерном откривању. Дакле, обавеза давања одговора када се питање односи на инсајдерску информацију у принципу постоји. Из претходног се може закључити да правила објављивања инсајдерских информација у оквиру права тржишта капитала могу имати значајан утицај на институт права акционара на постављање питања у оквиру компанијског права.⁵⁴

4. Различит третман у односу на врсту информације

Не може саставити знак једнакости између инсајдерске информација и пословне тајне, како у погледу појма тако ни у третману приликом давања одговора на питање акционара који захтева саопштавање ових информација.⁵⁵ Да би нека информација била пословна тајна, мора бити испуњен формални услов означања информације као пословне тајне актима друштва, који не постоји у случају инсајдерске информације. Саопштавање пословне тајне подразумева негативне ефекте по друштво, док објављивање инсајдерске информације може имати позитивне или негативне ефекте по друштво. Сврха института дужности чувања пословне тајне је заштита друштва, док је сврха института чији је централни појам инсајдерска информација заштита инвеститора. С једне стране, постоји забрана објављивања пословне тајне, односно дужност чувања пословне тајне, док с друге стране постоји обавеза објављивања инсајдерске информације за јавна друштва. Уколико одговор на питање акционара захтева саопштавање послове тајне, директор или члан надзорног одбора је дужан да ускрати одговор, док у ситуацији када одговор захтева саопштавање инсајдерске информације, обавеза давања одговора постоји, али одговор може бити ускраћен уколико су испуњени услови за одлагање објављивања инсајдерске информације.

54 Исајдерске информације су од значаја и за комуникацију управног и надзорног одбора, затим приликом комуникације повезаних привредних друштва итд. Вид. Heinz-Dieter Assmann, „The Impact of Insider Trading Rules on Company Law“, у: Klaus J. Hopt, Eddy Wymeersch (eds.), *Capital Markets and Company Law*, Oxford, New York, 2003, стр 535–539.

55 Вид. Едита Чулиновић-Херц, „Злоупорабе на тржишту вриједносних папира“, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, бр. 2/2004, стр. 757, фн. 33.

VI Судска заштита

Судска заштита се предвиђа само за питања у вези са тачком дневног реда по којој је донета одлука скупштине.⁵⁶ Акционар коме је ускраћено право на одговор у вези са тачком по којој је донета одлука има право да захтева од суда у ванпарничном поступку да наложи друштву да достави одговор акционару у року од 8 дана.⁵⁷ Уколико суд одлучи да се акционару мора дати одговор, свакако да није потребно сазивати скупштину, већ се обавештење даје у форми редовне објаве.⁵⁸ Уколико акционар изгуби тај статус након подношења захтева, право на захтев суду да обавезе друштво да му се одговори на питање престаје и не прелази на стицаоца акција које су раније биле у поседу подносиоца захтева.⁵⁹ Неоправдано ускраћивање одговора акционару од стране управе доводи до одговорности управе према том акционару ако је претрпео штету, али и према друштву ако је оно претрпело штету (нпр. судски трошкови јер се захтев подноси против друштва).⁶⁰ Да закључимо, иако постоји обавеза давања одговора по било којој тачки дневног реда, акционар неће бити у могућности да оствари своје право судским путем уколико се ради о тачки дневног реда у оквиру које се не доноси одлука. На тај начин, сужава се широко предвиђењо право акционара са аспекта заштите. Акционару преостаје да поднесе тужбени захтев против директора и друштва за накнаду штете која му је причињена ускраћивањем одговора. Стога, посматрано са аспекта судске заштите право на постављање питања је ипак уско постављено са сврхом да акционарима омогући да гласају на основу релевантних информација.

Са истог аспекта, посебно је значајна ситуација када се постављено питање односи на инсајдерску информацију чије је објављивање одложено, уколико се акционар обрати суду са захтевом да наложи друштву да му достави одговор. Суд ће се наћи у ситуацији да у ванпарничном поступку одлучује да ли треба одмах објавити инсајдерску информацију, тј. да ли је оправдано одлагање, односно да ли би објављивањем била нанета штета друштву, јер би давање налога друштву да достави одговор акционару довело до објављивања инсајдерске информације. Из разлога што акционар има 8 дана да искористи своје право од дана одржавања седнице, а друштво да по налогу суда достави одговор у року од 8 дана, може се десити нпр. да се преговори окончају, и да више нема разлога

56 ЗОПД, чл. 343 ст. 1.

57 ЗОПД, чл. 343 ст. 1 и 2.

58 Ј. Барбић, *нав. дело*, стр. 369.

59 *Ibid.*

60 *Ibid.*, стр. 370.

да се информација јавно не објави.⁶¹ Из тог разлога, боље је ограничити право издаваоца на одлагање објављивања инсајдерске информације, у смислу предвиђања давања дозволе од надлежног органа, тј. Комисије за хартије од вредности. Суд би тада донео одлуку у ванпарничном поступку брже и лакше, јер би део посла обавила Комисија, што улогу суда не би обесмислило, већ напротив олакшало и приближило потребама пословне праксе.

VII Закључак

Право акционара на постављање питања је једно од права акционара на информисање која се генерално сматрају помоћним правима. Сврха овог права је да омогући акционарима да дођу до информација на основу којих ће одлучити како да гласају на седници скупштине, тј. да ваљано користе управљачка и имовинска права. С обзиром на то да је неопходна активна радња акционара у виду тражења информације у форми питања, право акционара на постављање питања доводи се у везу са активизмом акционара који обухвата радње којима мањински акционари утичу на одлуке које се доносе на седници скупштине или које доносе органи управљања друштва. Чињеница да се ради о праву које није условљено капитал цензусом и које омогућава акционарима да на информисаној основи користе право гласа, што се доводи у везу са једнаким третманом акционара, довела је до употребе термина демократија акционара. Право акционара на постављање питања поседује сваки акционар који има право учешћа у раду скупштине које се остварује лично или преко пуномоћника.

Право на постављање питања је предвиђено доста широко у нашем праву. На основу законских норми може се закључити да је сврха овог права шира од омогућавања акционару, који има право гласа, да добије информације на основу којих ће одлучити како да гласа. Томе у прилог говоре следећа решења: право акционара и пуномоћника за гласање да постави питање у вези са тачком дневног реда по којој се не гласа и не доноси одлука, право акционара са преференцијалним акцијама да постави питање, право акционара са делимично уплаћеним акцијама да постави питање и на крају право акционара са личним интересом у послу о чијем се одобравању одлучује да постави питање иако

61 Рок за подношење захтева је у немачком праву две недеље од дана одбијања давања одговора на седници скупштине. Услови за поношење захтева су исти: да је акционару ускраћен одговор, да је усвојена одлука по том питању, да је акционар изразио своје противљење што је унето у записник. Вид. Закона о акцијама, чл. 132 ст. 2.

не може да гласа. Такво решење је савремено, јер афирмише активизам акционара.

На постављено питање, члан управе има право да не одговори из процесних и материјалних разлога, чија је сврха заштита интереса друштва. У процесне разлоге спадају утврђивање идентитета акционара, форма, место и време постављања питања, док се материјални односе на садржину питања. Друштва би требала да својим актима предвиде релативно широка овлашћења председнику скупштине што ће омогућити нормално одвијање и одржавање реда на седници скупштине у случају злоупотребе права на постављање питања. Питање мора бити у вези с дневним редом и може се поставити у вези тачке дневног реда по којој се не доноси одлука, иако у том случају не постоји судска заштита, што је чини се целисходније решење. На тај начин избегава се оптерећеност суда и ослања на моралну санкцију. Осуда јавности је довољан гарант да ће директор или члан надзорног одбора дати одговор акционару и када не постоји могућност судске заштите у државама са дугом компанијскоправном традицијом.

Одговор се може ускратити посебно из разлога да би се заштитило привредно друштво. Закони помињу најчешће пословну тајну као разлог за ускраћивање одговора. Када се ради о врстама информација као материјалним ралозима за ускраћивање одговора, посебно је интересантна ситуација када одговор на постављено питање захтева саопштавање инсајдерске информације чије је објављивање одложено. Не може се ставити знак једнакости између инсајдерске информације и пословне тајне како у погледу појма, тако ни у погледу постојања обавезе давања или ускраћивања одговора на питање акционара који захтева саопштавање ових информација. У случају пословне тајне, директор или члан надзорног одбора је дужан да ускрати одговор, док у ситуацији када одговор захтева саопштавање инсајдерске информације, обавеза давања одговора у принципу постоји, али одговор може бити ускраћен уколико су испуњени услови за одлагање објављивања инсајдерске информације. Сврха усклађивања одговора акционару је да се избегне доношење штете друштву, па је на тај начин интерес друштва, који је посредно и интерес акционара, стављен у први план.

Акционар коме је одговор на постављено питање ускраћен има право на судску заштиту. Уколико се акционар обрати суду из разлога што му на питање није дат одговор јер би у супротном дошло до саопштавања инсајдерске информације, суд би се у ванпарничном поступку нашао у ситуацији да одлучује да ли је одлагање објављивања инсајдерске информације оправдано или не. Стога је боље ограничити право издаваоца на одлагање објављивања инсајдерске информације, у

смислу предвиђања давања дозволе од надлежног органа. Суд би тада донео одлуку у ванпарничном поступку брже и лакше, јер би део посла обавила Комисија за хартије од вредности. На тај начин, улога суда не би била обесмишљена, већ напротив олакшана и у складу са потребама пословне праксе. Коначно, само постојање везе између института објављивања инсајдерских информација и обавезе давања одговора, тј. права акционара на постављање питања, указује на чињеницу да је веза између компанијског права и права тржишта капитала нераскидива.

Jelena LEPETIĆ

Junior Faculty Member at the Faculty of Law University of Belgrade

SHAREHOLDER'S RIGHT TO ASK QUESTIONS

Summary

Shareholder's right to ask questions is one of the shareholders' information rights. In spite of the fact that it is an ancillary right, it is a particularly debated issue in the context of shareholder activism and democracy. Considering that Serbian law contains provisions on the shareholder's right to ask question, the author analyzes legal rules concerning the procedure of asking questions and afterwards their content. The importance of the chairman's powers concerning the abuse of shareholder's right in the matter of procedural issues is emphasized. The notion and the type of information are very important in regard to the content of the question. The author particularly examines the possibility of refraining from giving an answer if the question is related to the confidential or inside information. At the end, the author points to the specificity of the court protection in regard to providing the answer which includes disclosing of inside information when the disclosure is delayed.

Key words: *shareholders' rights, right to ask question, shareholder activism, confidential information, inside information.*

Марко РАДОВИЋ
студент докторских студија Правног факултета Универзитета
у Београду

РАД И УСЛУГЕ КАО УЛОГ У ОСНОВНИ КАПИТАЛ ПРИВРЕДНОГ ДРУШТВА

Резиме

Зарад доследности у остварењу начела очувања вредности основној књижици привредног друштва и немогућности заобилажења правила о минималном основном књижици, Друга директива ЕУ не дозвољава да улог у основни књижици акционарској друштва чине обавеза вршења одређеног рада или уручања одређених услуга (позв. улоги у раду и услугама).¹ Ни изменама Друже директиве ЕУ се није отишло корак даље.² Но, како је у јосиндустријском друштву темељни привредни однос јосицао везан за уручање услуга, а не за производњу и промет робе, све су јосицинија схваћања да треба дозволити улоге у вршењу одређеног рада и уручању одређених услуга чак и у акционарским друштвима.

*Имајући у виду да друже форме привредних друштва карактерише јосициство елементарна „*intuitu personae*“, јоси би требало да књижање улога у раду и услугама не буде јосицимет сјора. Међујосицим, у нашем јосицицивном*

1 Second Council Directive 77/91/EEC of 13. December 1976 on co-ordination of safeguards which, for the protection of the interests of member and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, in the respect of the formation of public limited liability companies and the maintenance and alternation of their capital, with a view to making such safeguards equivalent, *Official Journal* L 026 од 31.1.1977. године.

2 Directive 2006/68/EC of the European Parliament and of the Council of 6 September 2006 amending Council Directive 77/91/EEC as regards the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, *Official Journal* L 264 од 25.9.2006. године.

йраву шо није случај, обзиром да је само оршацима и комйлементарима дозвољено да им неновчани улої у основни кайиштал йривредної друшйва буде и у раду и услуїама.

Ошуда ће у овом раду, йоред йокушаја дефинисања улоїа у раду и услуїама, биши указано на разлоїе ойравданосйи йошребе да ови улози ваљају чинйиши основни кайиштал свих друшйвава која каракйерише йрисусйиво елеменайша „*intuitu personae*“, а у йерсйекйиви и акционерских друшйвава.

Кључне речи: основни кайиштал, улої, вршење рада, йружање услуїа.

I Уводне напомене

Привредно друштво, као правни субјект, представља институционално јединство материјалног (имовина) и персоналног (оснивачи, запослени и управа) супстрата.³ Једино кроз ово јединство оно може остварити основне циљеве свог постојања, стицање добити и уштеду трошкова. Отуда је потребно да поред воље да се оснивачи друштва удруже, изузев ако је у питању једночлано друштво, и да се на основу одређених улога оформи имовина друштва. Заузврат, оснивачи по основу унетог улога стичу чланска права у друштву. Тако се у теорији привредног права искристалисала дефиниција улога по којој се он поима као ствар, право или новац (за одређена друштва и обавеза извршења одређеног рада и пружања одређених услуга), за које оснивач преузима обавезу да их стави на располагање привредном друштву које се оснива у циљу обављања неке привредне делатности.⁴ Новчана вредност уписаних улога чини основни (регистровани) капитал друштва. Правило о одржавању вредности основног капитала и правило о реалности основног капитала чине темељ на коме је „сазидано“ компанијско право највећег броја држава данашњице, укључујући и право Европске уније.⁵ Иако је Друга директива ЕУ прописала обавезујуће норме о одрживости минималног основног капитала само у односу на акционарска друштва, велики број земаља ЕУ је ова правила проширио и на друге форме друштва, а нарочито на друштва са ограниченом одговорношћу. Међутим, пракса је показала да концепт одрживости основног капитала, као одговор на ограничену одговорност чланова код друштава капита-

3 М. Васиљевић, *Компанијско йраво (Йраво йривредних друшйвава)*, Правни факултет Универзитета у Београду, 6. издање, Београд, 2011, стр. 65.

4 Види: М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 60.

5 В. Радовић, „Измене Друге директиве ЕУ и могући правци будућег развоја“, *Йраво и йривреда*, бр. 5–8/2007, стр. 182.

ла, није испунио у довољној мери основни циљ због којег је установљен, а то је заштита интереса поверилаца друштва.⁶ Све су чешће критике упућене на рачун неповредивости минималног основног капитала, уз тврдње да он представља само „привид сигурности“ поверилаца.⁷

То је и разлог да се у многим националним правима код друштва са ограниченом одговорношћу крене у правцу смањења основног капитала, па чак и његовог укидања, а чије кораке следи и наше позитивно право.⁸ Код акционарских друштава, нарочито отворених, по овом питању приступило се знатно опрезније. То потврђује и чињеница да се у изменама Друге директиве ЕУ није поставило питање умањења основног капитала ових друштава.⁹ Али, с друге стране се никако не може занемарити чињеница да се у савременом корпоративном управљању све чешће трага за алтернативним начинима заштите поверилаца.¹⁰

Тенденције развоја компанијског права у смеру умањења значаја неповредивости основног капитала чак и у акционарским друштвима и трагања за другим видовима заштите поверилаца и акционара, отварају

- 6 Сама чињеница да степен намирења поверилаца у стечајном поступку износи у просеку око 25–30% у Републици Србији, око 30–35% у земљама у окружењу (Румунија, Бугарска, Хрватска), па чак и око 53% СР Немачкој, указује на недовољност постојања минималног основног капитала привредних друштава као гаранта намирења потраживања поверилаца, чак и поред неспорне околности да основни капитал не чини једини извор намирења. О степену намирења поверилаца у стечајном поступку видети више код: Г. Ајншпилер-Поповић, „Коментар новог Закона о стечају“, *Приручник*, доступно на адреси: www.bs.scrib.com, стр. 4; Б. Радуловић, „Емпиријска анализа банкрутства у Републици Србији“, у: В. Радовић (ур.), *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске Уније – 2011*, стр. 146.
- 7 Hylde Boschma, Loes Lennarts, Hanny Schutte-Veenstra, „The Reform of Dutch Private Company Law: New Rules for the Protection of Creditors“, *European Business Organization Law Review*, бр. 8/2007, стр. 573, доступно на адреси: www.cambridge.org.
- 8 Насупрот раније важећем Закону о привредним друштвима (*Сл. гласник РС*, бр. 125/04) који је у чл. 112 ст. 1, прописивао да новчани део основног капитала друштва са ограниченом одговорношћу на дан уплате износи најмање 500,00 (пет стотина) евра у динарској противвредности по средњем курсу, од чега се најмање половина упућује на привремени рачун до регистрације друштва, а остатак се уплаћује на рачун друштва у року од две године од дана регистрације, доношењем новог Закона о привредним друштвима (*Сл. гласник РС*, бр. 36/2011 и 99/2011) прописано је у чл. 145 да основни капитал друштва износи најмање 100 динара, осим ако је посебним законом предвиђен већи износ основног капитала за друштва која обављају одређене делатности.
- 9 Највеће заслуге за опстанак правила неповредивости основног капитала код отворених привредних друштава припадају Немачкој. Више о томе видети: В. Радовић, *нав. чланак*, стр. 195.
- 10 Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe од 4.11.2002. године, стр. 87–88.

питање да ли треба дозволити оснивачке улоге у раду и услугама у свим формама привредних друштава. При одговору на ово питање треба свакако бити опрезнији у случају акционарских друштава, док код других форми се може очекивати либералнији приступ. Ово нарочито из разлога што са једне стране значај услуга у савременом пословању постаје доминантан, док је са друге стране понекад тешко разлучити улог у раду и услугама од улога у натури.

II Улог у раду

Код улога у раду се подразумева да је рад који је члан друштва дужан да уради по својој природи материјални (фактички), а не правни посао.¹¹ Ту је реч о изради или оправци одређене ствари, извршењу неког физичког или интелектуалног рада и сл. Оквир ових послова је широк, обзиром да обухвата не само физички већ и интелектуални рад (наравно, све у складу са потребама друштва). Заузврат, улагач стиче одређена чланска права у друштву. При том, уговорени рад не сме бити противан принудним прописима, јавном поретку и добрим обичајима.¹²

Уколико се ближе сагледају радње које је код улога у раду потребно извршити, видљиво је да овај теретни посао има изражене сличности са уговором о делу.¹³ Међутим, код улога у раду се рад искључиво посматра кроз вредност која се може новчано изразити и послужити остваривању основних циљева привредног друштва, а с друге стране и евентуалној заштити поверилаца. Оквири уговора о делу, као општег појма, су знатно шири. Предмет уговора о делу може чинити не само обавеза да се одређени посао изврши, већ и обавеза да се уговорени посао само врши. То се може десити у случају када је обавеза посленика, по својој природи, обавеза средства, а не обавеза циља.¹⁴ Отуда ће се код уговора о делу сматрати да је посленик извршио обавезу уколико је нпр. ископао бунар и поред тога што није нашао воду, наравно уколико

11 Да обавеза предузимања правних послова, по природи ствари, не представља предмет улога о раду закључује се из чињенице да предузимање правних послова спада у надлежност одређених органа друштва. Чак и уколико би надлежни орган пренео овлашћење за вршење правних послова своје члану, тада би било речи о пуномоћству, односно вршењу послова у своје име а у корист властодавца.

12 М. Мијачић, *Облигациони уговори*, 2. издање, 1990, стр. 126.

13 Види чл. 600 Закона о облигационим односима (*Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, и 59/89 и *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93 – даље у фуснотама: ЗОО). Овде, међутим, треба истаћи да се уговор о делу посматра у ширем смислу, при чему се истовремено обухватају и уговори о делу који у савременом праву имају своју посебност тако да чине посебне именоване уговоре облигационог права, попут уговора о грађењу, о превозу, о ускладиштењу итд.

14 В. Благојевић, *Посебни део облигационог права*, Београд, 1939, стр. 167.

је циљ уговора био да посленик ископа бунар, а не да пронађе воду. С друге стране, код улога у раду се подразумева искључиво обавеза циља, јер би омогућавањем улога у раду који не коинцидира одређеном резултату могао послужити злоупотреби привредног друштва и његових поверилаца. Ископани бунар без воде не би био ни од какве користи привредном друштву, али уложени рад у копање бунара за који се испостави да има воду, био би од изузетне користи привредном друштву које се бави нпр. производњом пољопривредних производа. Зато улог у раду може представљати само резултат рада одређеног квалитета, а који би на посредан или непосредан начин допринео увећању вредности имовине друштва и поспешивању остварења основних његових циљева (стицање добити, уштеда трошкова). Једино тако се може извршити правична процена његове вредности и тиме би и повериоци друштва били заштићени од евентуалних злоупотреба. Чак и у случају када је дозвољен улог који би се састојао у обавези да се одређени рад изврши у будуће, након оснивања друштва, исти би морао бити извршен, не само вршен, и то свакако према уговореном квалитету.

Да улог у раду има одређене специфичности у односу на уговор о делу указује и чињеница да за извршени рад улагач не стиче накнаду у новцу, већ чланска права у друштву. Код општег уговора о делу по извршеном раду посленику припада накнада која се најчешће састоји у новцу, мада нема сметњи да се накнада састоји и у другој имовинској користи. Оно што је свакако идентично јесте да накнада у оба случаја мора бити објективна и правична, односно објективно могућа и дозвољена.¹⁵

Битна разлика улога у раду у односу на уговор о делу јесте и у томе што код уговора о делу привредно друштво не може једностраном изјавом воље раскинути овај уговор пре истека уговореног рока за извршење рада или законског рока ако други није уговорен. Ово је последица приступа нашег позитивног законодавства, да улагач улога у раду стиче чланска права моментом преузимања обавезе за уношење улога у друштво, а не моментом када је рад извршен. Код општег уговора о делу, наручилац може раскинути уговор све до момента док наручени посао није довршен, у ком случају је дужан да посленику накнади његов позитиван уговорни интерес.¹⁶

И на крају, може се рећи да кључна разлика између улога у раду и уговора о делу лежи управо у субјектима који закључују уговор. Наиме, код уговора о делу је то увек уговор између посленика и наручиоца, док код уговарања улога у раду уговарач се при оснивању привредног

15 С. Перовић, *Коментар закона о облигационим односима*, I књига, Савремена администрација, Београд, 1995, стр. 1084.

16 ЗОО, чл. 629.

друштва споразумева са осталим будућим члановима друштва, а у корист будућег привредног друштва. С друге стране, у случају када скупштина друштва донесе одлуку о повећању основног капитала друштва новим улозима у раду, тада улагач који приступа друштву уговара унос улога са самим друштвом.

Следом наведеног, уколико се прихвати решење *de lege lata*, по коме се чланство у привредном друштву стиче моментом преузимања обавезе да се улог уплати, односно унесе, може се улог у раду дефинисати као специфична врста теретног уговора, закљученог између оснивача у случају оснивања друштва или између улагача и самог друштва у случају приступања друштву, код којег улагач, након што се обавезе да изврши одређени рад у свему како уговорена обавеза гласи, стиче чланска права у привредном друштву, при чему привредно друштво не може једностраном изјавом воље раскинути уговор пре истека уговореног односно законског рока. Како је у теорији права стицање чланских права везано за моменат уплате односно уношења улога у друштво, дефиниција *de lege ferenda* гласила би да је улог у раду специфична врста теретног уговора, закљученог између оснивача у случају оснивања друштва или између улагача и самог друштва у случају приступања друштву, код којег улагач, након што одређени рад изврши у свему како уговорена обавеза гласи, стиче чланска права у привредном друштву.

Улог у раду треба разликовати и од уговора о раду, иако се извршени рад јавља као детерминанта код оба ова уговора. Код уговора о раду запослени на један општи и трајан начин ставља на располагање своје физичке и умне способности послодавцу, при чему се закључењем овог уговора ступа у читав сплет радноправних односа. Поред тога улагач по основу уговора о раду има равноправан статус са улагачима других врста улога и није у подређеном положају као што је то случај са запосленим. Дакле, по основу уговора о раду стиче се власнички статус у друштву сразмерно вредности унетог улога. Међутим, с друге стране то не представља препреку да улагач, након стицања чланских права по основу улога у раду, истовремено буде и запослен код привредног друштва по основу уговора о делу.

III Улог у услугама

Да су услуге изузетно значајне за развој савремене светске привреде, потврђује чињеница да обављање услужне делатности апсорбује већински проценат учешћа запослених у привреди а исто тако и учешћа у стварању бруто друштвеног производа, као и да се највише нових при-

вредних субјеката оснива у сектору услуга.¹⁷ Спектар вршења услужне делатности је изузетно широк, и обухвата разноврсне услуге чији се број непрестано увећава. Изузетна разноликост услуга свакако утиче на специфичности њихових особина. Стога се у правној књижевности најчешће не посеже за конкретним дефинисањем појма услуга,¹⁸ већ се услуге посредно поимају путем истицања њихових конститутивних обележја, у погледу којих постоји висок степен сагласности. Основна обележја услуга су: неопипљивост, неодвојивост, хетерогеност и непостојаност.¹⁹ Неопипљивост услуга казује да оне нису доступне нашим чулима. Њихови корисници их не могу видети, омирисати, осетити, пробати попут неког материјалног производа, па на основу тога се одлучити о куповини. За разлику од већине физичких добара, који се прво производе, затим продају и на крају троше, услуге се прво купују, а затим се, по правилу истовремено производе и користе, при чему је корисник услуге обично присутан кад се услуга пружа.²⁰ Отуда се говори о неодвојивости (недељивости) производње и потрошње услуга. Хетерогеност или варијабилност услуга означава да је квалитет услуга зависан од вршиоца услуга, од његових личних квалитета. Међутим, процес стандардизације у вршењу услуга и све већа аутоматизација услужних процеса умањују присуство људи у процесу пружања услуга, а тиме и њихову варијабилност, али свакако не до краја (јер је ипак неопходно да одређени степен нестандардизованости услуга постоји, како би се одређена врста услуге прилагодила специфичним захтевима купца). И на крају, непостојаност услуга показује да се над услугама не може стећи физичка контрола, као што је то случај код материјалних производа.

Полазећи од разноликости услуга, при том имајући значај који пружање услуга има у савременом пословању и привреди уопште, пришло се системском приступу регулисања услуга доношењем Директиве ЕУ о услугама на унутрашњем тржишту.²¹ Иначе, правила садржана у овој Директиви ЕУ примењују се начелно на услуге које се обављају

17 Р. Сенић, В. Сенић, *Менаџмент и маркетинг услуга*, Крагујевац, 2008, стр. 10.

18 Питањем одређивања појма услуга углавном се бавила економска теорија. Поред постојања многих економских дефиниција услуга, треба истаћи да се у литератури најчешће среће одређење према коме услуга представља активност или корист која је у суштини неопипљива, која нема за резултат власништво над било чим, а може, али не мора, бити везана са неким физичким производом. Види: М. Мићовић, „Хетерогеност услуга и хомогеност услужних правних правила“, *Зборник радова „XXI век – век услуга и Услужној права“*, Крагујевац, 2011, стр. 25.

19 Р. Сенић, В. Сенић, *нав. дело*, стр. 24.

20 М. Мићовић, *нав. чланак*, стр. 26.

21 Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market, *Official Journal of the European Union*, L 376, од 27.12.2006. године.

уз новчану накнаду уз одговарајућа ограничења.²² Отуда се у теорији права јављају разноврсне класификације услуга, попут поделе на профитне и непрофитне услуге, с обзиром на циљ пружања услуга; затим произвођачке и потрошачке, с обзиром на област примене; потом подела на техничке и радно засноване услуге, зависно од ангажованости техничке опреме или рада људи; услуге високог контакта и услуге ниског контакта, у складу са критеријумом укључености корисника услуга приликом њиховог пружања.²³

Овој исцрпној подели треба додати и поделу услуга на услуге приватног права и услуге јавног права, обзиром на карактер субјеката који услуге врше и интереса којима су услуге приоритетно намењене, па се надаље и једна и друга врста услуга могу разложити на економске (профитне) и некономске (непрофитне) подврсте. Тако се прави разлика између: 1) економских услуга приватног права, код којих је основни циљ пружаоца услуга стицање добити; 2) некономских услуга приватног права; 3) економских услуга јавног права, код којих је поред заштите општег интереса циљ и стицање добити; 4) некономске услуге јавног права, где држава иступа искључиво зарад заштите општих интереса.

Из ове разноврсности класификација услуга намеће се питање, као сасвим логично, да ли се све врсте услуга могу јавити као потенцијални оснивачки улог у капитал привредног друштва. Уколико се пође од тога да улог у привредно друштво служи превасходно сврси обављања делатности друштва (стицању добити) а потом и одређеном степену заштите поверилаца, економске услуге приватног права и економске услуге јавног права се чине најподобнијим да буду улог у оснивачки капитал привредног друштва. Ово из разлога што се једино по пружању ових услуга остварује право на противчинидбу, чија се вредност може објективно проценити и равноправно уврстити у основни капитал при-

22 С. Родин, „Директива ЕУ 123/2006 о услугама – досег и оправдања“, *Зборник Правној факултетној у Зајребу*, бр. 1/09, Загреб, 2009, стр. 53, дефинише ова ограничења на општа, посебна и *ad hoc*. 1) У општа ограничења убраја се непримењивање директиве на: некономске услуге од општег интереса; финансијске услуге, укључујући банкарске услуге и услуге осигурања; услуге електронске комуникације; транспортне услуге; услуге агенције за запошљавање на одређено време; здравствене услуге, без обзира на начин финансирања; аудиовизуелне услуге; коцкарске услуге; социјалне услуге везане за социјално стамбено збрињавање, дечију негу и помоћ породицама и појединцима с трајним или повременим потребама; услуге сигурности које пружају приватна лица; нотарске услуге; подручје опорезивања. 2) Посебна ограничења се односе само на одеђене врсте услуга и не утичу на примену Директиве у целини (попут нпр. да се опште правило о слободи пружања услуга не примењује на више ситуација, попут услуга од општег економског интереса, дистрибуције воде, ел. енергије и сл. 3) Одређена ограничења која се примењују „од случаја до случаја“.

23 М. Мићовић, *нав. чланак*, стр. 28.

вредног друштва, заједно са свим другим врстама улога. Свакако треба поменути да приликом процене вредности ових улога треба имати у виду постојану стандардизацију правила о квалитету пружања услуга, попут обавезе информисања корисника услуга, начела осигурања сигурности услуга,²⁴ као и правила облигационог права у случају неиспуњења уговорене обавезе (попут делимичног пружања услуге или пружања услуге која одступа од стандардизованог или уговореног квалитета). Стога, улог у услугама мора бити извршен у целости и у складу са уговореним, односно стандардизованим квалитетом у одсуству уговореног.

На исти начин као код улога у раду и код улога у услугама се помињу специфичности у односу на општи појам уговора о пружању услуга,²⁵ а који се односи на уговорне стране, дејство овог уговора и немогућност једностраног раскида од стране корисника услуге.

Следом свега наведеног, улог у услугама би се *de lege lata* могао дефинисати као специфична врста теретног уговора, закљученог између оснивача у случају оснивања друштва или између улагача и самог друштва у случају приступања друштву, код којег улагач, вршилац услуге, након што се обавезе да друштву пружи одређену економску услугу (приватног или јавног права) у свему према уговореном квалитету односно стандардизованом квалитету у случају одсуства уговореног, стиче чланска права у привредном друштву, при чему привредно друштво не може једностраном изјавом воље раскинути уговор пре истека уговореног односно законског рока. *De lege ferenda* дефиниција улога у услугама гласила би да је то специфична врста теретног уговора, закљученог између оснивача у случају оснивања друштва или између улагача и самог друштва у случају приступања друштву, код којег улагач, вршилац услуге, након што одређену економску услугу (приватног или јавног права) пружи друштву у свему према уговореном квалитету односно стандардизованом квалитету, у случају одсуства уговореног, стиче чланска права у привредном друштву.

IV О неновчаним оснивачким улозима, с нарочитим освртом на улог у раду и услугама у нашем праву

У нашем позитивном праву улози у привредно друштво могу бити новчани и неновчани и изражавају се у динарима. Неновчани уло-

24 Више о томе: Ј. Вилус, „Директива европског парламента и Савета 2006/123 о услугама на унутрашњем тржишту“, *Евројско законодавство*, бр. 23–24/2008, стр. 19.

25 Уговор о пружању услуга је неименовани уговор, и по својим карактеристикама се сврстава у општи појам уговора о делу, осим уколико се не ради о специфичним услугама које су нарочито дефинисане у Закону о облигационим односима кроз посебне именоване уговоре (попут уговора о превозу, уговора о организовању путовања и сл.).

зи могу бити у стварима и правима, изузев код ортака и комплементарна код којих се неновчани улози могу састојати и у раду и услугама.²⁶ Дакле, идеја нашег законодавца је да се, у друштвима са ограниченом одговорношћу и акционарским друштвима, било јавним или оним која то нису (нејавним, затвореним),²⁷ као и код командитних друштава у случају командитора као оснивача, улози у раду и услугама у потпуности забране. Овакав приступ законодавца представља значајан заокрет у односу на наш раније важећи законски пропис, који је улог у раду и услугама препознавао као неновчани улог, регулисан кроз опште норме о привредним друштвима, док га је изузетно забрањивао код акционарских друштава.²⁸ Ономогућавањем да улози у раду и услугама, као неновчани улози, чине део основног капитала друштва са ограниченом одговорношћу, наш правни систем је постао јединствен по овом питању и у односу на правне системе других земаља.

У упоредном праву постоји двојак приступ регулисању улога у раду и услугама, као неновчаних улога. Са једне стране постоје правни системи који неновчане улоге дефинишу као општи појам, без детаљне анализе који се улози сматрају натуралним,²⁹ док с друге стране има закона који детаљно дефинишу шта се сматра неновчаним улогом.³⁰

26 Овакво решење прописано је у чл. 45, чл. 96 ст. 2 и чл. 129 ст. 1 Закона о привредним друштвима (Сл. гласник РС, бр. 36/2011 и 99/2011), даље у фуснотама: ЗОПД (2011).

27 О термилошкој смушености нашег законодавца у својеврсном покушају „принудно“ отварања акционарског друштва, видети више код: М. Васиљевић, „Критички поглед на Закон о привредним друштвима Србије (2011)“, *Збирка реферата са XX саветовања судија привредних судова*, Златибор, 2012, стр. 57.

28 Раније важећим Законом о привредним друштвима (Сл. гласник РС, бр. 125/2004) било је у основним одредбама предвиђено да се неновчаним улозима имају сматрати улози у стварима и правима, раду и услугама, као и удели и акције у другим друштвима. С друге стране чл. 192 овог Закона забрањивао је уношење улога у извршеном раду или услугама за отворено акционарско друштво, док је код затвореног акционарског друштва унос овог улога био условљен обавезом да таква могућност буде одређена у оснивачком акту. Ово решење нашег раније важећег законодавства било је у потпуности усклађено са правилима Друге директиве ЕУ и може се слободно рећи да се њиме ишло корак напред у односу на сада важеће прописе о улозима у привредно друштво.

29 Видети: чл. 5 немачког Закона о друштвима са ограниченом одговорношћу (нем. *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG*), чл. 20 Закона о друштвима са ограниченом одговорношћу (шпа. *Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*), чл. 68 Закона о привредним друштвима Републике Црне Горе (Сл. лист РЦГ, бр. 06/02), чл. 14 ст. 1 Закона о привредним друштвима Републике Српске (Службени гласник Републике Српске, бр. 127/08).

30 Видети: чл. 72 ст. 2 Закона о трговачким друштвима Републике Хрватске (*Народне новине*, бр. 152/2011), чл. 14 ст. 1 Закона о привредним друштвима Републике Српске (Службени гласник Републике Српске, бр. 127/08).

Код оба приступа постоји забрана уношења улога у раду и услугама у оснивачки капитал акционарских друштава. Међутим, у односу на све остале форме друштава не постоје препреке да улози у раду и услугама чине основни капитал привредног друштва, шта више код оних правних система који детаљно дефинишу неновчане улоге, улози у раду и услугама се изричито одобравају.

С циљем да се повериоци заштите, при уношењу неновчаних улога примењује се правило о обавезности утврђивања њихове вредности.³¹ Уколико се чланови друштва о вредности неновчаних улога не споразумеју, прописана је обавеза процене од стране овлашћених лица.³² Процена вредности неновчаних улога не може бити старија од годину дана од дана његовог уноса у друштво, а иста се и региструје и објављује у складу са законом о регистрацији. У случају да су од дана вршења процене до момента уношења неновчаног улога наступиле околности које умањују његову вредност, обавезна је поновна процена вредности улога. Ако се накнадно испостави да је дошло до непредвиђеног умањења вредности улога, члан друштва који уноси неновчани улог у обавези је да друштву изврши доплату разлике у вредности у новцу у року за унос неновчаног улога. Уколико друштво не наложи да се процена улога изврши, чланови друштва који поседују удео од најмање 5% основног капитала друштва могу писаним путем захтевати да се процена изврши, а у случају непоступања друштва у року од 15 дана од пријема захтева, омогућено је да се, у року од 90 дана од дана уноса неновчаног улога у друштво, процена неновчаног улога захтева од суда у ванпарничном поступку.³³

Следом наведеног, уколико би се *ratio legis* за онемогућавање уношења улога у раду и услугама у основни капитал друштва са ограниченом одговорношћу и командитног друштва када је оснивач комплементар, тражио евентуално у тежњи да се заштите повериоци, као и у немогућности принудног извршења на овим улозима, тај аргумент би могао опстати само у случају да је немогуће утврдити вредност ових улога, попут свих осталих неновчаних улога. Међутим, и на први поглед се може закључити да се вредност улога у раду и услугама може новчано проценити. Животно је нелогично да се у једном случају може утврди-

31 Детаљно о необавезности процене неновчаних улога у одређеним случајевима видети: В. Радовић, *нав. чланака*, стр. 185.

32 Чл. 51 ст. 1 и ст. 2 ЗОПД (2011), прописано је да вредност неновчаног улога у друштво процењује овлашћени судски вештак, ревизор или друго стручно лице које је од стране надлежног државног органа Републике Србије овлашћено да врши процене одређених ствари и права. Ову процену може вршити и привредно друштво које испуњава законом прописане услове да врши процене вредности ствари или права која су предмет процене.

33 ЗОПД (2011), чл. 50–55.

ти вредност неког „права“ као неновчаног улога (нпр. потраживања), а да се у другом случају не може утврдити вредност извршеног рада или пружене услуга. Па шта друго могу тражити посленик или вршилац услуге након што изврше своје уговорене обавезе, него одређену противчинидбу, дакле, одређено „право“. Након што је посленик извршио рад или вршилац услуге пружио услугу, он стиче право да од друштва захтева противчинидбу која се најчешће састоји у новцу, мада нема сметњи да накнада буде и у предаји неке ствари или права. На тај начин би се процењена вредност извршеног рада или пружене услуге могла несметано уврстити у основни капитал друштва са ограниченом одговорношћу, а посленику или пружаоцу услуге би заузврат припало чланско право у друштву.

Свему изнетом треба додати и да уколико се приступи подели поверилаца на „вољне и невољне“,³⁴ при чему су „вољни“ повериоци они који су слободни да одлуче да ли ће ступити у облигационе односе са друштвом или не, као и да облигационе односе могу уредити по својој вољи,³⁵ то законодавац није дужан да евентуалном забраном улога у раду и услугама у основни капитал друштва *a priori* штити ова лица, која су сама проценила да имају интерес да ступе у облигационе односе са друштвом. Довољно је да се овим повериоцима омогући остваривање неког од индивидуалних средстава заштите, попут омогућавања информисања о ликвидности привредног друштва, средстава личног и стварног обезбеђења, рестриктивних уговорних клаузула и сл. Истина је да по питању тзв. „невољних“ поверилаца, оних који нису својом вољом постали повериоци друштва, треба бити опрезнији и уважити идеју да се путем начела неповредивости минимума основног капитала на неки начин тежи заштити њихових интереса.³⁶ Међутим, како је у нашем

34 Т. Јевремовић Петровић у чланку „Повериоци у компанијском праву и инструменти њихове заштите“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1/2011, помиње, између осталих подела, и поделу повериоца друштва на „вољне“ и „невољне“. „Вољни“ повериоци су они који својом вољом одлучују да успоставе однос са дужником – привредним друштвом. У ове повериоце убрајају се, као најзначајнија категорија: 1) банке и друге кредитне институције, 2) потом добављачи, произвођачи, дистрибутери и друга лица која са друштвом стоје у сталним пословним односима (којима је потребнија већа заштита од прве категорије бољних поверилаца). „Невољни“ повериоци представљају повериоце који без своје воље ступају у облигационе односе са привредним друштвом, а најчешће по основу проузроковања штете (попут државе, запослених и сл.).

35 С. Перовић, *нав. дело*, стр. 6.

36 Иако је у правној теорији постоји доста аутора који стоје на становишту да је систем заштите поверилаца путем минимума основног капитала у суштини неефикасан, па и у погледу акционарских друштава и да представља само „привид сигурности“, ипак са друге стране постоје мишљења да се, нарочито код акционарских друштава, правила која се односе на основни капитал, уз обавезу извештавања јавности и фидуцијарне дужности чланова управе, традиционално посматрају као једна од

праву код друштва са ограниченом одговорношћу минимални основни капитал сведен на безначајну новчану вредност (осим оних друштва којима врста делатности условљава већу вредност основног капитала),³⁷ то је заштита поверилаца на овај начин постала несврнисходна. Стога се у теорији савременог корпоративног управљања афирмишу индивидуална средства обезбеђења и зарад заштите категорије „невољних“ поверилаца, попут обавезивања осигурања друштва, института пробијања правне личности у случају злоупотребе правног лица, обавезе накнаде штете у случају повреде дужности према друштву и сл.

Дакле, из свега наведеног се може закључити да онемогућавање уноса улога у раду и услугама у основни капитал друштва са ограниченом одговорношћу не представља ништа друго до пропуст законодавца, јер ово решење закона нема свог основа у природи овог друштва. Чак и уколико би се довела у питање оправданост уноса обећаног (неизвршеног) рада или (непружених) услуга као основачки улог у друштво са ограниченом одговорношћу, треба стати на становиште да је и ова врста неновчаног улога подобна за уношење у основни капитал друштва са ограниченом одговорношћу. Исправност оваквог схватања доказује и чињеница да се неновчани улози могу унети и до пет година након доношења оснивачког акта.³⁸ Такође, треба истаћи да се по ставу нашег законодавства удео у овом привредном друштву стиче на основу преузете обавезе уплате односно уноса улога, а не на основу извршене обавезе уплате или уноса улога.³⁹

Чак и уколико се говори о оправданости постојања оснивачког улога у раду који тек треба да буде извршен или услузи која треба да буде пружена код друштва са ограниченом одговорношћу, већина правних стручњака стоји на становишту да и ове улоге треба дозволити.⁴⁰

три регулаторне стратегије. В. Радовић, *нав. чланак*, стр. 195, упућује на: Gerard Hertig, Hideki Kanda, „Creditor Protection“, у: Reinier R. Kraakman, Paul Davies, Henry Hansmann, Gerard Hertig, Klaus J. Hopt, Hideki Kanda, Edward B. Rock, *The Anatomy of Corporate Law – A Comparative and Functional Approach*, Oxford University Press, 2005, стр. 77–96.

37 Чл. 145 ЗОПД (2011) прописано је да основни капитал друштва са ограниченом одговорношћу износи најмање 100 динара, осим ако је посебним законом предвиђен већи износ основног капитала за друштва која обављају одређене делатности.

38 ЗОПД (2011), чл. 46 ст. 2 тач. 2.

39 Према мишљењу М. Васиљевића овакво законско решење израз је схватања о апсолутној свемоћи законодавца који не одговара ни самој себи, ни логици, ни филозофији права. Види: М. Васиљевић, *Збирка реферата са XX савештовања судија привредних судова*, стр. 55–56.

40 Jonathan Rickford (ed.), „Reforming Capital – Report of the Interdisciplinary Group on Capital Maintenance“, *European Business Law Review*, 2004, стр. 937. Он чак иде и корак даље, и препоручује да и код отворених акционарских друштва која се

Како се и овим „обећаним“ улозима не би угрозили интереси друштва и његових поверилаца, ваља поменути да наше право прописује да уколико посленик или вршилац услуге ову своју обавезу не изврши у свему како је уговорено, у обавези је да накнади штету друштву која му је проузрокована пропуштањем или кашњењем извршења те обавезе. Оснивачким актом (или статутом код акционарских друштава) може се предвидети и обавеза плаћања уговорне казне, а као крајња санкција предвиђена је могућност да друштво донесе одлуку о искључењу тог члана из друштва.⁴¹ Члан друштва који је искључен из разлога што није унео улог у друштво остаје у обавези да уплати односно унесе уписани улог, ако је то неопходно за намирење поверилаца.⁴²

С друге стране, када се говори о тенденцијама даљег развоја Друге директиве ЕУ, и све присутнијим ставовима да се и у акционарским друштвима омогући унос улога у раду и услугама, ипак је по овом питању довољно изразити само умерени оптимизам. Истина је да би оваква могућност била од изузетног значаја за она друштва код којих професионалне услуге чине значајан удео у имовини, али обзиром да ову форму друштва карактеришу искључиво капитал односи, то би омогућавање уноса ових улога стварало могућности за бројне злоупотребе, нарочито у транзиционим друштвима, код којих су савремени методи заштите поверилаца и акционара (нарочито мањинских) још увек у повоју. Међутим, у оним правним системима где су правила корпоративног управљања дубоко укоренења у систем пословања привредних друштава, ова идеја би имала смисла, уз основну претпоставку да се до момента извршења рада односно момента пружања услуге оформи систем адекватног обезбеђења друштва (попут, преноса акција на депо рачун док се не изврши рад, односно не пруже услуге,⁴³ или да се друштво према овом члану обезбеди неким другим средством обезбеђења, било личним било реалним).

V Закључак

У нашем позитивном праву се удео у друштву стиче по основу преузете обавезе уплате, односно уноса улога. Ово решење законодавца се не може оценити позитивним, обзиром да се чланство у друштву *de lege ferenda* стиче тек по извршеном уносу односно по уплати улога у

баве професионалним пружањем услуга треба дозволити уношење улога који би се састојали у обавези пружања услуга.

41 ЗОПД (2011), чл. 48.

42 ЗОПД (2011), чл. 195 ст. 5.

43 В. Радовић, *нав. чланак*, стр. 202–203.

друштво. У том случају би се улог у раду могао дефинисати као специфична врста теретног уговора, закљученог између оснивача у случају оснивања друштва или између улагача и самог друштва у случају приступања друштву, код којег улагач, вршилац услуге, након што одређену услугу друштву пружи у свему према уговореном квалитету односно стандардизованом квалитету у случају одсуства уговореног, стиче чланска права у привредном друштву. Дефиниција улога у услугама гласила би да је то специфична врста теретног уговора, закљученог између оснивача у случају оснивања друштва или између улагача и самог друштва у случају приступања друштву, код којег улагач, вршилац услуге, након што одређену економску услугу (приватног или јавног права) пружи друштву у свему према уговореном квалитету односно стандардизованом квалитету у случају одсуства уговореног, стиче чланска права у привредном друштву.

Поред тога, према решењу нашег законодавца, неновчани улози могу бити у стварима и правима, изузев код ортака и комплементара код којих се неновчани улози могу састојати и у раду и услугама. Ни овај приступ није прихватљив, нарочито у погледу друштва са ограниченом одговорношћу и командитног друштва у случају командитора као улагача. Улог у раду и услугама треба бити прописан и за ове форме привредног друштва.

Међутим, код акционарских друштава по питању ових улога треба бити опрезнији. Њих је могуће дозволити само уз основну претпоставку да се до момента извршења рада односно момента пружања услуге оформи систем адекватног обезбеђења друштва.

Marko RADOVIĆ

PhD Student at the University of Belgrade Faculty of Law

WORK OR SUPPLY SERVICES AS CONTRIBUTIONS IN THE SUBSCRIBED CAPITAL OF COMPANIES

Summary

For the sake of consistency in the realization of the principle of preserving the value of subscribed capital of company and inability to circumvent the rules on minimum capital, Second EU Directive does not allow for contribution in the subscribed capital of the joint-stock company to consist of work and services

(so-called stake of work and services). The amendments of the Second EU Directive have not taken a step further either. But since the fundamental economic relationship in the post-industrial society has become linked to the provision of services and not for the production and sale of goods, there is a more persistent understanding that contributions in form of performance of work and providing services should be allowed even in joint-stock companies.

Bearing in mind that other types of companies characterize the presence of “intuitu personae” elements, it should mean that the question of contributions in work and services should not be subject to dispute. However, in our positive law that is not the case, since only the general partners are allowed to have intangible investment in the capital of the company in the form of work and services.

Hence, in this paper, in addition to the attempt to define the contribution in work and services, the author will be pointing to the justification of need for these contributions to be part of capital of all the companies that are characterized by the presence of elements “intuitu personae”, and in the perspective of joint stock companies.

Key words: *subscribed capital, contribution, contributions in work, contribution in providing services.*

Јована ВЕЛИЧКОВИЋ
Јанковић, Поповић & Митић о.д.

ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ОСТАВКЕ ДИРЕКТОРА ПРИВРЕДНОГ ДРУШТВА

Резиме

Чланак се бави анализом правних последица инститорних оставке директора привредног друштва. Све законом предвиђене правне последице које настају при оставци директора друштва могу се поделити на опште и посебне. Опште правне последице настају увек када директор саопштава оставку, док посебне правне последице настају само у околностима када оставку саопштава једини (извршни) директор привредног друштва. Опште правне последице оставке директора су: престанак функције, престанак или измена уговора закљученог са друштвом и могућност ослобађања имовинске одговорности директора према друштву. Посебне правне последице оставке директора су: обавеза даље обављања функције у законом дефинисаном року, могућност ослобађања привременог заслуженика друштва у судском ванпарничном поступку и покрећање поступка принудне ликвидације друштва. Додатно, међу наведеним посебним правним последицама оставке, закон познаје разлику између оних правних последица које настају у случају оставке јединог директора друштва једнодомне унитарне структуре и оних које настају у случају оставке јединог извршног директора друштва дводомне унитарне структуре. На крају посебна намена посвећена је уређењу оставке директора који обавља функцију законског заслуженика друштва, односно правним последицама које у том случају настају по друштву.

Кључне речи: *начини престанка функције директора привредног друштва, оставка директора, правне последице оставке директора привредног друштва, законски заснивеник друштва, извршни директор.*

І Увод

Оставка представља један од законом уређених начина престанка функције директора привредног друштва.¹

Оставка се може дефинисати као једнострана изјава воље дата у прописаној форми, којом члан управе саопштава привредном друштву (законом одређеном органу друштва) да престаје са обављањем функције пре истека периода на који је именован.

Поред оставке, функција директора, према нашем праву може престати и на један од следећих законом предвиђених начина:

- 1) истеком периода на који је директор именован,²
- 2) престанком испуњавања услова који се захтевају за обављање функције, а које је наступило у току трајања мандата,³
- 3) неусвајањем финансијских извештаја од стране скупштине друштва у року који је предвиђен за одржавање редовне седнице скупштине,⁴
- 4) разрешењем,⁵

1 Оставка директора привредног друштва у нашем праву регулисана је Законом о привредним друштвима, члановима 396, 426 и 440. Види: Закон о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр 36/2011 и 99/2011 (даље у фуснотама: ЗПД). О институту оставке директора привредног друштва у нашој литератури видети: Мирко Васиљевић, *Компанијско право – право привредних друштва*, 6. издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011, стр. 381–382, 392. М. Васиљевић, *Корпоративно управљање – правни аспекти*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2007, стр. 217–218.

2 ЗПД, чл. 394 ст. 1.

3 ЗПД, чл. 394 ст. 2. Услови потребни за обављање функције директора привредног друштва прописани су у члану 382 ЗПД (пословна способност, услови одређени статутом друштва и одсуство постојања одређених околности – већ постојећи чланство у управи више од пет друштва, правноснажна осуђујућа пресуда кривичног суда због учињеног кривичног дела против привреде или постојање изречене мере безбедности забране обављања делатности, уколико иста представља претежну делатност друштва).

4 ЗПД, чл. 394 ст. 3.

5 ЗПД, чл. 395, 425 и 439.

- 5) статусном променом друштва (у случају да друштво престаје статусном променом),⁶
- 6) именованем ликвидационог управника,⁷ и
- 7) именованем стечајног управника.⁸

Међу наведеним начинима престанка функције директора засебну групу чине оставка и разрешење. Оно што оставку и разрешење чини особеним јесте да правно дејство које се огледа у престанку функције директора не наступа по самом закону, већ је неопходно постојање одлуке надлежног органа друштва (разрешење), односно изјава воље овлашћеног лица – директора (оставка), а које у смислу престанка функције имају конститутивно дејство.⁹

6 ЗПД, чл. 505 ст. 3 тач. 5.

7 ЗПД, чл. 529 ст. 2. У поступку ликвидације могуће је да не дође до престанка функције дотадашњих заступника друштва. Наведено постојање у ситуацији када одлуком о покретању ликвидације не буде именован ликвидациони управник, када по самом закону сви законски заступници друштва постају ликвидациони управници. Како и сам закон каже тада не престају овлашћења само законских заступника друштва (извршни директори), док би овлашћења осталих директора престала даном доношења одлуке о покретању поступка ликвидације. У овом случају треба имати у виду да чак иако поједини директори друштва постану ликвидациони управници, тада иако иста лица остају законски заступници друштва, мења се правни основ њихове функције у друштву, јер више не поступају као директори друштва, већ као ликвидациони управници. На основу наведеног може се закључити да суштински тренутак именовања ликвидационог управника доводи до престанка функције директора друштва. Види: ЗПД, чл. 529 ст. 3.

8 За разлику од претходно наведених основа престанка функције директора привредног друштва, који су регулисани Законом о привредним друштвима, последње наведени је регулисан Законом о стечају. У члану 74 закона стоји да даном отварања стечајног поступка престају управљачка и заступничка права директора друштва. Такође и код овог основа постоји један изузетак, а то је да функције директора друштва могу престати и пре доношења решења којим се отвара стечајни поступак. Наведено се односи на претходни стечајни поступак када се испитује постојање стечајних разлога, а када може бити предузета једна од мера обезбеђења прописана законом у виду именовања привременог стечајног управника. Тада такође престају овлашћења дотадашњих заступника друштва. Види: Закон о стечају (*Службени листник РС*, бр. 104/2009 и 99/2011), чл. 62.

9 На пример када истекне период трајања мандата није потребно донети посебну одлуку којом ће се установити чињеница престанка функције директора, јер је функција престала по самом закону. Таква евентуална одлука би имала само деклараторно дејство. Код разрешења и оставке није довољно да су испуњени услови предвиђени законом за примену ових института, већ је неопходна и одлука надлежног органа (лица) која ће имати конститутивно дејство, а које се огледа у престанку функције директора. Дакле чак и када постоји оправдан разлог уколико се исти захтева по закону за разрешење директора, његова функција не може престати све док се о томе не донесе одлука. Исте околности постоје и код оставке директора.

Додатно у погледу оставке директора особеност постоји и код технике уређења овог института која се огледа у детаљнијој законској регулативи, нарочито правних последица које наступају у случају оставке директора, међу којима је свакако најзначајнија могућност покретања поступка принудне ликвидације друштва (опет све посматрано у односу на друге основе престанка функције), као и околност да постоје само одредбе закона којима се уређује оставка директора акционарског друштва, а које се сходно примењују и на оставку директора друштва са ограниченом одговорношћу.¹⁰

При анализи института оставке директора привредног друштва, као начина престанка функције, потребно је размотрити три групе питања: 1) правна природа оставке, 2) услови који су неопходни да се остваре како би функција директора престала оставком у складу са законом и 3) питање правних последица које оставка директора производи по друштво.

У овом раду биће речи само о правним последицама оставке директора привредног друштва.

Уопштено говорећи, правне последице које наступају оставком директора привредног друштва можемо груписати у две основне целине: а) опште и б) посебне. Опште правне последице могу наступити увек када директор друштва саопшти своју оставку, док посебне правне последице наступају уколико оставку саопшти (извршни) директор који је једино лице на тој функцији у друштву.¹¹ Такође одређене разлике постоје код правних последица оставке јединог (извршног) директора

Оставка и разрешење као начини престанка функције директора повезани су и на један специфичан начин. Оставка представља својеврсно право директора, чија се садржина огледа у могућности престанка обављања функције пре истека периода на који је директор именован. Паралелно право на страни привредног друштва јесте могућност разрешења или како се дугачије може назвати, опозив именовања директора друштва.

10 Види ЗПД, чл. 220 и 231. Наравно потребно је водити рачуна да је сам законодавац употребио термин сходна примена, а на основу чега је приликом примене института оставке директора на друштво са ограниченом одговорношћу потребно посебно водити рачуна о правним обележјима те форме привредног друштва.

11 У том погледу важно је указати да само нејавно акционарско друштво може имати једног директора. Код друштава са једнодомном унутрашњом структуром јавна акционарска друштва су по самом закону обавезна на постојање одбора директора (који мора бити састављен од најмање три члана), те самим тим никада не могу имати само једног директора. Друштва са дводомном унутрашњом структуром такође никада не могу имати само једног директора, с обзиром да у својој структури имају надзорни одбор који мора имати најмање три члана, али је дозвољено да имају само једног извршног директора. Управо на наведену околност се односе одредбе закона које говоре о оставци јединог директора друштва дводомне унутрашње структуре. Види: ЗПД, чл. 387 ст. 3, чл. 419, чл. 433 ст. 1.

друштва једнодомне и дводомне унутрашње структуре. Разлог због кога се у случају оставке јединог извршног директора привредног друштва прописују посебне правне последице јесте да у том случају друштво остаје без законског заступника.¹²

II Опште правне последице оставке директора привредног друштва

Прва и основна правна последица која настаје оставком директора привредног друштва јесте престанак функције.

Како у овом случају настаје недостатак у предвиђеном броју чланова управе отвара се могућност за примену других института предвиђених законом како би се тај недостатак отклонио. Уколико постоје услови предвиђени законом, преостали директори применом института кооптације могу именовати лице које ће вршити дужност директора до наредне седнице скупштине друштва, а на којој би требало да уследи и именовање недостајућег члана управе.¹³

У околностима када функција директора престане оставком важно је размотрити какве правне последице оставка производи на уговор закључен између директора и привредног друштва, односно на менаџерски уговор.¹⁴

Правни однос директора и привредног друштва има сложену структуру, састављену од корпоративног (регулисан законом) и уговорног елемента (регулисан споразумом између уговорних страна).¹⁵ Оба елемента морају да постоје на законом предвиђен начин, како при заснивању функције, тако и током њеног трајања. Корпоративни елемент правног односа директора и привредног друштва заснива се одлуком о именовању од стране надлежног органа друштва и подразумева да од тог тренутка лице именовано на функцију има обавезе и дужности регулисане законом и интерним актима друштва. Уговорни елемент се заснива закључењем уговора између директора и друштва, а чијем закључењу се приступа по доношењу одлуке о именовању и њиме се регулишу она питања која нису део законске регулативе правног

12 По правилу сви извршни директори истовремено су и законски заступници друштва, међутим закон оставља могућност да статутом буде одређено да само поједини извршни директори заступају друштво, наравно само када постоји више лица на тој функцији унутар друштва. Види: ЗПД, чл. 388 ст. 1 и 422 ст. 1.

13 Институт кооптације у нашем праву уређен је ЗПД, чл. 386 и 436.

14 О менаџерским уговорима видети: Есад Чолаковић, *Менаџерски уговори – модели, савјетии и пракса*, 2. издање, Библиотека калейдоскоп, Загреб, 2006.

15 Е. Чолаковић, *нав. дело*, стр. 121.

положаја директора. У том смислу често се указује да је уговор директора и друштва акцесорне природе,¹⁶ али не како је појам акцесорних уговора посматран у теорији облигационог права. Акцесорност у овом смислу подразумева да уговор директора и друштва, којим се регулишу њихови међусобни правни односи, може имати дејство само у случају постојања правноваљане одлуке о именовану. У супротном уколико то није случај само закључење уговора не може бити довољан правни основ за обављање функције у друштву. Околности су мало другачије у случају оставке као начина престанка функције, овде је постојало правноваљано именоване, које је међутим изјавом воље којом се саопштава оставка изгубило правно дејство. Тада ступа на снагу акцесорна природа уговора закљученог између директора и друштва, те би логичан след околности био да се приступи његовом раскиду (споразумном или једностраном). Претходно поменуто не мора увек бити случај, постоје мишљења по којима директор који саопштава оставку није истовремено дужан и раскинути уговор са друштвом.¹⁷ Наведено првенствено подразумева да сарадња између бившег директора и друштва не мора бити окончана оставком, већ то лице може имати друго својство у друштву. Тада, наравно, потребно је приступити изменама уговора нарочито у погледу дефинисања послова које одређено лице обавља у друштву, а по потреби и других услова уговора.

Блиско повезано питање са дејством оставке директора на менаџерски уговор јесте и питање накнаде која се директору исплаћује за рад у друштву, односно да ли у случају оставке директор има право на исплату посебне врсте накнаде.

Накнада директора се може најједноставније појмовно одредити као противчинидба друштва за обављање одређене функције у друштву и у том смислу је неспорно да се исплаћује директору за време трајања функције.¹⁸

Поред накнаде која се исплаћује за време трајања функције постоји и накнада која се исплаћује у случају превременог престанка уговора, позната под називом златни падобран. Златни падобран поред врсте накнаде која се исплаћује директору друштва има и друго својство а то је да представља и једну од мера одбране друштва од преузимања. У том

16 Зоран Арсић, „Правна природа односа између акционарског друштва и члана управног одбора“, *Право и привреда*, бр. 5-8/1999, стр. 81-83.

17 Јакша Барбић, *Право друштва - друштва кайишала*, 4. издање, Организатор, Загреб, 2001, стр. 489.

18 Накнаде чланова управе акционарског друштва уређене су у ЗПД, чл. 393. О накнадама члановима органа управе више видети: Вук Радовић, *Накнада члановима управе акционарског друштва - њрејорукe добре њраксе корѡрајивној уѡрављања*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011.

смислу у односу на директоре друштва има својеврсни обештећујући, односно заштитни карактер, јер у случају да дође до промене унутрашње контроле друштва, директору који буде разрешен функције припада право на исплату унапред уговореног износа накнаде.¹⁹

Оставка директора такође доводи до превременог престанка уговора, па се поставља питање да ли и у овом случају може постојати основ за исплату посебне врсте накнаде. Спорна околност у случају оставке директора јесте да је у овом случају реч о добровољном напуштању друштва. Такође може се поставити питање шта би представљало основ за исплату накнаде у овом случају, нарочито ако није предвиђен отказни рок. Код златног падобрана околности су другачије јер је у питању накнада која се исплаћује у случају промене унутрашње контроле друштва (евентуално промене стратегије друштва која у оваквим околностима настане чак иако су поједини чланови управе или већина њих остала иста),²⁰ најчешће се исплаћује у случају невољног напуштања друштва, такође као што је речено има одређену заштитну функцију по друштво, у виду мера одбране од преузимања, а на основу чега постоји и легитимни интерес друштва за уговарање такве накнаде.

Неспорно је да уговарање накнаде у случају оставке директора може бити део уговора закљученог између директора и друштва. Међутим у овом случају не може имати својство накнаде како се то иначе подразумева, већ би пре имала својство добродоног давања које директор добија од стране друштва. У том смислу можда би се могло уговорити да у случају постојања оправданог разлога за давање оставке директору припада право на исплату одређеног износа накнаде или друге чинидбе од стране друштва. Иако се у овом случају не говори о накнади у правом значењу тог појма било би пожељно да право директора на таква добродоно давања буде одобрено од стране истог органа друштва који је надлежан за одобрење накнаде директора,²¹ нарочито због тога што се као спорно питање може поставити следеће, а то је у чему се огледа интерес друштва за уговарање оваквих давања директору. Уколико би се право на добродоно давања директорима одобрило од стране других органа друштва исто би могло евентуално довести до повреде посебних дужности према друштву од стране лица која се налазе у саставу тих органа друштва. Евентуално би се уговарање такве накнаде за случај оставке директора, могло правно одредити као правни

19 О златном падобрану, као врсти накнаде директора видети: В. Радовић, *нав. дело*, стр. 208–229.

20 В. Радовић, *нав. дело*, стр. 218–219.

21 Одлуку о накнадама директора, на предлог одбора директора односно надзорног одбора, или комисије за накнаде уколико је формирана, доноси скупштина друштва. Види: ЗПД, чл. 329 ст. 1 тач. 10, чл. 398 ст. 1 тач. 15, чл. 441 ст. 1 тач. 13.

посао у коме постоји лични интерес директора. Конкретно у питању је посебна дужност пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес друштва, која поред обавештења друштва о постојању истог захтева и одобрење таквог правног посла или радње од стране законом одређеног органа друштва.²²

На крају овог дела потребно је размотрити још једно питање, а то је да ли оставка директора може узроковати постојање имовинске одговорности директора према друштву.

Начело се може рећи да иако оставка директора може штетити друштву, иста не представља кршење посебних дужности према друштву,²³ нарочито због тога јер постоји законом дозвољено право на давање оставке. Међутим у конкретним околностима може доћи до кршења уговором преузетих обавеза (дужности) према друштву, нарочито уколико се не наведе у самој оставци или не испоштује примерен отказни рок који је предвиђен уговором. Тада би постојала одговорност за штету коју би друштво претрпело услед поступања директора. Битно је указати да у таквим околностима природа одговорности за проузроковану штету јесте уговорна.

III Посебне правне последице оставке директора привредног друштва

Као што је већ указано посебне правне последице оставке директора друштва наступају уколико оставку саопштава једини (извршни) директор друштва.

У оквиру ове групе последица такође разлике постоје између оставке јединог (извршног) директора друштва једнодомне унутрашње структуре и оставке јединог извршног директора друштва дводомне унутрашње структуре. Потребно је напоменути да у првом случају закон посебне правне последице прописује само за околност оставке јединог директора друштва једнодомне унутрашње структуре, а који по самом закону тада мора имати својство извршног директора. Дакле у овом случају имамо стицај околности, друштво остаје како без јединог извршног директора, тако и без лица на функцији директора уопште. У другом случају није истовремено у питању и оставка јединог директора друштва, с обзиром да у структури доводомне управе постоји и надзорни одбор, састављен по самом закону од најмање три члана (ЗПД,

22 Дужност пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес регулисан је ЗПД, чл. 65–68.

23 Stephen W. Mayson, Derek French, Christopher L. Ryan, *Company Law*, Oxford University Press, 2004–2005 Edition, стр. 477.

чл. 433). Заједничко у оба случаја јесте да друштво остаје без јединог извршног директора.

Такође, потребно је уочити да код друштва једнодомне унутрашње структуре постоји могућност да друштво има само једног извршног директора, али који није и истовремено и једини директор друштва. На основу језичког тумечења закона проистиче да се тада не примењују посебне правне последице оставке, јер су оне код друштва такве унутрашње структуре везане само за околност оставке јединог директора друштва. О свему томе биће речи у закључним разматрањима.

У случају оставке јединог извршног директора друштва дводомне унутрашње структуре, као и оставке јединог директора друштва једнодомне унутрашње структуре, нарочито треба приметити да у таквим околностима друштво остаје без законског заступника, а због чега је законодавац и увидео потребу да пропише посебне правне последице које тада наступају.

Када оставку саопшти једини директор друштва једнодомне унутрашње структуре²⁴ закон предвиђа две посебне правне последице.

Прва посебна правна последица јесте да у том случају постоји законска обавеза за директора који саопштава оставку да настави са обављањем функције, али у ограниченом облику. Обављање функције након саопштене оставке ограничено је временски и предметно. Временско обављања функције у овом случају ограничено је на период од најдуже 30 дана од дана регистрације оставке.²⁵ Након истека тог периода директор више није у законској обавези да обавља функцију у друштву. Предметно ограничење обављања функције садржано је у законској одредби која каже да у том периоду директор обавља само послове који не трпе одлагање. Који су то послови који не трпе одлагање зависи од конкретних околности, то на пример може бити ситуација када је друштво у преговорима за закључење кредита или неког важног уговора. Уколико би у таквом тренутку друштво остало без законског заступника који је овлашћен за закључење наведених правних послова неспорно је да би се тиме штетило друштву и да такви послови имају карактер хитности, те не трпе одлагање. Може се поставити питање да ли се наведена обавеза може на уговорној основи увести и за случај оставке других директора који нису једина лица на тој функцији у друштву, а нарочито за извршне директоре који су (увек) и законски заступници друштва. Чини се да не постоји препрека да се тако нешто угово-

24 Када друштво са једнодомном унутрашњом структуром има само једног директора, тада по самом закону исти мора имати својство извршног директора, а самим тим и својство законског заступника друштва. Види ЗПД, чл. 387 ст. 2.

25 Види: ЗПД, чл. 396 ст. 5.

ри. Разлика би постојала само у случају да се таква обавеза не испуни, када обавезу не би испоштовао једини директор друштва радило би се о повреди законске обавезе, док би у случају повреде наведене обавезе од стране директора који нису једина лица на тој функцији у друштву постојала повреда уговорне обавезе.

Друга посебна правна последица прописана законом у случају оставке јединог директора друштва једнодомне унутрашње структуре факултативне је природе у смислу да не мора увек да наступи, већ њено наступање зависи од воље овлашћених субјеката.

Конкретно у питању је могућност да се у судском поступку постави привремени заступник друштва. Потребно је указати да могућност постављања привременог заступника друштва од стране суда није ограничена само на околност када друштво остане без директора услед оставке, већ се односи и на све друге околности када друштво остане без јединог директора, без обзира на узрок који је до тога довео.²⁶

У околностима када привредно друштво остане без јединог директора, а нови директор не буде регистрован у даљем року од 30 дана, закон даје могућност акционару или другом заинтересованом лицу да захтева од суда у ванпарничном поступку постављање привременог заступника друштва.

У погледу ове правне последице која може наступити услед оставке директора друштва потребно је прецизно дефинисати временски тренутак од кога почиње да тече рок, а по чијем протеку се може захтевати од суда постављање привременог заступника друштва. Закон користи формулацију „...ако је друштво остало без јединог директора, а у даљем року од 30 дана не буде регистрован нови...“ Питање у конкретном случају јесте да ли рок почиње да тече од тренутка дејства оставке директора према друштву или од тренутка регистрације оставке као тренутка од кога оставка производи правно дејство према трећим лицима. Суштински, спорно питање јесте тренутак почетка протекла рока, док се крај временског периода по чијем протеку може бити захтевано од суда постављање привременог заступника јасно везује за чињеницу регистрације новог директора (односно одсуство те чињенице). Нејасноћу при одређењу тренутка од кога почиње да тече наведени законски рок узрокује сама формулација закона која каже да је у питању тренутак од кога друштво остаје без директора. Суштинско питање јесте у ком тренутку друштво заиста остаје без јединог директора? Тренутак у коме друштво остаје без директора везује се за дан саопштења оставке друштву или евентуално неки каснији тренутак уколико је исти предвиђен самом оставком, због чињенице да управо

26 ЗПД, чл. 397.

у том тренутку наступа конститутивно дејство оставке у смислу престанка функције, док регистрација те чињенице има само деклараторно дејство. Међутим у овом случају потребно је имати у виду и претходно описану правну последицу оставке јединог директора друштва – обавеза даљег обављања функције. У конкретном случају као што је речено наведена обавеза постоји од тренутка регистрације оставке, па до протека рока од 30 дана од тог момента. На основу претходно наведеног чини се да је стварни моменат када друштво остаје без јединог директора управо тренутак када протекне рок од 30 дана од дана регистрације оставке, јер тек у том тренутку директор није више у обавези да обавља функцију. У складу са наведеним може се извести закључак да право на захтев за постављање привременог заступника друштва настаје по протеку рока од 60 дана од дана регистрације оставке директора, уз додатни услова да у том временском периоду не буде регистрован нови директор. До наведеног рока од 60 дана од дана регистрације оставке директора, а по чијем протеклу може бити захтевано од суда постављање привременог заступника друштва се долази тако што се на рок од 30 дана од дана регистрације оставке, у коме постоји законска обавеза на даље обављање функције (а по чијем протеклу друштво суштински остаје без јединог директора), надовезује нови рок од 30 дана у оквиру кога ако не буде регистрован нови директор настаје право на захтев за постављање привременог заступника друштва.

Веома важна чињеница предметне правне последице јесте да не наступа по самом закону већ је потребан захтев законом овлашћених субјеката. То су: 1) акционар (и) или 2) свако заинтересовано лице. Битно је приметити да у случају када акционар поднесе захтев за постављање привременог заступника, закон не захтева постојање додатног услова у погледу поседовања одређеног процента капитал учешћа. Ко може бити заинтересовано лице зависиће од околности конкретног случаја, у највећем броју случајева то би свакако били повериоци друштва. Оно што је важно у овом случају напоменути јесте да је потребно доказати својство заинтересованог лица у супротном би предлог (захтев) за постављање привременог заступника друштва требало одбацити као недозвољен.

О захтеву одлучује суд у ванпарничном поступку у року од 8 дана од пријема захтева, због чега сам поступак има карактер хитности.

Закон о привредним друштвима и у другим околностима прописује надлежност ванпарничног суда за решавање одређених питања,²⁷ па се може поставити питање како би изледао такав ванпарнични поступак.

27 Види: ЗПД, чл. 55, 57, 59, 81, 132, 244, 338, 339, 343, 356, 397, 457, 458, 462, 466, 493, 513, 521, 522, 542, 543, 548, 563, 565.

Закон о ванпарничном поступку²⁸ садржи одређене одредбе општег карактера, а затим уређује посебне ванпарничне поступке. Околности за које је ЗПД-ом предвиђена надлежност ванпарничног суда чини се да не могу бити упоредиве са постојећим посебним ванпарничним поступцима уређених законом и по том основу прибећи примени аналогije правила поступка, те у таквим околностима остају само одредбе из општег дела Закона о ванпарничном поступку.²⁹

Занимљиво питање у овом случају може бити да ли лице које је постављено одлуком суда за привременог заступника мора прихвати обављање функције и да ли је потребно претходно позвати предложено лице да учествује у поступку.³⁰ Последње нарочито због могућности изјаве жалбе на решење о постављању заступника јер правна средства против одлуке суда могу уложити само она лица која су учесници у поступку.

Када решењем суда друштво добије привременог заступника, исти обавља функцију до именовања новог директора у складу са законом (закон није прецизно дефинисао рок у коме је потребно изабрати новог члана управе, а када би престала функција привременог заступника). С обзиром да су директори лица која сазивају скупштину друштва и предлажу тачке дневног реда, а у конкретном случају скупштина представља

28 Види: Закон о ванпарничном поступку (*Службени гласник РС*, бр. 25/82 и 48/88 и *Службени гласник РС*, бр. 46/95, 18/2005 и 85/2012). О ванпарничном поступку видети: Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010, стр. 727–794.

29 Као што и закон каже поступак се покреће предлогом (захтевом) у коме је потребно навести пословно име друштва као и име(на) предлагача. У образложењу предлога потребно је описати конкретне околности, доказати својство заинтересованог лица и на крају предложити лице које се поставља за привременог заступника. У предлогу не би било могуће само захтевати од суда да постави заступника а без навођења имена конкретног лица. Наведено је чини се исправан закључак нарочито због тога што суд нема довољно сазнања које би лице било способно за обављање функције привременог заступника, као и немогућности да се тим питањем бави због кратког законског рока у коме је потребно донети одлуку. Одлука којом се именује приврени заступник друштва доноси се у форми решења, а против које је могуће изјавити правне лекове предвиђене Законом о ванпарничном поступку.

30 Свакако да би лице које је предложено за привременог заступника требало позвати да учествује у ванпарничном поступку. Основ по коме би постојала обавеза прихватања такве функције било би само решење ванпарничног суда, али чини се да не би постојала могућност његовог принудног извршења (одлуке ванпарничног суда само у ограниченом броју случајева могу бити основ за покретање извршног поступка, код такозваних неправих ванпарничних поступака, што овде није случај), јер се поставља питање постојања претходног правног основа по коме би одређено лице морало обављати функцију привременог заступника друштва и који би представљао и сам основ за доношење решења у ванпарничном поступку.

орган именован, предлог новог директора друштва као и сазивање седнице на којој ће се о томе одлучити требало би да уследи од стране привременог заступника друштва, док би акционари који поседују најмање 5% акција са правом гласа имали право на допуну тачака дневног реда, односно право на сазивање ванредне седнице скупштине, уколико би по овом питању изостала активност привременог члана управе.³¹

Оставка јединог извршног директора друштва дводомне унутрашње структуре такође узрокује наступање две посебне правне последице.

Прва посебна правна последица јесте законска обавеза директора на даље обављање послова који не трпе одлагање, а у року од 30 дана од дана регистрације оставке. По својој садржини наведена правна последица се не разликује од исте правне последице која наступа у случају оставке јединог директора друштва једнодомне унутрашње структуре, те све што је претходно речено примењује се у овом случају.

Друга посебна правна последица која наступа у случају оставке јединог извршног директора јесте покретање принудне ликвидације друштва. Може се рећи да од свих законских одредби којима се уређује оставка директора друштва, одредба о принудној ликвидацији привлачи највећу пажњу. Такође потребно је указати да за разлику од друге правне последице оставке јединог (извршног) директора друштва једнодомне унутрашње структуре (постављање привременог заступника) има императивни карактер јер наступа увек када се испуне законом дефинисани услови.

Закон каже да ако се у року од 60 дана од дана када је друштво остало без јединог извршног директора не изабере нови извршни директор, регистар привредних субјеката по службеној дужности или по захтеву заинтересованог лица покреће поступак принудне ликвидације друштва.

У већини случајева постоје мишљења која сматрају да је ова одредба закона непотребна и да се не види разлог њеног постојања, међутим може се поставити питање да ли је баш тако.

Сврха постојања института принудне ликвидације, који у посебном одељку познаје и наш закон, јесте да престане постојање друштва које не испуњава све законом прописане услове. Један од таквих услова јесте да друштво мора имати законског заступника како би могло да функционоше у правном промету. Како је већ речено извршни директори по самом закону су законски заступници друштва, те у случају саопштења оставке од стране истог (уколико је у питању једино лице на тој функцији) друштво остаје без свог јединог законског заступника.

31 Види: ЗПД, чл. 398 ст. 1 тач. 8, чл. 337, чл. 372 ст. 1 тач. 2.

Имајући у виду правну последицу која настаје у овом случају неопходно је прецизно одредити моменат од кога почиње да тече рок, а по чијем протеку ће бити покренут поступак принудне ликвидације друштва. Закон каже по протеку рока од 60 дана од када је друштво остало без јединог директора уз додатни услова се се по његовом истеку не именује нови директор. Опет се поставља питање да ли су наведени временски моменти везани за регистрацију оставке, односно именовања новог директора или за неки ранији временски тренутак. Конкретно потребно је дефинисати две околности: а) прво као што је већ речено, прецизан временски тренутак од кога почиње да тече рок од 60 дана (тренутак дејства оставке према друштву или тренутак регистрације оставке) и б) да ли је по истеку наведеног рока потребно да изостане одлука надзорног одбора о именовању новог директора или регистрација те одлуке. У погледу првог питања може се применити све што је до сада речено о томе када суштински друштво остаје без јединог директора. С обзиром да и у овом случају постоји законска обавеза на даље обављање функције у року од највише 30 дана од дана регистрације оставке, стварни моменат када друштво остаје без јединог директора јесте управо тренутак када престаје законска обавеза директора на даље обављање функције, а то је тренутак истека рока од 30 дана (или краћи период времена уколико је тако уговорено) од дана регистрације оставке. Као и у случају посебне правне последице оставке директора друштва једнодомне унутрашње структуре у виду захтева за постављање привременог заступника друштва, на поменути рок од 30 дана од дана регистрације оставке (дефинисан као тренутак када друштво суштински остаје без јединог директора), потребно је надовезати законом превиђени рок од 60 дана, а по чијем протеку ако не буде именован нови директор наступка принудна ликвидација друштва. На основу наведеног може се рећи да могућност покретања поступка принудне ликвидације друштва у случају оставке јединог извршног директора наступа по протеку рока од 90 дана од дана регистрације оставке.

У погледу другог питања да ли је за принудну ликвидацију друштва у наведеном року потребан изостанак именовања новог директора или регистрација те чињенице, закон указује да је у питању изостанак самог именовања. На основу језичког тумачења проистиче да је довољно постојање одлуке надзорног одбора о именовању новог директора, али да није неопходно да је таква одлука већ регистрована. Наравно, у таквим околностима може постојати опасност, јер се поступак принудне ликвидације покреће по службеној дужности или на захтев заинтересованог лица које може бити изван друштва, у смислу да се не зна за постојање одлуке о именовању јер одлука није регистрована и да дође до покретања поступка принудне ликвидације друштва, иако за то није

било основа. Прикладније решење и у овом случају би било да је законодавац употребио термин регистрација, а не именовање новог директора друштва.³²

При проналажењу разлога постојања одредбе о принудној ликвидацији друштва која може наступити у случају оставке јединог извршног директора друштва потребно је узети у обзир и друге одредбе закона.

Део закона којим се регулише ликвидација као начин престанка привредног друштва, садржи и одредбе о принудној ликвидацији.³³ Основи покретања поступка принудне ликвидације друштва таксативно су наведени законом, међу које се убраја и околност када друштво остане без законског заступника а нови заступник не буде регистрован у року од 90 дана од дана брисања претходног заступника из регистра привредних субјеката.³⁴ Одмах се примећује да основ за покретање поступка принудне ликвидације прописан у случају оставке јединог извршног директора друштва дводомне унутрашње структуре није нови јер исти основ садрже и опште одредбе о принудној ликвидацији. Такође разлика не постоји ни код рока по чијем протеклу се покреће поступак принудне ликвидације друштва. У оба случаја рок износи 90 дана³⁵ и почиње да тече од тренутка када друштво остане без законског

32 Веома важно питање уопште код поступка принудне ликвидације друштва јесте да ли постоји могућност изјављивања правних средстава на одлуку регистратора којом се покреће поступак принудне ликвидације. Такође треба имати у виду да регистратор привредних субјеката као надлежни орган за покретање поступка по својој правној природи јесте управни орган. У овом случају дозвољена су првенствено правна средства предвиђена Законом о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре (*Службени гласник*, бр. 99/2011), а то су жалба као и друга правна средства предвиђена законом о општем управном поступку. Одлуку по жалби изјављене против одлуке регистратора доноси сам регистратор или надлежни министар (уколико жалба не буде одбачена или усвојена). У складу са законом о регистрацији одлука министра је коначна и против ње може бити покренут управни спор, а против одлуке управног суда ванредни правни лек пред Врховним Касационим судом – захтев за преиспитивање судске одлуке. Могућност изјављивања правних средстава против одлуке регистратора о покретању принудне ликвидације друштва нарочито би било од важности уколико би постојала одлука о именовању новог директора, а која није заведена у регистру.

33 Ликвидација као начин престанка привредног друштва уређена је у деветом делу ЗПД, чл. 524–548. Одредбе о принудној ликвидацији налазе се у чл. 546–548. О принудној ликвидацији видети: Alan Dignam, John Lowry, Nicola Padfield (series editor), *Company Law*, Fourth Edition, Oxford University Press, 2008, стр. 398–406.

34 ЗПД, чл. 546 ст. 1 тач. 8.

35 Тачније у делу закона којим се уређује принудна ликвидација наведен је рок од три месеца, док у одредбама којима се уређује оставка јединог извршног директора друштва наведен је рок од 60 дана од када је друштво остало без јединог директора.

заступника. Разлика једино постоји у погледу чињенице чије се одсуство захтева као услов за покретање поступка принудне ликвидације друштва. Код општих одредби о принудној ликвидацији јасно је да је у питању изостанак регистрације новог директора, док код посебне одредбе о принудној ликвидацији говори се о изостанку именовања новог директора као услова за покретање поступка по протеклу наведеног рока. Наведено може да помогне при тумачењу да ли је законодавац био само непрецизан при одређењу овог услова код одредби о принудној ликвидацији у оквиру уређења оставке директора, али о томе одговор може дати само будућа пракса.

У оба случаја прописана је надлежност истог органа за покретање поступка ликвидације – регистратор који води регистар привредних субјеката, једино у оквиру одредби којима се уређује оставка јединог извршног директора друштва постоји и могућност да заинтересовано лице предложи регистратору покретање поступка.

Како су у осталим питањима изостале посебне одребе којима се уређује принудна ликвидација друштва у случају оставке јединог извршног директора друштва дводомне унутрашње структуре, примењиваће се опште одредбе које важе и за остале законом предвиђене основе покретања принудне ликвидације друштва.

На основу претходно изнетог чини се да није потпуно необјашњиво постојање ове одредбе закона, али не може остати непримећена недоследност законодавца при уређењу института принудне ликвидације. Остаје питање зашто је законодавац увидео потребу да посебно пропише овакву санкцију код оставке извршног директора друштва дводомне унутрашње структуре, када већ постоји одредба закона која регулише такву околност, као и питање зашто таква одредба не постоји у случају оставке јединог директора друштва једнодомне унутрашње структуре, јер и у овом случају у питању је оставка јединог законског заступника друштва. Имајући у виду да се опште одредбе о принудној ликвидацији односе на све форме друштава и на све околности када друштво остане без законског заступника, јасно је да у случају оставке јединог директора друштва једнодомне унутрашње структуре, ако се испуне услови прописани овим одредбама закона, наступиће принудна ликвидација друштва, али у овом случају по основу општих одредби о принудној ликвидацији. У том смислу постојаће разлика између принудне ликвидације друштва једнодомне и дводомне унутрашње структуре, а као последица оставке јединог (извршног) директора друштва, у првом случају примењиваће се опште одредбе о принудној ликвидацији, док ће се у другом случају примењивати посебне одредбе о принудној ликвидацији садржане у оквиру уређења оставке извршног директора друштва дводомне унутрашње структуре.

Занимљиво питање у случају покретања поступка принудне ликвидације друштва као последице оставке јединог директора друштва, јесте постојање одговорности одређених субјеката, нарочито због чињенице да у конкретним околностима ликвидација друштва наступа јер није именован нови директор.

У овом случају потребно је дефинисати две групе лица, она према којима постоји одговорност и она која су одговорна. Лица према којима постоји одговорност могу бити само акционари, јер друштво као правни субјект, након спроведеног поступка ликвидације, више не постоји. Питање одговорности је од нарочитог значаја због околности да су у случају принудне ликвидације контролни чланови/акционари друштва, одговорни повериоцима за обавезе друштва не само до висине примљеног износа из ликвидационог остатка (као што је иначе правило код редовне ликвидације), већ и солидарно неограничено личном имовином и након брисања друштва из регистра,³⁶ чиме је њихов правни положај знатно погоршан. Лица која би у овим околностима била одговорна јесу она која су по закону надлежна за именовање новог директора али то нису учинила. Конкретно може постојати само одговорност чланова надзорног одбора, док у случају друштва једнодомне унутрашње структуре, орган именовања јесте скупштина коју чине сами акционари, па у том случају нема општих претпоставки за заснивање облигационог односа. Основ одговорности могао би се засновати према општим правилима облигационог права. Такође евентуално основ одговорности може бити кршење дужности пажње, јер пасивност чланова надзорног одбора по питању избора новог члана, знајући какве правне последице у том случају наступају представља очигледно кршење те дужности. Истина је да се сматра да обавеза поштовања посебних дужности постоји првенствено према привредном друштву, али закон такође дозвољава да акционари поднесу индивидуалну тужбу због кршења тих дужности а ради накнаде штете која им је тиме проузрокована.³⁷ Дакле основ подношења тужбе може бити и повреда дужности пажње. Право акционарима на накнаду штете у овом случају треба омогућити и због чињенице да нису могли да утичу на избор новог директора, у смислу могућности предлога за заказивање седнице одбора или предлагања тачака дневног реда. На крају потребно је само нагласити да одговорност по овом основу може постојати само код друштва дводомне унутрашње структуре и то само чланова надзорног одбора.

36 ЗПД, чл. 548 ст. 4.

37 ЗПД, чл. 78.

IV Закључак

Институт оставке директора привредног друштва у нашој литератури није био предмет детаљније правне анализе. Такво стање ствари вероватно је било узроковано оскудним законским решењима, али и чињеницом да се на први поглед чини да о предметном институту нема се баш много тога рећи. Након измена закона који знатно детаљније регулише оставку директора, у односу на ранија решења, као и након анализе тих одредби уочава се да и у овом случају постоје бројна правна питања на која је потребно пружити одговор.

Међу питањима која се везују за правну анализу института оставке директора привредног друштва, по свом значају свакако се истиче питање правних последица које у таквим околностима наступају по друштво.

У овом раду, све правне последице које наступају након изјаве воље директора којом друштву саопштава своју оставку груписане су у две целине.

Прву целину чине правне последице које по својој природи имају карактер општости из разлога што могу увек настати у случају оставке директора, односно за исте није потребан додатни услов.

Опште правне последице оставке директора привредног друштва су: 1) престанак функције, 2) могућност примене института кооптације, 3) раскид или измена уговора закљученог са друштвом (као и могућност исплате посебне врсте накнаде, у складу са уговором) и 4) могућност постојања имовинске одговорности директора према друштву.

Другу целину правних последица које наступају након изјаве воље којом директор друштву саопштава оставку, по својој природи имају карактер изузетка, јер је потребно да у том случају оставку саопштава лице које једино обавља функцију извршног директора у друштву (код друштва једнодомне унутрашње структуре истовремено је у питању и оставка јединог директора друштва).

Посебне правне последице оставке директора привредног друштва су: 1) обавеза даљег обављања функције у законом дефинисаном року, 2) могућност постављања привременог заступника друштва у ванпарничном поступку и 3) покретање принудне ликвидације друштва.

Додатна особеност у погледу посебних правних последица оставке директора јесте да и међу њима постоји подела на правне последице које наступају у случају оставке јединог (извршног) директора друштва једнодомне унутрашње структуре (обавеза даљег обављања функције и могућност постављања привременог заступника друштва) и оне које

наступају у случају оставке јединог извршног директора друштва дводомне унутрашње структуре (обавеза даљег обављања функције и принудна ликвидација друштва).

Међу наведеним посебним правним последицама које наступају у случају оставке директора, несумњиво по своме значају издваја се могућност покретања поступка принудне ликвидације друштва, а која је предвиђена само код одредби којима се уређује оставка јединог извршног директора друштва дводомне унутрашње структуре. Поменуто представља и важну новину нашег права код уређења предметног института, али и тачку спорења око оправдања постојања такве одредбе закона. У раду је, на првом месту и то применом систематског тумачења законских одредби, покушано да се укаже да постојање наведене одредбе није у потпуности необјашњиво имајући у виду и садржину општих одредби о принудној ликвидацији друштва, тачније одредбе којом се прописују основи за покретање таквог поступка. Међутим као додатно питање, а на што је већ указано, поставља се зашто закон предвиђа могућност покретања поступка принудне ликвидације само код оставке јединог извршног директора друштва дводомне унутрашње структуре, а исту последицу није предвидео и код оставке јединог директора друштва једнодомне унутрашње структуре.

На овом месту потребно је врати се на питање разлога постојања посебних правних последица у случају оставке јединог (извршног) директора друштва. Такав разлог вероватно постоји у чињеници да у наведеним околностима друштво остаје без законског заступника. Дакле и када оставку саопштава једини директор друштва једнодомне унутрашње структуре, као и једини извршни директор друштва дводомне унутрашње структуре, у оба случаја у питању су законски заступници друштава, те њиховом оставком друштво остаје без лица на тој функцији. Међутим, како је већ указано уколико друштво остане без законског заступника, а нови не буде регистрован у одређеном року, испуњени су услови за покретање поступка принудне ликвидације друштва, све у складу са општим одредбама о принудној ликвидацији. На основу наведеног, јасно је да оставка јединог директора друштва једнодомне унутрашње структуре такође може узроковати принудну ликвидацију друштва, међутим у овом случају, како је то већ указано, не по основу одредби закона којима се уређује оставка директора друштва. Основ за такву правну последицу јесу опште одредбе о принудној ликвидацији привредног друштва, регулисане посебним делом закона.

На крају потребно је указати и на питање законског уређења оставке директора који обавља функцију законског заступника друштва, односно у складу са дефинисаним предметом разматрања правних

последица које у том случају наступају. На основу језичког тумачења законских одредби уочава се да не постоје одредбе којима се посебно регулише оставка законског заступника друштва, самим тим ни посебно правне последице које у том случају наступају по друштво. Опште правне последице оставке директора друштва, на начин на који су дефинисане у овом раду неспорно се примењују и код оставке законског заступника друштва. Међутим, логичким и циљним тумачењем закона може се рећи да посебне правне последице оставке директора друштва постоје управо због чињенице да се тада ради о оставци јединог (извршног) директора друштва који самим тим обавља и функцију законског заступника. Међутим, овде је потребно указати на следеће. Када прописује посебне правне последице оставке директора друштва, закон употребљава термин, једини директор, односно једини извршни директор друштва. У наведеним околностима неспорно је да је у питању и једини законски заступник друштва. Међутим, код друштва једнодомне унутрашње структуре могу постојати околности када постоји један законски заступник друштва, али који није истовремено и једини директор друштва. Конкретно у питању је околност када је формиран одбор директора, који по само закону тада мора бити састављен од два неизвршна и једног извршног директора.³⁸ Друштво тада такође има само једног законског заступника, међутим како није у питању и једини директор друштва, посебне одредбе закона о правним последицама оставке у том случају се не примењују. На основу наведеног у таквим околностима не примењују се одредбе о обавези даљег обављања функције, као и могућност постављања привременог заступника друштва, али постоји основ за покретање поступка принудне ликвидације, у складу са већ споменутом општом одредбом закона, која се увек примењује на околност када друштво остане без законског заступника. Дакле, суштински разлика правних последица оставке јединог законског заступника друштва једнодомне унутрашње структуре, а који истовремено није и једини директор друштва и оставке јединог законског заступника друштва дводомне унутрашње, који никада није и једини директор друштва, јесте да у првом случају може наступити само принудна ликвидација друштва, али не и остале посебне правне последице. У другом случају наступају све законом предвиђене посебне правне последице оставке директора. У складу са наведеним чини се да је законодавац требао посветити више пажње уређењу оставке законског заступника друштва, како у погледу правних последица оставке, тако и код других питања предметног института.

38 Види: ЗПД, чл. 387 ст. 2 и 3.

*Jovana VELIČKOVIĆ, M.A.
Janković, Popović & Mitić o.d.*

LEGAL CONSEQUENCES OF RESIGNATION OF A DIRECTOR OF A COMPANY

Summary

This article considers legal consequences of resignation of a director of a company. All legal consequences of a director's resignation, prescribed by law and which are affecting the company can be divided into two groups: general and special. General legal consequences appears always when a director resigns from his office, while special legal consequences appears only in circumstances when the sole (executive) director of a company resigns from his office. General legal consequences of director's resignation are: termination of office, termination or modification of a director's contract concluded with the company and possibility of the existence of liability of director for damage caused to the company. Specific legal consequences of director's resignation are: the obligation for continuing the function within a specified period of time prescribed by law, the possibility of setting up a temporary representative of a company in contentious court proceedings and possibility of an involuntary liquidation procedure being initiated against the company. In addition, among these special legal consequences of director's resignation, the law knows difference between those who appears in the case of a resignation of a one-tier board company's sole director and those who appears only in the case of a resignation of a two-tier board company's sole executive director. Finally, special attention was paid to the legal regulation of a resignation of a director, who is the legal representative of a company, precisely the legal consequences which in this case are affecting the company.

Key words: *termination of membership on the board of a company, director's resignation, legal consequences of resignation of a director of a company, legal representative of a company, executive director.*

Бошко ВОЈКИЋ

Игор РАДОВАНОВИЋ*

НЕЗАВИСНИ ДИРЕКТОРИ

Резиме

Аутори овој чланка се слажу са ставом да дефинисање и уопштено проблематика независних директора данас представља једно од најзначајнијих отворених питања корпоративног управљања. Институција независних директора великих компанија у корпоративном управљању је релативно нова ствар у Србији. Корпорације представљају важан део друштва, те оно што се дешава унутар компаније има утицаја и на комплетно друштво (власнике, запослене, клице итд.). Управо као један од могућих начина за савештавање и избегавање конфликтних ситуација у корпорацијама и начин на који би се обезбедило њихово удружање различитих интереса заинтересованих страна појавила се институција независних директора.

У овом раду аутори указују на одређене семенне институције независних директора који су мање више заступљени. Са једне стране је фокус на критеријуму и проблематици селекције независних директора, а са друге стране на утицају и врсти накнаде на рад независних директора као специфичном ефекту са којим се сусрећемо.

У покушају да детаљније објасне институцију независних директора и укажу на њихов значај, аутори су дали одговоре на неколико питања: на које начине се дефинишу независни директори и да ли постоје значајне разлике у њиховим одређењима у нашем и уредном праву; да ли је основна и круцијална улога независних директора да једноставно буду

* Аутори су добитници награде Фондације „Професор др Мирко Васиљевић“ за најбољи рад из области компанијског права за 2012. годину.

независни; која лица моју бићи одабрана за независне директоре и на који начин се врши њихов одабир; који су то основни механизми који помажу да независни директори савесно обављају свој посао?

Кључне речи: *директор, независни директори, Закон о привредним друштвима, накнада.*

I Дефиниције независних директора

У савременом свету покушај да се на јединствен начин дефинише независност директора¹ представља готово немогућ задатак.² Са једне стране постоје разноврсне концепције и структуре управе, а са друге стране различита пракса по питању односа државе и акционарских друштава што доводи до великог броја различитих приступа проблематици независности.³

1. Дефиниција независних директора према Закону о привредним друштвима Републике Србије

Према Закону о привредним друштвима Републике Србије независни директор се дефинише као лице које није повезано лице са директорима (извршним и неизвршним) и које у претходне две године није: 1) било извршни директор или запослени у друштву, или у другом друштву које је повезано са друштвом у смислу овог закона; 2) било власник више од 20% основног капитала, запослено или на други начин ангажовано у другом друштву које је од друштва остварило више од 20% годишњег прихода у том периоду; 3) примило од друштва, или од лица која су повезана са друштвом у смислу овог закона, исплате односно потраживало од тих лица износе чија је укупна вредност већа од 20% његових годишњих прихода у том периоду; 4) било власник више од 20% основног капитала друштва које је повезано са друштвом у смислу овог закона; 5) било ангажовано у вршењу ревизије финансијских извештаја друштва.⁴

1 Види: Jeffrey N. Gordon, „The Rise of Independent Directors in the United States 1950–2005: Of Shareholder Value and Stock Market Prices“, *Stanford Law Review*, Vol. 59(6)/2007.

2 Вук Радовић, „Пут ка независном управном одбору“, *Правни живот*, бр. 12/2008, стр. 84.

3 Види: ОЕЦД принципи корпоративног управљања, Мисија ОЕБС-а у Србији и Црној Гори, сектор за економска питања и политику животне средине, 2004, стр. 55–56.

4 Закон о привредним друштвима (*Службени гласник Републике Србије*, бр. 36/2011 и 99/2011), чл. 392.

У складу са законом, од независног директора се захтева да испуњава све услове за ову функцију током трајања мандата. У супротном, уколико независни директор престане да испуњава неки од потребних услова, том лицу престаје својство независног директора. Он наставља да обавља дужност као неизвршни директор уколико испуњава услове за неизвршног директора, односно као извршни директор ако испуњава услове за извршног директора. Међутим, уколико се догоди да лице не испуњава услове нити за неизвршног нити за извршног директора, по сили закона се сматра да му је престао мандат директора и то даном престанка испуњења тих услова.

Сматрамо да је Закон о привредним друштвима од 2011. године оправдано проширио формулацију прошлог закона, на то да не могу бити независни они директори који су чланови повезаних друштва компаније. Пооштравањем критеријума независности омогућава се већа неутралност менаџера јер су из селекције искључена она лица која су већ на неки начин у вези са постојећим друштвом. Ипак, иако примећујемо да је нови закон флексибилан, постављена граница да висина исплате или потраживања коју директор може да прими зависи од његових годишњих примања, отвара могућности потенцијалним злоупотребима. Наиме, петина годишњих примања успешног директора може бити једна импозантна цифра, па сматрамо да би ипак било боље да се снизи тај лимит.⁵ Такође, чини се да би смањивање процента удела у акцијама који независни директор може да поседује у друштву допринело обезбеђивању неутралности менаџера и квалитетнијем надзору, а самим тим и успешнијем пословању компаније.⁶

2. Предлог дефиниције независних директора од стране Европске комисије

Проблематика независности и непостојање општеприхваћене дефиниције независних директора, апсолутно оправдавају настојања Европске уније да својим предлогом усмере државе ка хармонизацији и унификацији у овој комплексној области. Зато је Висока група експерата, оформљена од стране Европске комисије, изложила следећу дефиницију независног директора. Независни директори су: 1) лица (чланови породица и са њима повезана лица) која нису запослена у компанији или то нису била пет година пре именовања као неизвршни или надзорни директори; 2) лица (чланови породице и са њима повезана лица)

5 Закон о привредним друштвима (*Службени гласник Републике Србије*, бр. 125/04; даље у фуснотама: ЗОПД (2004)), чл. 310.

6 Прописана је могућност да независни директор поседује максимално директно или индиректно акције друштва које представљају до 10% основног капитала друштва – ЗОПД (2004), чл. 310.

која не примају никакву накнаду за консалтинг или за нешто друго од компаније или њених извршних директора; 3) лица (чланови породице и са њима повезана лица) која не примају накнаду од компаније која је зависна од њених перформанси; 4) лица (чланови породице и са њима повезана лица) која, у својству неизвршних или надзорних директора компаније, надзиру извршног директора који је неизвршни или надзорни директор у другом друштву у којем су она извршни директори, или у другој форми међусобне повезаности; 5) лица (чланови породице и са њима повезана лица) која су контролни акционари, делујући самостално или заједнички, или њихови заступници.⁷

Занимљивост је да се у Препоруци Европске комисије⁸ оставља одређена дискрециона власт управном или надзорном одбору да процене да ли неко лице може бити сматрано независним због околности везаних за то лице или за само друштво.⁹ Иако ово овлашћење не постоји у нашем законодавству, остале основне карактеристике ове дефиниције (препорукe) јесу имплементиране у наше законодавство.

3. Дефиниције независних директора у упоредном праву

У упоредном праву постоји изузетно велики број дефиниција које варирају по питању својих основних елемената. С обзиром на то да постоје изузетне разлике по питању структура управа и односа у оквиру њих, сасвим је очекивано да су и дефиниције независних директора разнолике. Одређени број дефиниција ставља акценат на обавезну материјалну независност директора у односу на компанију.

- 1) Независни директори су лица која немају материјалне користи од саме компаније. Њихова основна сврха је да се увере да чланови компаније нису под утицајем одређених интереса у компанији, те они сами морају бити материјално независни од свега што може да утиче на независност њиховог деловања.¹⁰ Овакав модел постоји у Великој Британији. Потом, они пре свега постоје и обављају своју дужност како би помогли компанију да послује поштено и ефикасно.¹¹

7 Мирко Васиљевић, *Компанијско право – право привредних друштва*, 6. издање, Београд, 2011, стр. 376–377.

8 Предлог дефиниције независних директора од стране Европске комисије, члан 13.

9 М. Васиљевић, *Корпоративно управљање*, Београд, 2007.

10 *The Cadbury Report*, Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance, Committee established by the Financial Reporting Council and the London Stock Exchange, United Kingdom, 1992; вид. *The Hampel Report*, Committee on Corporate Governance, United Kingdom, 1998.

11 Loeb & Loeb's Corporate Governance Practice Group, *Guide for Independent Directors*, Loeb & Loeb LLM, 2008.

- 2) Независни директор може бити само оно лице које нема везу материјалне природе са компанијом у којој обавља ову улогу. На пример, у италијанском законодавству, независни директор не може да поседује, директно или индиректно, одређени број акција који би му омогућио управљање компанијом у извесном смислу.¹²

Са друге стране се сусрећемо и са дефиницијама које истичу у први план способност и могућност директора да савесно и независно¹³ расуђује и одлучује о пословању директора.

- 1) Независни директор је лице које је по мишљењу одбора директора способно да учествује у доношењу независне одлуке о одговорности директора.¹⁴
- 2) Независни директор је оно лице за које одбор директора афирмативно утврди да нема позицију која може да угрози независно расуђивање о одговорности директора.¹⁵ Овакве дефиниције су пре свега карактеристичне за америчко тржиште.
- 3) Сврха избора независних директора је осигурање да директори врше своја права и обавезе искључиво у корист саме компаније,¹⁶ те да њихове одлуке нису производ било каквих стварних или потенцијалних сукоба интереса.¹⁷

Иако не постоји јединствена дефиниција независних директора у упоредном праву, из понуђених могу да се извуку основне карактеристике ове институције. Из мора различитих дефиниција свакако да се као најуже одређење може узети дефиниција која независне директоре дефинише као лица која немају никакав материјални интерес или другу врсту повезаности¹⁸ са компанијом или њеним управним или менаџмент одбором.¹⁹

12 *The Preda Report, Code of Conduct for Listed Companies*, Committee for the Corporate Governance of Listed Companies, sponsored by the Borsa Italiana – Italian Stock Exchange, 1999. Code § 3.

13 *The Vienot II Report, Mouvement des Entreprises de France*, MEDEF, 1999, стр. 15.

14 NASDAQ Stock Market Rule 4200 a(15) – Definition of Independent Director.

15 American Stock Exchange, Section 801.

16 *The Vienot I Report*, Conseil National du Patronat Francais, CNPF, 1995, стр. 12.

17 *The Russia Corporate Governance Manual, A Model definition of an independent director*, 2004.

18 *The Cardon Report, Corporate governance for Belgian listed companies*, Belgian Corporate Governance Committee, 1998, I.B.1.9.

19 Devesa, „Les Administrateurs Independants“, *Revue de Droit des Affaires Internationals – International Business Law Journal*, Sweet & Maxwell, 1994, стр. 543–566. Вид. Klaus

II Проблематика селекције независних директора

С обзиром на то да се у историји наше земље испољавала лоша традиција промена структуре чланова одбора компанија са променама власти, желимо да укажемо на значај селекције независних директора, јер управо она омогућава постављање чврстих темеља ове институције.

1. Основни и нужни квалитети независних директора

Бројни аутори су се бавили изучавањем вештина које је потребно да поседује независни директор како би могао што боље да обавља свој посао.²⁰ Најчешће се дешава да се управо основни квалитети при селекцији и избору директора увелико занемаре, те независни директори не могу да врше своју функцију независно и квалитетно. У мноштву различитих критеријума испливала су четири која су сушта неопходност: независна процена, лојалност, марљивост и репутација.

а) Независна процена

Основна сврха, а уједно и крајњи циљ постојања независних директора јесте да на објективан начин заштите интересе акционара у односу на одбор директора.²¹ Ова сврха се може испунити на различите начине, али свакако један од најзначајнијих јесте обезбеђивање имплементације професионалног мишљења у односу на одлуке које доноси одбор директора. Такође, независни директори, својом неутралношћу доприносе неутрализовању различитих сукоба интереса који могу да се развију или већ постоје у самој компанији. С обзиром да никако нису зависни од директора или акционара, независни директори могу објективно да доносе процене и мишљења са искључивим циљем просперитета саме компаније.

б) Лојалности

Термин „лојалност“ у области права обухвата широки спектар активности чија је сврха и циљ бољитак интереса компаније и њених

J. Hopt, Eddy Wymeersch, *Comparative Corporate Governance: Essays and Materials*, de Gruyter, 1997, стр. 136–137.

20 Види: G. Rudick, *What to look for in an independent director*, International Management Services Ltd, 2007; V. Kumar, *Corporate Governance: The Myth of Independent Directors*, Global Corporate Governance News, 2009; S. Gopalakrishnan, *Role & Responsibilities of Independent Directors*, The Chartered Accountant, 2005.

21 *Role of Independent Directors – Issues and Challenges*, Audit Comitee Institute, 2011.

акционара. Да би се независни директор сматрао лојалним, потребно је да превентивно делује на потенцијалне сукобе интереса у оквиру компаније и односима са осталим директорима, као и да таква неслагања санира када наступе.²² Такође, да би испунио критеријум лојалности, независни директор не сме да заузима било какву позицију у конкурентској компанији, нити да користи и одаје пословне тајне зарад своје добробити.²³

в) Марљивост

Пре свега, да би се независни директор сматрао марљивим, потребно је да уложи адекватан рад и труд како би се изборио са бројним проблемима и пронашао најбоља решења проблема којима би утро пут успеху компаније. Марљивост независног директора подразумева и активну улогу у процесу управљања компаније, тиме што поставља незахвална питања,²⁴ притом не страхујући од одговора које би могао да добије, знајући да такво поступање води до напретка и успеха компаније.

Нажалост, у пракси се показало да независни директори, будући да неретко учествују у већем броју другачијих пословних подухвата, презаузети су и недовољно фокусирани на проблеме друштва у чијем одбору седе, па се неминовно рађа сумња у њихово слободно време, а самим тим и у њихову марљивост.²⁵

и) Репутација

Закључује се да репутација представља круцијални критеријум приликом заснивања радног односа, с обзиром на то да се преостали критеријуми углавном испољавају у правом светлу тек у наредним фазама пословања независних директора. Свакако да очигледну предност имају она лица која су већ учествовала у сродним активностима бизнис сфере. Приде, уколико иза себе имају историју успеха, тим пре ће задовољити поверење како компаније тако и самих акционара.

22 *Public Limited Companies Act*, В.Е.2535, 1992, art. 127.

23 *The Aldama Report – Corporate Governance Codes and Principles*, Spain, 2003.

24 *The Responsibilities of Institutional Shareholders and Agents – Statement of Principles*, Institutional Shareholders' Committee, United Kingdom, last updated 2007, стр. 2–3.

25 Вук Радовић, „Три разлога неефикасности независних директора“, *Правни животи*, бр. 11/2011.

2. Селекција и избор независних директора

Приликом селекције независних директора постављају се два основна питања. Која лица уопште могу да задовоље услове који се захтевају и, са друге стране, ко је надлежан за постављање независних директора?

а) Профил независног директoра

Два основна критеријума на којима се заснива целокупан профил независних директора јесу независност и стручност.²⁶ Међутим, оно што је занимљиво јесте да готово све кодификације које се баве овом проблематиком не спомињу стручност независног директора (под претпоставком да се она подразумева) и фокусирају се искључиво на независност. Свакако да независност јесте основни критеријум уопштено за институцију независних директора и то садржи свака од поменутих дефиниција.

Оно што је занимљиво ипак, јесте да готово све дефиниције разрађују независност кроз такозвани негативни приступ и објашњавају независне директоре као лица која не зависе од других и која нису са њима повезана. Ретко која дефиниција има позитиван приступ који базира независност на посредовању и деловању на основу репутације. Са друге стране и када се дефинише независност као један од основних критеријума за независне директоре поставља се питање колико дуго та независност може да траје. Као одговор на ово питање постоје различите опције, а свакако да оне зависе од бројних фактора, почевши од начина именовања директора до привилегија које они добијају за свој посао.

Пошто стручност представља неизоставни фактор при селекцији независних директора, јер ниједној компанији није у интересу да запосли апсолутног лаика, сматрамо да није чудно зашто велики број кодекса заобилази да експлицитно помене овај критеријум. Међутим, експлицитно или не, дакако да заједно са независношћу представља један од два основна квалитета у процесу избора и именовања независних директора.

б) Именовање независног директoра

Питање именовања независног директора је директно повезано са његовом неутралношћу будући да постоји велика вероватноћа да ће

26 *Independent Board Candidate Qualifications*, Colgate's Board of Directors, Colgate-Palmolive Company, 2012.

се директори трудити да буду у сагласности са онима који су их запослили, не би ли тако задржали своју угледну позицију. Упркос овоме, већина кодекса корпоративног управљања се определило за решење где независног директора поставља контролни акционар, надзорни или извршни орган.²⁷

Сам начин избора и именовања мора у себи садржати неопходне гаранције, то јест да ће будући директор бити стварно независан од осталих органа и да ће одговарати за своје поступке акционарима.²⁸ У упоредном праву, у циљу разрешења ове енигме, дошло се до нове врсте директора оваплоћене у термину „мањински директор“. Најзначајнији пример се налази у шпанском праву које је установило систем у којем значајнији мањински акционари могу кумулативно гласати о постављању нових директора, чији је број пропорционално ограничен њиховим уделом у укупном капиталу компаније. Ипак, и ово решење има своје мане, иако несумњиво осигурава независност директора у односу на зависне менаџере. Постоји бојазан да ће се новоизабрани директори водити искључиво интересима групе мањинских акционара који су их изабрали и да ће се тако неоправдано подредити интересима који могу бити супротни интересу осталих акционара, то јест интересу саме компаније.²⁹

Иако је пример шпанског права иновативан и на својеврстан начин изналази ново решење легитимног именовања независних директора, овакав начин избора компромитује неутралност директора. Зато сматрамо да се морамо повиновати мишљењу већине законодавстава, јер ипак на одређени начин обезбеђује потребан степен независности.

III Ефекти различитих врста подстицаја

Иако начелна, независност директора не подразумева и да ће они радити свој посао потпуно предано и у интересу друштва. Због тога се у науци, а и у пракси корпоративног управљања постављало питање на које начине би могли да се подстакну директори да независно и савесно врше свој посао.³⁰ Три врсте подстицаја у том погледу су: њихова правна одговорност, одржавање репутације и врста накнаде.

27 Вид. *Guidelines on the Nomination and Election of Independent Directors*, Memorandum Circular No. 16, Series of 2002.

28 *Guidelines for the Appointment of Independent Directors*, BSD/DIR/GEN/CIR/VOL.1/013, CBN – Central Bank of Nigeria, 2007.

29 M. Bennedsen, D. Wolfenzon, „The Balance of Power in Closely held Corporations“, *Journal of Financial Economics*, бр. 58 (2000), стр. 113, 139, 1999.

30 J. B. Jacobs, „Director Independence: A Moving Target“, *Corporate Governance Advisor*, 2002, стр. 7.

1. Правна одговорност

Правна литература у овом сегменту се углавном своди на проширивање одговорности на независне директоре као физичка лица како би се казнили негативне последице до којих је довело њихово занемаривање дужности. Иако би теоретски овај метод служио као изванредна мотивација директорима да надгледају радње менаџера, проблеми настају у пракси. Оваква врста одговорности би начинила независне директоре невољним да предузимају ризичније подухвате чинећи их конзервативнијим према иновацијама. Такође, спречила би талентоване стручњаке да се ухвате у коштац са понуђеном позицијом директора будући да су могуће последице неуспеха стравичне.

2. Одржавање репутације

Одржавање добре репутације на тржишту радне снаге је оно што мотивише независног директора да савесно и добро ради свој посао. Доказано је да директори који су на челу компанија у финансијским проблемима губе репутацију и шансу за нова запослења, док супротно важи за оне који се налазе у успешним предузећима.

Међутим, бриге око одржавања добре репутације могу довести до пада ефикасности независног директора, а самим тим и ефикасности компаније.³¹ Доказ ове тврдње се налази у случају када директори који предвиде скорашњи пад перформанси предузећа дају превентивни отказ да би заштитили своју репутацију, уместо да остану на својој позицији кад су најпотребнији компанији. Из истих побуда, независни директори често отпуштају генералне директоре не би ли задовољили тренутне интересе акционара не обазирајући се притом на дугорочне интересе друштва. Поврх свега, доказани директори са одличном репутацијом су углавном чланови одбора различитих компанија, те услед преоптерећености послом, чешће праве пропусте у надзору рада тих предузећа.³²

Репутација представља круцијални подстицај, међутим њена сврха се у потпуности обесмишљава уколико се не доведе у корелацију са правном одговорношћу и новчаном накнадом.

31 Види: Eliezer Fich, Anil Shivdasani, *Are Busy Boards Effective Monitors*, 2006; Luc Renneboog, Yang Zhao, *Us knows us in the UK: On Director Networks and CEO Compensation*, 2011; Ilan Guedj, Amir Barnea, *Director Networks and Firm Governance*, 2009.

32 Henry Hansmann, Reinier Kraakman, *The End of History of Corporate Law*, *Geo. L. J.*, бр. 89/2001, стр. 439–442.

3. Новчани подстицаји

Два најважнија новчана подстицаја су променљива и фискална накнада. Накнада представља правни, а у економском смислу подстицајни механизам, чија употреба треба да се прилагоди специфичности обавеза и одговорности независних директора.³³ Оно на шта ћемо се посебно осврнути је „бумеранг“ ефект ових типова накнаде јер уместо да обезбеђују самосталност менаџера, емитују одређене ефекте који делују у потпуно супротном правцу.³⁴

а) Накнада која зависи од резултата

Накнада која зависи од резултата пословања друштва је накнада која се мења у односу на перформансе и успех друштва капитала и добија се у виду акција, вараната, заменљивих или партиципативних обвезница, учешћа у делу добити и сл.³⁵

Разлог увођења овакве накнаде која варира у зависности од резултата лежи у уједначавању интереса независних директора са интересима компаније тиме што их ова врста накнаде својеврсно поставља у позицију мањинских акционара.³⁶ Такође, независни директори се овако подстичу да савесно врше свој посао и ефективнији надзор над другим одборима јер њихова зарада искључиво зависи од успеха фирме.

Модерне теорије су се потрудиле да одговоре на питање како променљива накнада утиче на независност директора. Што буду имали веће учешће у укупним акцијама, то ће се независни директори више суздржавати од откривања и објављивања малверзација у компанији, јер такве вести аутоматски смањују цену акција, а самим тим и њихову зараду.³⁷ Такође, променљива накнада повећава шансу да независни чланови одбора предузимају подухвате са високим степеном ризика, јер ако успеју у таквом пројекту, пропорционално ће се повећати и њихова

33 Вук Радовић, *Накнада члановима управе акционарској друштва*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011.

34 Vuk Radović, „Boomerang Effect of Incentive and High Remuneration on Independence of Board Members“, у: Mirko Vasiljević, Rainer Kulms, Tatjana Josipović, Maja Stanivuković (eds.), *Private Law Reform in South East Europe – liber amicorum Christa Jessel-Holst*, Правни факултет Универзитета у Београду, Belgrade, 2010, стр. 170.

35 Кодекс корпоративног управљања Привредне коморе Србије из 2006. године, чл. 241.

36 Sibao Shen, Jing Jia, „Will the Independent Director Institution Work in China?“, *Loyola Los Angeles International and Comparative Law Review*, бр. 27/2005, стр. 225.

37 Assaf Hamdani, Reinier Kraakman, „Rewarding Outside Directors“, *Harvard Law & Economics Discussion Paper* бр. 578, January 2007, стр. 8.

приватна имовина. Ово поготово важи за банкарски сектор и потврђено је последњом великом економском кризом.³⁸ Променљива накнада коју су примали независни директори предузећа одиграла је своју значајну улогу у финансијском краху великог броја земаља будући да независни директори нису служили као неопходна противтежа другим одборима чиме је дошло до моралног хазарда.³⁹ Они су се због склопа своје плате водили личним материјалним интересима и због тога упуштали у ризичне послове, чији се велики број завршавао катастрофалним неуспесима. Управо због тога велики број аутора и многи кодекси корпоративног управљања пропaгирају ограничење или забрану овакве накнаде независним директорима, било директно или индиректно.⁴⁰ Међу овим кодексима налази се и Кодекс корпоративног управљања Привредне коморе Србије из 2006. године који је окарактерисао примање накнаде која зависи од резултата акционарског друштва као фактор који искључује независност директора.⁴¹ Супротно решење се заступа у Сједињеним Америчким Државама.⁴²

Пошто се променљивим накнадама компромитује независност директора никада се не може са сигурношћу тврдити да ли ће се члан одбора који прима искључиво променљиву накнаду руководити интересима корпорације управо због тога што поседује и одређене личне интересе који могу преовладати у датој ситуацији.

3.2. Висока фиксна накнада

Услед горе именованих негативних ефекта променљиве накнаде, давање високих фиксних зарада независним члановима одбора постала је честа пракса у акционарским друштвима развијених земаља.⁴³ *Ratio* овакве врсте накнаде лежи у томе да се ове позиције учине привлачнијим кроз високе плате и да се тако подстакне развој и раст тржишта радне снаге независних директора.

38 Препоруке комисије о правилима давања накнаде за услуге у финансијском сектору, С(2009) 3159, Брисел, 2009, рецитал 2.

39 Lucian A. Bebchuk, Holger Spamann, „Regulating Bankers’ Pay“, 2010, пар. 9.

40 Кодекс корпоративног управљања Велике Британије, правило Д.1.3.; Аустријски кодекс корпоративног управљања, 2009, правило 51; Белгијски кодекс корпоративног управљања, 12. март 2009, тачка 7.7; Холандски кодекс корпоративног управљања – Принципи доброг управљања, 10. децембар 2008, принцип III.7.

41 Кодекс корпоративног управљања Привредне коморе Србије, чл. 241.

42 Arthur R. Pinto, Douglas M. Branson, *Understanding Corporate Law*, 1999, стр. 119.

43 David Yermack, „Remuneration, Retention, and Reputation Incentives for Outside Directors“, NYU Working Paper No. S-CG-02-08, доступно на адреси: <http://papers.ssrn.com/abstract=1295258>, стр. 5.

Али високе плате су уједно и разлог зашто и овај механизам може негативно утицати на самосталност менаџера. Будући да им веће плате омогућавају да уживају у немалом броју луксуза, у намери да задрже своју уносну позицију, независни директори се неће супротстављати генералним менаџерима или извршном одбору из страха да не добију отказ.⁴⁴ Иако су свесни да би појачани надзор над осталим телима до-нео много више користи друштву капитала, тај страх их чини пасивним и кочи од исказивања свог мишљења не би ли сачували своју позицију и главни извор прихода.⁴⁵

Сама фиксна плата не може се утврдити унапред већ се мора индивидуализовати за сваког конкретног члана одбора. Неки аутори тврде да би имућнији били много бољи кандидати за чланове независног одбора јер би њихово богатство служило као гаранција да ће слободно исказати своје мишљење које је супротно мишљењу извршних директора јер се неће бојати за своју егзистенцију.⁴⁶ Управо због тога постоји оправдана претпоставка да људи са осредњим примањима, који су неретко најкомпетентнији за посао, не могу бити независни јер ће висока плата учинити да подилазе онима који су их запослили.

Са накнадама које се мењају зависно од резултата друштва стварају се нити које повезују много присније директора са предузећем и његовим пословањем, које као такве угрожавају његово непристрасно управљање и савесно одлучивање. Зато сматрамо да фиксне накнаде овај проблем умногоме отклањају јер су релативне и чине директоре удаљенијим од друштва, а самим тиме и обезбеђују много виши степен неутралности директора.

IV Закључак

Независни директори су творевина потреба компаније за неутралним надзором, решавању конфликтних ситуација и усаглашавању различитих интереса, све у циљу максимизације профита, перформанси и успеха предузећа. Због комплексности њиховог посла, није чудо зашто још увек не постоји једна дефиниција која обухвата све битне

44 Randall Morck, „Behavioral Finance in Corporate Governance – Independent Directors and Non-Executive Chairs“, Harvard Institute of Economic Research Discussion Paper No. 2037, 2004, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=527723>, стр. 3.

45 Charles M. Elson, „Director Compensation and the Management-Captured Board – The History of a Symptom and a Cure“, *Southern Methodist University Law Review*, бр. 50/1996, стр. 131.

46 Brian R. Cheffins, Bernard S. Black, „Outside Director Liability Across Countries“, *Texas Law Review*, бр. 84/2006, стр. 1385.

елементе овог института. Мишљења смо да је упоредно-правни приступ најадекватнији да одговори на проблематику дефинисања, који се примењује и у новом Закону о привредним друштвима Републике Србије. Закон је темељно имплементирао препоручена решења од стране Европске комисије, међутим сматрамо, с једне стране, да би смањивање процента висине уплате или исплате који независни директор може да прими би представљало снажнију брану потенцијалним сумњивим радњама, а с друге стране прописивање нижег процента у уделу акција у компанији би допринело и обезбедило већи степен независности.

Такође, желимо посебно да нагласимо да приликом селекције директора, психолошки и социолошки мотиви морају играти важну улогу, под условом да су испуњени незаобилазни законски услови независности који осигуравају његову независну процену. Наиме, неопходно је да сваки директор који ступа на позицију испуњава макар етички минимум у виду његових особина. Марљивост и лојалност су елементи психе директора који су *conditio sine qua non* јер без њих не може се очекивати да ће савесно испуњавати своје задатке. Репутација је социолошки критеријум која игра важну улогу при селекцији, а која се касније преображава у унутрашњи фактор који мотивише директора да брижљивије поступа у вези са пословима компаније. Репутација потврђује стручност и самим тим представља незаменљиви део при именовању новог менаџера. То је једини критеријум који је присутан у свим фазама пословања независног директора и сматрамо да управо у њеној променљивој природи лежи њен значај.

Последњи делић слагалице независних директора представљају подстицаји који дају неопходни импулс менаџеру да без арбитрарности учествује у раду предузећа. Наше је мишљење да пресудну улогу играју новчани подстицаји, јер су једино они у стању да створе баланс између интереса директора и компаније. Ипак, пошто и променљива и фиксна накнада имају своје мане, закључак је да је ипак потребно пронаћи средње решење, у комбинацији оба начина, што је и учињено у Кодексу корпоративног управљања Привредне коморе Србије из 2006. године. Наравно, мора се напоменути да удео у одређивању висине такве накнаде мора одиграти и принцип пропорционалности, то јест да се плата мора одређивати индивидуално у односу на тежину посла, његов обим и одговорност коју носи.

На крају, закључили смо да иако новчани подстицаји играју велику улогу у квалитету рада одређеног менаџера, мора се нагласити да су ипак најбитније личне особине сваког доброг директора, то јест његова поузданост, марљивост, искреност, савесност итд. Без њих нема праве независности, а са њима се добија заокружена слика и адекватни путоказ смера којем овај институт мора стремити.

Boško VOJKIĆ

Igor RADOVANOVIĆ

INDEPENDENT DIRECTORS

Summary

The authors of this article agree with opinion that defining and the issue of independent directors in general is today one of the most important open status question of corporate governance. Institute of independent directors of big companies in corporate governance is relatively new in Serbia. Corporations are important part of society so what happens inside the company makes an influence to complete society (owners, employees, buyers etc.). As one of possible ways to prevent and escape conflicting situations in corporations and a way to provide correspondence of different interest of stakeholders, institution of independent directors appeared.

Authors also imply certain segments of the institution of independent directors which are more or less postponed. On the first side, focus is on the criterion and problem of selection of independent directors and, on the other side, it is on the influence and kind of remuneration for the work of independent directors as specific effect we face with.

Trying to explain institute of independent directors in details and to imply its importance, authors answered few questions: which are the ways to define independent directors and are there significant differences in its definitions in our and comparative law; is the main and crucial role of independent directors simply to be independent; who can be elected for independent directors and how they are elected; which are the basic mechanisms helping independent directors to do their work?

Key words: *director, independent director, Law on business organizations, compensation.*

ФИНАНСИЈСКА ТРЖИШТА

др Бранко ВАСИЉЕВИЋ
професор Факултета политичких наука Универзитета у Београду

мр Райко РАДОСАВЉЕВИЋ
докторант Факултета политичких наука Универзитета у Београду

ИНТЕГРАЦИЈА БАНКАРСКОГ ТРЖИШТА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ И ФОРМИРАЊЕ БАНКАРСКЕ УНИЈЕ*

Резиме

Европска унија тражи излаз из последица кризе кроз реформе. Један од начина превазилажења кризе је стварање европске банкарске уније, као део будуће „праве“ економске и монетарне уније. Банкарска унија ће утицати на стабилизацију банкарског система Уније. Њено функционисање ће оштерећивати проблем демократске легитимности и одговорности, како у оквиру Европске централне банке, тако и у ширем контексту Европске уније. Дубљи разлози тешкоћа с којима ће се суочити банкарска унија је недовољан степен интеграције банкарског тржишта Европске уније.

Кључне речи: *Европска унија, банкарска унија, демократски легитимитет, банкарски систем Србије.*

* Овај рад је резултат истраживања у оквиру пројекта: „Политички идентитет Србије у регионалном и глобалном контексту“, који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије (евиденциони број 179076).

I Увод

Економски, политички и правни оквири европске интеграције налазе се у процесу преиспитивања, као резултат дубоке економске кризе која је погодила европски простор. Европска унија тражи излаз из последица кризе кроз реформе, које се, без промена основне институционалне архитектуре или са незнатним њеним модификацијама, могу најбоље дефинисати француском пословицом: *Plus ça change, plus c'est la tete chose*.¹ У реформском документу, који је усвојио Европски савет октобра 2012. године, под насловом: „*Ка њравој економској и монејтарној унији*“,² као један од начина превазилажења кризе предвиђено је и ставрање европске банкарске уније, која ће обухватити државе чланице Евроне, али ће бити отворена и за друге државе чланице Европске уније, као и за државе које имају аспирације да постану чланице ове регионалне интеграције. Циљ поменутог документа је „кретање, у наредној деценији, ка јачој архитектури Европске монетарне уније, заснованој на интегрисаном оквиру за финансијски сектор, буџетска питања и економску политику“.³

Какви су изгледи да банкарска унија стварно функционише, односно, да ли достигнути степен интеграције европског банкарског тржишта и системски ризици који се на њему формирају оправдавају њено формирање, или је реч о манифестацији политичког и економског утицаја најмоћнијих држава чланица?

II Интеграција банкарског тржишта Европске уније

Финансијски систем Европске уније је доминантно банкарски. Банке су основни извор финансирања реалног сектора, главни финансијски посредник у мобилизацији штедње и носилац система плаћања и носιοци тзв. делегираног мониторинга, односно активности смањивања асиметричних информација за своје клијенте о пословним субјектима којима су одобрени кредити.⁴

1 „Што се ствар више мења, све више остаје иста.“

2 *Towards a Genuine Economic and Monetary Union*, Interim Report, Brussels, 12.10.2012, доступно на адреси: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/132809.pdf, 1.4.2013.

3 *Towards a Genuine Economic and Monetary Union*, Report by President of the European Council Herman Van Rompuy, Brussels, 26 June 2012.

4 У Европској унији 2009. године пословало је укупно 8.358 банака. Највећи број банака имала је Немачка – 1.948, што је више од укупног броја банака у свим новопримљеним државама – чланицама Уније (тзв. ЕУ-12) – 1.397. Видети: Dirk

Банкарско тржиште претрпело је низ трансформација у току финансијске интеграције Европске уније. Ове трансформације биле су условљене како дејством тржишних фактора, тако и свесном регулацијом која је имала за циљ формирање јединственог финансијског тржишта. Препреке формирању јединственог финансијског тржишта била су ограничења условљена различитим политикама у економској области држава чланица, али и „природне“ препреке, које су произишле из преференције потрошача, посебних правних система, различите културе, традиције и језика, као и степена развитка и примене технологије.⁵ Прекогранична интеграција с једне стране, доноси ефекат стабилизације тржишта а, с друге, могућности формирања кризних импулса и њиховог преношења на целину регионалног тржишта (*Contagion*).

Прекогранична активност банака доводи до диверзификације портфолија и стабилизује принос банака. Смањује се ризик банкрутства банака и повећава резистентност на домаће шокове. Учешће страних банака на домаћем тржишту повећава конкуренцију, што подиже ефикасност домаћих банака и снижава трошкове кредита за реални сектор и становништво. Такође, иностране банке доносе нове технологије, организацију и искуство, а у случају разлика у каматним стопама, и капитал на домаће тржиште. Међутим, уколико је учешће страних банака на домаћем банкарском тржишту високо, оно је осетљиво на спољне шокове, што може проузроковати нестабилност тржишта.

Слобода оснивања организационих јединца банака на целој територији Уније, која је тековина је либерализације тржишта и представља основни и најстабилнији облик интеграције банкарског тржишта. У 2009. години, актива банака из других држава-чланица Уније чинила је 20% укупне aktive свих банака;⁶ међутим, код нових држава-чланица из Источне Европе, учешће страних банака је драматично високо, у толикој мери да су банкарски системи неких од ових земаља изгубили су национални карактер; удео страних банака у банкарским системима нових држава чланица уније износио је 2004. године од 97,3% (Естонија) до 67.8% (Пољска).⁷

Прекогранично спајање и припајање банака алтернативни је начин банкарске интеграције у Европској унији. Пракса сведочи о круп-

Schoenmaker, *The European Banking Landscape after the Crisis*, Duisenberg School of Finance Policy Paper, No. 12, April 2011, стр. 4.

5 Claudia M. Buch, Ralph P. Heinrich, *Financial Integration in Europe and Banking Sector Performance*, Kiel Institute of World Economics, January 2002, стр. 1.

6 D. Schoenmaker, *нав. чланак*, стр. 4.

7 Christoph Walkner, Jean-Pierre Raes, „Integration and consolidation in EU banking – an unfinished business, European Economy, European Commission“, *Economic Papers*, No. 226, April 2005, стр. 18.

ним трансакцијама, али је обим прекограничних фузија далеко мањи од унутрашњих; ове друге чиниле су до 80% укупних трансакција у периоду 1993–2002. године.⁸

Банкарски послови који укључују клијенте ван матичне земље конституишу, с једне стране, банкарско тржиште на велико (обезбеђивање ликвидности на банака на међубанкарском тржишту, гаранција и узајамног улагања банака), а са друге, банкарско тржиште на мало (прикупљање депозита и одобравање кредита). Док је први сегмент до избијања кризе био релативно интегрисан, развој другог био је веома скроман: само око 6% кредита било одобрено клијентима из других држава чланица Уније.⁹

Најзад, облик интеграције банкарског тржишта представља и власништво над финансијском активом емитената из других држава чланица Уније од стране банака (улагања и колатерали), као и емисија банкарских финансијских инструмената у другим државама чланицама Уније. Међутим, мали је обим прекограничног холдинга банкарске активе: просечно 17% банкарске активе у Европској унији пласирано је у другим државама Уније, ван матичне државе.¹⁰

Стварање јединственог банкарског тржишта Европске уније довело је до повећане конкуренцији банака и отворило процесе њихове консолидације и концентрације, као и стварања европских (светских) банака и конгломерата, системски значајних за целину тржишта Уније.

Концентрација у банкарском сектору Уније, мерена преко учешћа 5 највећих банака у укупној банкарској активи (2009. године) показује да је најмање концентрисан банкарски систем Немачке (учешће је 25%), а највише банкарски систем Грчке (учешће је 85%). Просек за банкарско тржиште Уније је 45%. И по другом коефицијенту, тзв. Хиршман-Херфиндаловом индексу, Немачка и Грчка заузимају половине концентрације (индекс за прву је 206, а за другу 3.120; просек за банкарско тржиште Уније је 638). Ако је вредност овог индекса нижа, банкарски сектор је конкурентнији; ако је виши, он се приближава монополу.¹¹ Национална банкарска тржишта су углавном под режимом монополистичке конкуренције; исти је случај и са јединственим банкарским тржиштем Европске уније.¹² Висока концентрација ствара потенцијални системски ризик.

8 C. Walkner, J. Raes, *нав. чланак*, стр. 23; C. M. Buch, R. P. Heinrich, *нав. чланак*, стр. 11.

9 Paul De Grauwe, *Economics of Monetary Union*, 5. Edition, Oxford University Press, 2003, стр. 172.

10 European Commission, *European Financial Stability and Integration Report*, Commission Staff Working Paper, Brussels, 8.04.2011, SEC (2011) 489, стр. 27.

11 D. Schoemaker, *нав. чланак*, стр. 14.

12 Barbara Casu, Claudia Girardone, *Bank Competition, Concentration and Efficiency in the Single European Market*, University of Essex, 2005, стр. 13.

III Ефекти банкарске кризе, 2007–2012

Финансијска криза, коју је изазвала криза хипотекарних хартија од вредности у САД (од 2007. године), с обзиром на велика улагања европских банака у овај тип финансијских инструмената, а продубила европска криза јавног дуга (од 2010. године), имала је вишеструке последице по банкарско тржиште Уније, односно процес финансијске интеграције. Смањен је број банака за 17%, а вредност акција банака драстично је опала, о чему сведочи пад Дау Џонс (*Dow Jones*) индекса вредности акција европских банака за 80%.¹³

Финансијске тешкоће банака, посебно великих, тзв. системских банака, угрозиле су финансијску стабилност и активирале системски ризик на јединственом финансијском тржишту.¹⁴ Показало се да је угрожен опстанак читавих националних банкарских система, посебно оних у којима је обим активе банкарског сектора био значајно виши од укупног бруто друштвеног производа земље (Ирска, Кипар, Шпанија).

Да би спречиле разорне ефекте системске кризе на банкарском и финансијском тржишту Уније, државе чланице одобриле су укупно 4.5 хиљада милијарди евра (36.7% БДП Уније) помоћи банкама у периоду 2008–2011. године. Посебно висока је била помоћ на почетку кризе, када је требало повратити поверење у функционисање финансијског и банкарског тржишта.¹⁵

Табела: Државна помоћ банкама ЕУ, 2008–2011

У мрд. евра

Година	Гаранције	Ликвидност	Докапитализација	Лоша актива	Укупно у мрд. евра	Укупно као % БДП
2008	3097	85	270	9	3.456	27.7
2009	88	5	110	339	542	4.6
2010	55	67	184	78	384	3.1
2011	49	40	34	0	123	1
2008/11	3290	198	598	421	4.506	36.7

13 High-level Expert Group on reforming the structure of the EU banking sector, Chaired by Erkki Liikanen, *Final Report*, Brussels, October 2012, стр. 20.

14 Европска централна банка посебно третира банке које послују у више јурисдикција и чији је обим и природа пословања така, да њихове тешкоће могу изазвати проблеме у функционисању финансијског тржишта и других финансијских институција. Број ових банака (у терминологији ЕЦБ познате као ЛБЦГ) у 2005. години био је 14 и оне су обухватале 1/3 укупне евро активе; данас их има 20. У Унији као целини, 25 највећих банака (CR25) обухвата 42.4% укупне активе банака. D. Schoenmaker, *нав. чланак*, стр. 15.

15 Видети: Georges Siotis, „EU Competition Policy in Times of Financial Crisis“, у: Nicola Jentzsch, Christian Wey (eds.), *The Future of Retail Banking in Europe: Competition and regulatory challenges*, European Credit Research Institute, No. 12, April 2010, стр. 4–10.

Криза је зауставила развој интеграције банкарског тржишта Уније. Ово тржиште показало је тенденцију сегментације, имајући у виду да су банке морале да се ослањају на локалне изворе ликвидности, да су националне државе санирале банке и да је генерално смањен обим прекограничног пословања банака.¹⁶ Криза је истакла потребу још једног прилагођавања регулаторног и надзорног оквира јединственог финансијског тржишта.

Државе чланице Еврозоне формирале су механизме заштитне мреже у циљу одржавања финансијске стабилности, најпре у облику прелазног фонда – Европског финансијског стабилизационог фонда (EFSF), усмереног на финансијску стабилизацију земаља које су биле највише погођене кризом јавног дуга (Грчка, Ирска и Португалија), који ће заменити стални Европски стабилизациони механизам (ESM), као међународна финансијска институција (са капиталом од 700 милијарди евра и кредитним потенцијалом од 500 милијарди евра). Његов циљ је да обезбеђује привремену стабилизациону подршку земљама Еврозоне, као и другим државама чланица које приступе банкарској унији и да обезбеђује рекапитализацију њихових банкарских сектора.¹⁷ Функционисање ESM омогућено је на основу члана 136 Уговора о функционисању Европске уније, али је било је блокирано тужбом грађана пред немачким Уставним судом, који је дао одобрење Немачкој да учествује, али уз услов да одговорност ове земље буде ограничена на допринос у капиталу Фонда.¹⁸

Ради стабилизације тржишта сувереног дуга, односно утицаја на смањење веома високих каматних стопа на дуг појединих земаља, Европска централна банка донела је Одлуку о директним монетарним трансакцијама. Овом одлуком регулишу се услови откупа државних обвезница презадужених земаља на секундарном финансијском тржишту.¹⁹ Да би се активирала интервенција Европске централне банке, држава чланица мора затражити од Уније финансијску санацију и

16 European Central Bank, *Financial Stability Review*, December 2012, Frankfurt, стр. 121. European Commission, *European Financial Stability and Integration Report*, Commission Staff Working Paper, Brussels, 8.4.2011, SEC (2011) 489, стр. 25.

17 Вид. на интернет адреси: http://www.consilium.europa.eu/media/1406404/treaty_establishing_the_esm_2012_final.pdf, 1.4.2013.

18 Federal Constitutional Court, *Applications for the issue of temporary injections to prevent the ratification of the ESM Treaty and the Fiscal Compact unsuccessful for the most part*, No 67/2012 of 12 September 2012, Press Release, Karlsruhe, 12.9.2012. Захтев за стављање ван снаге одредаба неведених уговора Уставном суду поднело је 3.000 грађана Немачке. Видети: „German Court backs ESM bailout fund“, *Financial Times*, 12.9.2012.

19 ECB, *Technical Features of Outright Monetary Transactions*, Press Release, Brussels, 6.9.2012.

поштовати њене услове, договорене са Европским стабилизационим механизмом.

С обзиром на фискалну недисциплину појединих држава чланица, која је довела до кризе јавног дуга, ма колико је она била и објективна нужност условљена потребом санације финансијских институција, државе чланице евро зоне и неке друге чланице Уније (све сем Велике Британије и Чешке) потписале су међудржавни Уговор о стабилности, Координацији и управљању у економској и монетарној унији, 21.12.2011. године.²⁰ Овим уговором, који је добио скраћено име Фискални пакт, предвиђа се тесна координација фискалних политика, фискална одговорност и транспарентно управљање јавним финансијама. Земље у финансијским тешкоћама могу користити средства стабилизационих фондова само ако су ратификовале овај уговор.

Уговор о фискалној одговорности поставио је основе за фискалну унију у оквиру „праве“ економске и монетарне уније. Концепт „праве“ економске и монетарне уније претпоставља федерализовање финансијског тржишта, односно преузимање неких његових сегмената у искључиву надлежност Уније. Он се састоји из четири дела: интегрисаног финансијског оквира, односно банкарске уније, интегрисаног буџетског оквира који се, за сада, организује преко Фискалног пакта, оквира економске политике, у коме је главни елеменат тесна координација националних економских политика и, најзад, повећања демократског легитимитета Уније.²¹ На делу је, према томе, комбинација федералног и интер-државног регулационог односа, што изражава од почетка присутну дихотомију у изградњи Европске уније.

IV Банкарска унија, обележја и донети

Банкарска унија је један од основних механизма предвиђене „праве“ економске и монетарне уније.²² Она представља „трансфер на европски ниво регулаторног и институционалног оквира, који води очувању чврстине и стабилности банкарског сектора“.²³ Унија треба да

20 Вид. на адреси: http://www.consilium.europa.eu/media/1478399/07_-_tscg.en12.pdf, 1.4. 2013.

21 *Towards a Genuine Economic and Monetary Union*, Report by President of the European Council Herman Van Rompuy, Brussels, 26 June 2012.

22 Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, *A Roadmap towards a Banking Union*, Brussels, 12.9.2012, COM (2012) 510 final.

23 Victor Constancio (Vice-President of the ECB), *Towards a European Banking Union (Lecture held at the start of the academic year of the Duisenberg School of Finance)*, Amsterdam, 7 September 2012.

реши проблеме банкарског сектора, које су се испољиле у кризи јавног дуга: недовољну капиталну основу за преузимање ризика, немоћ националних регулаторних органа да се избори са тешкоћама банака које су мултинационалне компаније, проблем преливања кризе у друге земље, губитак поверења у банке и повлачење депозита, обустављање кредитне активности када је то највише потребно реалном сектору, проблеми ликвидности, недовољан оквир за санацију и гашење банака с обзиром на велики обим биланса и др.

Јединствени супервизорски механизам (*Single Supervisory Mechanism – SSM*), формиран је под окриљем Европске централне банке и требало би да централизује одлучивање у области пруденционе контроле, односно надзора над пословањем банака на територији Евроzone, али је отворен приступ и за друге државе чланице Уније. Национални супервизорски органи вршиће задатке дневног надзора и извршаваће одлуке Европске централне банке, а биће надлежни и за доношење мера за заштиту потрошача – корисника финансијских услуга. Да би се избегао конфликт интереса са вођењем монетарне политике, у Европској централној банци формираће се посеба надзорни одбор, који ће се старати о супервизији; његове одлуке сматраће се усвојеним уколико их не одбаци управни савет ЕЦБ. У вршењу супервизије, Европска централна банка даваће дозволе за рад банака, контролисати адекватност капитала, обим кредитне изложености, ликвидност банака, а контролисаће и финансијске конгломерате и предузимати мере према банкама у тешкоћама. Она ће бити вршити овлашћења и земље порекла и домаће земље у контроли стабилности банака.²⁴ Правни основ за ширење функција Европске централне банке је члан 127, тачка 6 Уговора о функционисању Европске уније, који предвиђа да се једногласном одлуком Савета могу поверити Европској централној банци посебне надлежности у пруденционој контроли кредитних и других финансијских институција.²⁵

Приступање механизму јединствене супервизије је услов да државе чланице могу повлачити средства за санацију банака од Европског стабилизационог механизма, уместо да саме емитују државне обвезнице за ту сврху; на тај начин се раскида „негативна повратна спрега“ банака и државног јавног дуга на националном нивоу. Европска банкарска управа и даље ће постојати као тело које ће се бавити уједначавањем супервизорске праксе и вршиће функцију посредника између различитих регулаторних органа за све чланице Уније.

24 *Proposal for a Council Regulation conferring specific tasks on the European Central Bank concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions*, Brussels, 12.9.2012, COM (2012) 511 final.

25 Вид. на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0047:0199:en:PDF>, 1.4.2013.

Слабост контроле адекватности капитала (недовољна процена ризика сувереног, одн. државно дуга, недостатак капитала у периодима кризе, неадекватна процена ликвидности) треба да отклони нова Директива о адекватности капитала (*CRD 4*. Пакет), односно тзв. Базел 3.²⁶ Повећава се обим сопственог капитала које банке треба да поседују на 4.5% и укључује анти-цикличан слој у износу од 2.5%.²⁷ Укључена су и правила о награђивању управа банака, у циљу спречавања праксе преузимања прекомерних ризика од стране менаџмента у циљу реализације бонуса.

У процедури се налази и предлог Директиве о санацији и гашењу банака,²⁸ којом треба да се осигура регуларност банкарских реорганизација и стечаја, у циљу избегавања да трошкове ових процедура снесу порески обвезници. Банке које су од системског значаја за тржиште Европске уније би требало да имају планове санације, а надзорни органи процедуре гашења банака. Такође су у процедури и нова правила за осигурање депозита банака, као део облика заштите депонената од могућег стечаја банака.²⁹ Предложена је хармонизација овог система, са основном идејом да се у случају стечаја банке не користе средства пореских обвезника за намиривање депонената, већ да саме банке финансирају фондове осигурања, сагласно ризичности свог пословања.

Банкарска унија конституише се око Европске централне банке, која је из финансијске кризе изашла као европска институција са највише ауторитета. Са новим функцијама централизоване контроле банкарског сектора не само земаља еврозоне, као и основног макропруденционог органа (она руководи Европским одбором за ризике), Европска централна банка ће играти кључну улогу у даљим европским интеграцијама. Међутим, нове функције могу угрозити њен карактер независне монетарне институције, јер стварају потенцијални морални хазард између потребе одржавања ликвидности и солвентности кредитних институција; Банци су већ упућене примедбе да је у финансијској кризи преузела и одређене фискалне надлежности.

26 Европска комисија је усвојила нацрт Директиве 20.7.2011, COM (2011) 453 *final*.

27 Банке од системске важности морају имати и додатни капитал за апсорпцију губитака у износу од 3.5% до 2016. године, а банке које имају велику изложеност према сувереном дугу треба да имају привремено повећање капитала од 3.5% до 2016. године. Анализа Европске банкарске управе показала је да банкама за поменуто прилагођавање недостаје 348 милијарди евра за банке са капиталом већим од 3 милијарде евра и 17.9 милијарди евра за мање банке. Видети: European Banking Authority, *Basel III monitoring exercise*, 19.3.2012, стр. 6–8.

28 Вид. на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/crisismanagement/2012_eu_framework/COM_2012_280_en.pdf, 1.4.2013.

29 Вид. на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/guarantee/20100712_proposal_en.pdf, 1.4.2013.

Несумњиво је да ће банкарска унија утицати на стабилизацију банкарског система и спречавање преливања последица тешкоћа појединих банака на европски ниво. Она доноси изједначавање услова конкуренције на кредитном тржишту, укида могућности тзв. регулаторне арбитраже (измештање активности ка мање строгим националним контролама), прекидање „зачараног круга“ односа државе и банака у узајамном преношењу финансијских дубиоза, избегавање фрагментације банкарског система Европске уније, јединствена правила пословања банака, као и враћање поверења у банкарски систем.

Банкарска унија, међутим, није потпуна, јер неће укључити све државе чланице Уније; заштита националног банкарског система и функција Лондона, као светског финансијског центра, били су главни разлози да Велика Британија одбије чланство у њој. То ће сигурно имати за последицу доношење неоптималних одлука у оквиру Европске банкарске управе, која је надлежна за целину банкарског система Уније. Оно што ће, такође, оптерећивати банкарску унију, јесте проблем демократске легитимности и одговорности у доношењу виталних одлука, које имају репрекусију на националне банкарске системе. Сама Европске централна банка на удару је критика због недостатка демократског легитимитета. С друге стране, на политичком нивоу, одлуке које су мотивисане унутрашњим политичким односима у највећим земљама Уније могу имати веома негативне последице на финансијски положај становништва у мањим земљама Уније и стога јачати социјални отпор интеграцији. Пример санације банкарског система Кипра то је најбоље илустровао.³⁰ Неопходна је даља реформа институционалног оквира Европске уније, у којој ће се изразити њена демократска легитимност, а то подразумева и промене оснивачких уговора; сва досадашња решења у правцу стабилизације последица кризе сударају се са на завршеним институционалним оквиром Уније.

Дубљи разлог тешкоћа с којима ће се суочити банкарска унија је недовољан степен интеграције банкарског тржишта Европске уније. На неинтегрисаној основи, Унија ће бити средство за регулисање крупних финансијских конгломерата, а лако може постати и њихов плен.³¹ Прекомерна регулација и надзор води у опасност гушења тржишта и стога је неопходна даље отклањање препрека финансијској интеграцији, како би се постигао оптимални однос деловања тржишта и регулације.

С обзиром на структуру власништва банкарског сектора Србије, у коме банке са страним капиталом учествују са 75,3% у укупној активи,³²

30 Вид. на адреси: <http://www.eurozone.europa.eu/newsroom/news/2013/03/eg-statement-cyprus-25-03-13/>, 1.4.2013.

31 Joseph E. Stiglitz, *The Price of Inequality*, Allen Lane, New York, 2012, стр. 249.

32 Народна банка Србије, *Годишњи извештај о пословању и резултатима рада у 2011*, Београд, 2012, стр. 46.

надлежност банкарске уније посредно ће се осетити и у домаћем банкарском систему. Свакако се, у процесу даље интеграције у Европску унију може размотрити и формално приступање банкарској унији, али имајући у виду и ризик социјалних последица које оно носи.

Branko VASILJEVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Political Sciences University of Belgrade

Mag. Ratko RADOSAVLJEVIĆ

PhD Candidate at the Faculty of Political Sciences University of Belgrade

THE EUROPEAN UNION BANKING MARKET INTEGRATION AND THE CREATION OF THE BANKING UNION

Summary

The European Union endeavors to solve the consequences of financial crisis through the reforms. One of them is the creation of the banking union, as a part of the future “genuine economic and monetary union”. The banking union will contribute to the stabilization of the European Union’s banking market. But the functioning of the proposed banking union will be burdened with the problems of democratic legitimacy and responsibility at the level of the European central bank as well as at the level of the Economic and monetary union. The banking union will be limited with the achieved degree of the integration of the banking market, too.

Key words: *European Union, banking union, democratic legitimacy, banking system of Serbia.*

др *Добросав* МИЛОВАНОВИЋ
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Душан ПРОТИЋ
помоћник министра у Министарству трговине и телекомуникација
Републике Србије

мр *Владо* КОВАЧЕВИЋ
саветник, Компензациони фонд Републике Србије

ПОТРЕБА ЗА ДОГРАДЊОМ ПРАВНОГ СИСТЕМА У ВЕЗИ СА ТРГОВИНОМ СТАНДАРДИЗОВАНИМ РОБАМА И СТАНДАРДИЗОВАНИМ ТЕРМИНСКИМ УГОВОРИМА*

Резиме

Велика флукуација цена берзанских пољопривредних производа доводи до потребе усвојављања инструмената за осигурање (будуће) цене тих производа. Иако постоји изражена потреба и могућности према ЗТК за формирање ове врсте уговора, она још увек нису усвојављена. Усвајањем измена и дојуна релевантних закона, ошклониле би се прејуреке за њихово усвојављање. При томе, оне би требало да буду засноване на криптичком преузимању уобичајеној начина уређења ове врсте уговора у САД и чланицама ЕУ.

Са друге стране, повезивање Закона о робним берзама и Закона о уговору календара имало би позитиван ефекат на развој робног уговора и уговора календара из следећих разлога:

* Овај рад сачињен је као део пројекта на Правном факултету Универзитета у Београду „Србија као правна држава“. Истраживању које је претходило изради рада и заузетим ставовима знатно је допринела Лана Јанковић, саветник Комисије за хартије од вредности.

- *проширењем надлежности Комисије за хартије од вредности на издавање дозвола и контролу рада робних берзи, избило би се оснивање новој орјана за наведене полове,*
- *омогућавање инвестиционим друштвима основаним по ЗТК да своје делатности обављају и на робној берзи, уз, по потреби, додату кадровску осисобљеност, повећало би ефикасности и поједноставило би рад берзанских посредника,*
- *дошло би до поједностављења законске процедуре из разлога што би се оснивање, контрола и рад робних берзи у највећој мери ослањали на одредбе ЗТК.*

Наведени аспекти имају велики значај првенствено стога што је домаће тржиште, и роба и ефеката, малој обима. Стога је изузетно значајно да се обезбеди поштовање начела економичности, тиме што се не би оснивале нове институције, као и кроз давање могућности да инвестициона друштва, без неопходних промена и додатних процедура, послују на обе берзе и сл.

С обзиром да материја робних берзи није уређена већ скоро деценију и чињеницу да је повољан момент да се у овој области заузме лидерска позиција у целом региону итд. Западној балкана а и шире, постоји потреба за квалитетним и усклађеним регулисањем ове материје у складу са највишим стандардима правне сигурности, ефикасности и економичности трговања, клиринга и салдирања. Такође, постојеће институције на финансијском и робном тржишту би требало да размотре могућности међусобне сарадње и повезивања у циљу повећања ликвидности, обезбеђења поштуне правне сигурности и смањења трошкова пословања.

Кључне речи: *робне берзе, Закон о робним берзама, Закон о тржишту капиталала.*

I Увод

Закон о берзама, берзанском пословању и берзанским посредницима из 1994. године, поред одредаба о финансијској берзи, садржао је и одредбе о робној берзи. Међутим, почев од Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената из 2003. године, закони Републике Србије који регулишу финансијска тржишта, не уређују услове за оснивање, функционисање, статус и надзор над робним берзама. Тиме је створена правна празнина у овој области. Најпре, не постоји регулаторно тело које издаје дозволе за рад и контролише робну берзу

и њене чланове. Такође, недостају заштитни механизми који гарантују исплату продавца, односно испоруку робе купцу. Учесници у овим пословима препуштени су редовној судској процедури, што успорава решавање спорних ситуација и носи друге повећане трошкове. На овај начин је и Продуктна берза, која је основана 1958. године у Новом Саду, остављена без прописа који би уређивали наведена питања. Иначе, ова институција (успешно) организује трговање пољопривредним производима (као што су кукуруз, пшеница и соја). Потреба за том врстом организованог тржишта постоји и у наредном периоду, јер се тиме обезбеђује ликвидно, сигурно и равноправно трговање овим робама и дефинише дневна цена неопходна за успостављање тржишта стандардизованих терминских уговора пољопривредних производа.¹ Такође, на овај начин доприноси се смањивању монопола на тржишту. Поред тога, имајући у виду упоредна искуства, постоји вероватноћа да ће се појавити потреба за организовањем трговања другим „робама“, нпр. енергентима или дозволама за емитовање одређених штетних материја. Према томе, доношењем Закона о робним берзама обезбедиле би се правне претпоставке за поуздано дневно тржиште и успостављање терминског тржишта стандардизованих пољопривредних производа. Касније би се на истим принципима и нормама могла успоставити тржишта других стандардизованих роба.

Иако је Закон о тржишту капитала² усвојен пре свега две године, у његовој примени уочени су извесни недостаци. Стога је управо у току рад на изменама и допунама овог Закона. Готово истовремено, започет је и рад на Закону о робним берзама. За разлику од примера из праксе када није било вођено довољно рачуна о усклађености закона који уређују повезану материју, у овом случају је од почетка обезбеђена координација између надлежних министарстава.

У наставку разматрамо питања која захтевају усвајање Закона о робним берзама (ЗРБ), као *lex specialis*-а у односу на Закон о тржишту капитала (ЗТК), уз могућност да се поједина од њих уреде изменама и допунама потоњег закона.

II Специфични услови за оснивање робне берзе

а) Најпре, потребно је утврдити *минимални износ новчаној дела кайишала* робне берзе. Полазна решења предвиђају да би тај износ требало да буде 30.000.000 динара. Овај износ би морао да буде у целини

1 Закон о тржишту капитала их назива изведеним робним финансијским инструментима.

2 Закон о тржишту капитала (*Службени гласник РС*, бр. 31/2011).

уплаћен на привремени наменски рачун код банке, ради добијања дозволе за рад робне берзе, на дан када је Комисији за хартије од вредности поднет захтев за издавање дозволе за рад. На овај начин се обезбеђује извесност постојања новчаних средстава, али и скраћује период у коме се она као неактивна налазе на привременом рачуну. Такође, када се подносилац захтева упише у регистар привредних субјеката, пошто добије дозволу за рад од Комисије, наведени новчани улог преносио би се на рачун робне берзе, постајући део њене имовине, који би она слободно користила у обављању своје делатности у складу са ЗРБ-ом и другим важећим прописима. Иначе, ово решење подразумева проширење надлежности Комисије за хартије од вредности, поред издавања дозволе и на све друге аспекте регулаторних и надзорних функција у погледу робне берзе и осталих учесника на овом тржишту, сходно решењима која су предвиђена ЗТК-ом, о чему ће се касније детаљније говорити.

б) *Кадровска и организациона осјобљеност и техничка опремљеност*. Прелиминарно мишљење је да би робна берза требало да има најмање три физичка лица са положеним стручним испитом за трговање на робно-берзанском тржишту. Под тим се подразумева да ова лица морају имати положен испит за рад на тржишту финансијских инструмента, уз његово проширење на део који се односи на рад на робно-берзанском тржишту. У вези са тим, неопходно је дефинисати програм за полагање овог дела испита и одредити однос према програму и испиту који предвиђа ЗТК. Такође, требало би размотрити могућност да се прелазним одредбама предвиди да се запосленима на „Продуктној берзи“, који имају положен испит за рад на тржишту финансијских инструмента, призна и сертификат за рад на робно-берзанском тржишту, због искуства које поседују у трговању на том тржишту (уз одређивање нпр. потребног броја година радног искуства). Поред тога, робна берза мора бити кадровски оспособљена за несметано функционисање одељења за клиринг и салдирање на тржишту робе.

Робна берза била би дужна да у оквиру одељења за клиринг и салдирање усвоји и примењује стабилан и сигуран систем ујрављања укључујући: 1) поуздану организациону структуру, надзорне процедуре и упутства о пословању; 2) ефикасне процедуре за утврђивање, процену и контролу ризика којима је робна берза изложена у функционисању клиринга и салдирања; 3) ефикасан систем унутрашње контроле, одговарајуће административне, рачуноводствене и процедуре унутрашње ревизије и 4) одговарајуће процедуре за спречавање, утврђивање и решавање сукоба интереса између робне берзе и чланова клиринга и салдирања.

Поред одговарајуће техничке опремљености за трговање, која се захтева и за регулисана тржишта која уређује ЗТК, робна берза мора имати и одговарајућу опрему за обављање послова клиринга и салдирања.

III Специфичности тржишта на робној берзи

Преостале специфичности које се приказују у наставку рада биће подељене у две групе, имајући у виду да постоји суштинска разлика између два могућа тржишта на робној берзи: 1) *тржиште стандардизованих роба* и 2) *тржиште стандардизованих терминских уговора*.

1. Тржиште стандардизованих роба

а) Најпре је неопходно *дефинисати робе* које представљају предмет трговања на робној берзи, имајући у виду да оне, у складу са материјом коју уређује ЗТК, нису дефинисане тим законом. У том смислу, роба би представљала стандардизовани тржишни материјал са роком испоруке до пет радних дана од датума трансакције. Стандард квалитета робе којом се тргује на овом тржишту требало би да одређује робна берза, а сагласност за укључење сваке појединачне робе на листинг робне берзе би давала Комисија за хартије од вредности у складу са својим актима, а на основу захтева робне берзе за укључење конкретне робе на листинг.

б) Трговање робама на берзи има своје специфичности, које се могу уочити у дугогодишњем пословању Продуктне берзе. ЗРБ-ом је неопходно предвидети учешће *овлашћених берзанских службеника*, преко којих се обавља трговање робом. То су физичка лица стално запослена на робној берзи, која у име и за рачун клијента посредују у трансакцијама на тржишту робе. Кључна разлика у односу на остале врсте тржишта (нпр. хартија од вредности,³ стандардизованих терминских уговора/изведених финансијских инструмената⁴) је у томе што се код трговања робом сви налози обавезно дају преко овлашћеног берзанског службеника. То је последица специфичности трговања берзанском робом јер се увек ради о физичкој испоруци робе.⁵ Стога су ту потребне додатне провере у погледу сигурности плаћања, односно испоруке робе, у чему робна берза има посебну улогу. Наведена потреба

3 Хартије од вредности су дематеријализоване, воде се у Централном регистру хартија од вредности, блокирају се када је дат налог за њихову продају и Централни регистар обезбеђује истовременост плаћања и „испоруке“ продате хартије на рачун купца.

4 Код којих, по правилу, нема физичке испоруке предмета трговања, него се трансакција финансијски затвара између „последњих“ уговорних страна на дан доспећа уговора.

5 Поред постојеће робе, нпр. на Продуктној берзи тренутно се може обављати и трговина нестандардизованим терминским уговорима, која такође подразумева физичку испоруку робе између познатих купаца и продаваца и којима се не може даље трговати. Имајући у виду потребе праксе, требало би ЗРБ-ом оставити могућност закључивања и ове врсте уговора преко робне берзе.

захтева и извесна редефинисања послова који су ЗТК-ом забрањени за берзу. Наиме, робна берза не може да тргује стандардизованим тржишним материјалима, осим послова заступања клијената, у име и за рачун клијента, на тржишту робе, које обављају овлашћени берзански службеници.

Овлашћени берзански службеници тргују на овом тржишту у име и за рачун клијената, у својству посредника. Клијенти овлашћених берзанских службеника могу бити правна лица, предузетници и робни инвестициони фондови са територије Републике, Република, аутономна покрајина, јединице локалне самоуправе и Народна банка Србије.

Клијенти инвестиционих друштава, која би била чланови робне берзе на дневном тржишту роба могу бити сва домаћа и страна лица. При томе, требало би темељно преиспитати да ли је боље решење да и инвестициона друштва обавезно дају налоге преко овлашћених берзанских службеника, или да могу да непосредно учествују у трговању. У првом случају, избегле би се компликације које могу проистећи из другог (хибридног) система. Наиме, овлашћени берзански службеници би, као и у осталим случајевима вршили контролу поднетих налога и обезбеђивали већу сигурност трговања. Тиме се истовремено смањује потреба за додатним гаранцијама које би морала да дају инвестициона друштва за улазак у трансакцију, кроз учешће у посебном заштитном фонду, а такође смањује се и потреба за њиховим додатним специјализованим знањима. Практично, систем трговања би био разумљив и једноставан, инвестициона друштва би, као чланови берзе, доприносила повећању ликвидности, а стимулација за то могу бити ниже тарифе које би им се наплаћивале. У другом случају, постоји могућност стварања простора за неравноправан положај овлашћених службеника берзе у односу на чланове берзе, као и за извесне сукобе интереса. С друге стране, неопходно је имати у виду и да овлашћени берзански службеници не могу играти улогу маркет мејкера, који су од великог значаја за обезбеђење ликвидности на сваком тржишту берзе, па и на тржишту роба. Наиме, овлашћени берзански службеник не може гарантовати јер као физичко лице нема средства потребна за ову врсту трговања, а такође ни берза не би смела да му обезбеди ова средства, јер би то био сукоб интереса.

в) Постоје специфичности у погледу начина клиринга и салдирања, имајући у виду да је реч о спот тржишту на коме се врши физичка испорука робе. Робна берза би у оквиру одељења за клиринг и салдирање на тржишту робе обављала следеће послове: 1) клиринг и салдирање на основу трансакција на тржишту робе, и утврђивање стања обавеза и потраживања клијента овлашћених берзанских службеника и инвестиционих друштава; 2) управљање заштитним фондом на тржишту робе и

3) друге послове у вези са тржиштем робе, укључујући активности чије је обављање неопходно ради вршења послова из њихове делатности.

У вези са тим, правилима робне берзе на тржишту робе требало би утврдити: 1) клиринг и салдирање обавеза и потраживања насталих по основу трансакција на тржишту робе; 2) пренос права (власништва) над робом (и садржина налога за пренос), са једне и новца, са друге стране; 3) образовање и коришћење заштитног фонда у случају неизвршења обавеза члана клиринга и салдирања на тржишту робе и 4) друга питања од значаја за рад одељења за клиринг и салдирање на тржишту робе.

Иначе, право чланства у клирингу и салдирању на тржишту робе остваривало би се уплатом чланарине прописане правилима робне берзе и уплатом новчаних средстава, односно полагањем гаранција у заштитни фонд на тржишту робе, на начин и у износу прописаним правилима робне берзе и у складу са ЗРБ-ом.

Робна берза би била дужна да за потребе несметаног функционисања клиринга и салдирања на тржишту, отвори посебан наменски рачун код пословне банке преко кога би се спроводиле све новчане трансакције, по основу трансакција на тржишту робе.

г) *Посебан заштитни фонд берзе* који треба да послужи за случај неиспуњења обавеза. Један од основних предуслова за успостављање робно-берзанског пословања великог обима је гарантовање испуњења обавеза учесницима у робно-берзанском трговању. Тренутна пракса је да су учесници трговања на Продуктној берзи у случају спора препуштени редовним неефикасним судским процедурама. Успостављање заштитних фондова ће омогућити вансудско обештећење оштећене стране у робно-берзанском пословању, што је пракса и у другим развијеним робно-берзанским системима.

д) У погледу *инвестиционих друштва*, потребно је размотрити да ли она која су основана по ЗТК-у могу да се баве истим пословима за које су добила дозволу на финансијском тржишту (нпр. маркет мејкери, инвестициони саветници) и на робно-берзанском тржишту. Такође, ако је то могуће, да ли постоји потреба за нормама које би уредиле (специфичне) услове за обављање сваке од категорија послова на робној берзи (нпр. висину новчаног дела основног капитала, предвиђање специфичног испита и броја лица који би требало да га положи) и начин функционисања субјеката који желе да тргују стандардизованом робом преко робне берзе. Ово питање у одређеној мери зависи и од чињенице да ли ће инвестициона друштва моћи директно да дају налоге на робној берзи или искључиво преко овлашћених берзанских службеника, о

чему је раније било говора. Такође, инвестициона друштва основана по ЗТК-у или која ће се основати сходном применом тих одредаба би се, уз испуњавање специфичних услова за рад на робној берзи, по одлуци Комисије, уписивала у један или више регистара инвестиционих друштава овлашћених за рад на робној берзи који би био јаван. Предност овог систем уписа у регистар је његова једноставност у односу на посебно законско дефинисање статуса инвестиционих друштава која би се оснивала за рад на робном тржишту. Поред тога, неопходно је утврдити која су поступања недопуштена на робној берзи и на који круг лица се она односе.

ђ) На сегменту роба којима се тргује на робној берзи неопходно је предвидети и одредбе које ће омогућити начин учешћа *Дирекције за робне резерве*, при чему би се остала питања уредила ЗРБ-ом, тако да би требало водити рачуна о складу ова два повезана закона и одговарајућих подзаконских аката. Овим се у односу на додатне послове берзе регулисане ЗТК-ом уводи за њу додатни учесник, односно режим за обављање одређених трансакција – када робне резерве интервенишу на тржишту.

е) *Обавезности усјосјављања берзанској суда* (арбитраже) који треба да обезбеди стручно и брзо решавање спорова и то уз ниже трошкове у односу на судску процедуру. Берзански суд би био стални изабрани суд (арбитража) надлежан да решава спорове на робној берзи, као што су спорови између робне берзе и њених чланова, између чланова, између овлашћених берзанских службеника и између клијената овлашћених берзанских службеника и инвестиционих друштава, у трговању на тржишту робе.

Робна берза би била дужна да установи изабрани суд (арбитражу) и да има посебна правила о његовом положају, организацији, саставу, избору, судијама, надлежности, финансирању, поступку, трошковима и другим питањима значајним за његов рад, а у складу за Законом о арбитражи.

Робна берза својим правилима би обавезала своје чланове, као и учеснике у трговању на тржишту робе, да уговарају надлежност берзанског суда (арбитраже) за решавање спорова из берзанских послова које у њој закључују.

На берзански суд (арбитражу) и поступак решавања спорова пред берзанским судом (арбитражом) примењивала би се правила Закона о арбитражи, ако правилима берзе друго није предвиђено.

ж) На крају, потребно је дефинисати *регулаторно тело* које издаје дозволу за рад робне берзе и правним лицима која желе да обављају трговину стандардизованом робом преко робне берзе, надзире ове

субјекте и предузима мере у случају откривања незаконитости. У погледу регулаторног тела, неопходно је предвидети и знања и вештине које његови службеници морају да поседују да би могли да обављају наведене функције.

При утврђивању надлежности органа (тела) за регулацију питања која се односе на пријем на листинг, трговање, клиринг и салдирање стандардизованих роба, потребно је имати у виду постојећу регулаторну структуру на домаћем финансијском тржишту и тенденције у свету у правцу обједињавања различитих међусобно повезаних активности на тој врсти тржишта, са циљем повећања квалитета регулације и координације регулаторних тела, подизања поверења и смањивања простора за недозвољена понашања свих учесника на тржишту, као и настојања да се смање разноврсни трошкови регулације регулаторних тела и учесника на тржишту. У том смислу, чини се да би најоптималнији модел био да за наведена питања буде надлежна Комисија за хартије од вредности. При том, неопходно је обезбедити све претпоставке за њено правилно функционисање. Најпре, неопходне су извесне измене основног закона који уређује њен статус и надлежности (ЗТК-а). Такође, имајући у виду да се до сада код нас није трговало изведеним финансијским инструментима, неопходно је обезбедити да службеници Комисије поседују сва релевантна знања за квалитетно праћење стања и надзор над активностима у вези са том врстом инструмената. Требало би обезбедити да информационо-комуникациони систем Комисије у сваком тренутку може да прати и рано уочи све потенцијалне опасности на (проширеном) тржишту финансијских и робних инструмената. Такође, посебно имајући у виду недавна негативна искуства у свету, требало би водити рачуна да се допусти трговање оним стандардизованим терминским уговорима који су разумљиви учесницима и првенствено омогућавају произвођачима и прерађивачима пренос ризика и извесност пословања, а не служе искључиво „клађењу“ на тржишту. Коначно, као и по питању робних стандарда, и овде би требало пронаћи меру између улоге наведеног регулаторног тела, као кључног заштитника јавног интереса и берзе, односно организатора тржишта, као носилаца саморегулаторних функција. Такође, у погледу наведене саморегулаторне улоге требало би размотрити да ли да се одлучивање берзе, односно организатора тржишта, о пријему својих чланова, њиховим правима и обавезама чланова и сл. и даље третира као вршење јавних овлашћења уз заштиту у оквиру управног спора или је реч о материји трговинског права, где би се незадовољно лице могло тужбом обратити трговинском суду када сматра да организатор тржишта, односно берза, при одлучивању нису поштовали закон, правилнике Комисије и своја правила.

2. Тржиште стандардизованих терминских уговора

На основу досадашњих излагања, може се закључити да би стандардизована роба на робној берзи била један од сегмената или једини сегмент тржишта. Када разматрамо *тржишних стандардизованих терминских уговора*, у суштини говоримо о тржишту „изведених финансијских инструмената“ које већ уређује ЗТК. Према томе, овде је реч искључиво о другачијем терминолошком означавању истих предмета трговања (тржишног материјала). У том смислу, прве радне верзије ЗРБ-а под *стандардизованим терминским уговорима* *подразумевају* стандардизовани тржишни материјал са роком испоруке основног тржишног материјала, на који се тај уговор односи, дужим од пет радних дана од датума трансакције. С друге стране стоји чињеница да ЗТК не предвиђа или на непотпун, односно неодговарајући начин, уређује извесна питања, која су неопходна за успешно трговање овом врстом стандардизованих тржишних материјала (терминских уговора) који се односе на (робну) берзу. У том смислу потребно је (другачије) уредити следећа питања:

- а) *креирање стандардизованих терминских уговора од стране берзе,*
- б) *ушврђивање листинга,*
- в) *пројисивање могућности да клиринг и салдирање за изведене финансијске инструменте, односно стандардизоване терминске уговоре, обавља Централни регистар за хартије од вредности (постојеће решење) или сама берза у оквиру свој одељења за клиринг и салдирање (ново решење).*

Због значаја за отпочињање трговања, овом питању посвећујемо посебну пажњу. Наиме, ЗТК предвиђа да наведене послове на овом тржишту обавља Централни регистар. У вези са тим, постоји проблем јер ова институција још увек није оформила систем за клиринг и салдирање изведених финансијских инструмената, што може бити последица различитих чињеница (нпр. недовољног интереса, обавезе да се по ЗТК-у Централни регистар мора налазити најмање 51% у власништву државе и сл.).

У том смислу, поред варијанте вршења клиринга и салдирања предвиђене ЗТК-ом, требало би размотрити могућност да се функција клиринга и салдирања на тржишту стандардизованих терминских уговора оснује у оквиру берзе/организованог тржишта. То решење је уобичајено у упоредном праву и смањује ризик обављања ове функције, нарочито кроз чињеницу да берза у сваком терминском уговору игра улогу друге уговорне стране и да се врши тзв. нетовање. У том случају,

одељење за клиринг и салдирање, на тржишту стандардизованих терминских уговора, представљало би организациони део робне берзе/ организатора тржишта који би се организовао и пословао у складу са одговарајућим законом.

Робна берза би, у оквиру одељења за клиринг и салдирање, на тржишту стандардизованих терминских уговора, обављала следеће послове: вођење евиденције ових уговора уопште, као и на рачунима чланова робне берзе, односно на рачунима чланова клиринга и салдирања; евиденција и управљање рачунима чланова берзе, односно рачунима чланова клиринга и салдирања; упис права трећих лица на стандардизованим терминским уговорима; чување електронске евиденције о стандардизованим терминским уговорима; управљање новчаним рачунима чланова робне берзе, односно чланова клиринга и салдирања; клиринг и салдирање на основу трансакција овом врстом уговора и утврђивање стања обавеза и потраживања чланова робне берзе, односно чланова клиринга и салдирања; утврђивање и додела једнообразних идентификационих бројева стандардизованим терминским уговорима; вођење шифрарника врста стандардизованих терминских уговора; обрачунавање пореза на пренос ових уговора, као и друге послове у вези са стандардизованим терминским уговорима.

Да би клиринг и салдирање у оквиру робне берзе делотворно функционисао, Правилима робне берзе требало би уредити следећа питања: 1) одређивање вредности иницијалне и минималне маргине; 2) отварање и вођење рачуна стандардизованих терминских уговора; 3) отварање и управљање новчаним рачунима; 4) клиринг и салдирање обавеза и потраживања насталих по основу трансакција на тржишту стандардизованих терминских уговора; 5) пренос права из стандардизованих терминских уговора и садржина налога за пренос; 6) образовање и коришћење заштитног фонда и други начини смањења ризика у случају неизвршења обавеза члана клиринга и салдирања на тржишту стандардизованих терминских уговора и 7) друга питања од значаја за рад одељења за клиринг и салдирање стандардизованих терминских уговора.

Право чланства у клирингу и салдирању на тржишту стандардизованих терминских уговора остварује се уплатом чланарине прописане правилима робне берзе и уплатом новчаних средстава, односно полагањем гаранција у заштитни фонд, на начин и у износу прописаним правилима робне берзе и у складу са законом.

Робна берза отвара маргинске и новчане рачуне и управља маргинским и новчаним рачунима чланова робне берзе, односно чланова клиринга и салдирања. Маргински, односно новчани рачуни, отварају се

и воде код Народне банке Србије. Стандардизовани термински уговори и новчана средства чланова робне берзе на рачунима којима управља робна берза не улазе у имовину, нити у стечајну или ликвидациону масу робне берзе и не могу бити предмет принудне наплате.

Робна берза контролише чланове робне берзе, односно чланове клиринга и салдирања на тржишту стандардизованих терминских уговора у делу послова у оквиру одељења за клиринг и салдирање на тржишту стандардизованих терминских уговора. У вршењу контроле робна берза има право непосредног увида у документацију у вези са наведеним пословима. Када робна берза у контроли на тржишту стандардизованих терминских уговора, утврди незаконитости, односно неправилности које представљају повреду одредаба овог закона, акта Комисије и акта робне берзе, налаже решењем члану робне берзе, односно члану клиринга и салдирања на тржишту стандардизованих терминских уговора, да у одређеном року отклони такве неправилности. Робна берза без одлагања обавештава Комисију, о свакој значајној повреди одредаба ЗРБ или акта Комисије, односно робне берзе коју члан почини.

Народна банка Србије доноси прописе којима се уређује начин обављања платног промета преко новчаних и маргинских рачуна којима управља робна берза на тржишту стандардизованих терминских уговора. Народна банка Србије врши контролу законитости пословања робне берзе на тржишту стандардизованих терминских уговора и њених чланова у делу који се односи на обављање платног промета преко новчаних, односно маргинских рачуна којима управља робна берза.

г) Поставља се питање да ли је на овом тржишту неопходно увести *исебан заштитни фонд*, јер је терминско трговање заштићено системом маргина. Такође, кроз Фонд за заштиту инвеститора обезбеђен је одређени круг инвеститора⁶ и то само у одређеним случајевима.⁷ С друге стране, имајући у виду могућност да услед наглих промена цене терминских уговора и истовремене неликвидности тог тржишта (тешкоћа да се пронађе нова уговорна страна) може доћи до проблема у вези са допуном износа маргине, требало би размотрити да ли постоји потреба да се због тог ризика, за неки износ увећа депозит инвестиционих друштава у Фонду за заштиту инвеститора. Такође, требало би размотрити могућност ограничења максималне дневне флукуације цена на организованом тржишту ових инструмената.

6 ЗТК-ом су из овог модела заштите искључене различите врсте професионалних инвеститора/учесника.

7 У случају стечаја инвестиционог друштва и када Комисија за хартије од вредности решењем утврди да оно није у стању да испуни доспеле обавезе према клијентима, а не постоје изгледи да ће се околности у догледно време значајно изменити.

д) *Успостављање обавезној берзанској суда* из истих разлога који су наведени код тржишта роба. Уколико би се на берзи обављало трговање стандардизованом робом и терминским уговорима, исти берзански суд би решавао спорове на оба тржишта.

ђ) *Трговци и клијенти на тржишту стандардизованих терминских уговора*. На тржишту стандардизованих терминских уговора, директно тргују инвестициона друштва основана у складу са ЗТК која су чланови робне берзе. Клијенти инвестиционих друштава на овом тржишту могу бити сва домаћа и страна лица. С друге стране, у погледу инвестиционих друштава неопходно је дефинисати специфичне услове који су неопходни за обављање трговања на робној берзи стандардизованим терминским уговорима. Ту се мисли на следећа питања у вези са *чланом робне берзе, односно* трговцем, који директно тргује на тржишту стандардизованих терминских уговора:

1) потребу да запослени стекну одређена знања ако тргују специфичним робним дериватима, како би могли да квалитетно процењују ризик,

2) стицање чланства у клирингу и салдирању и отварање маргинских рачуна код одељења за клиринг и салдирање берзе (уместо у Централном регистру, како је то предвиђено ЗТК-ом). Радна верзија предвиђа да су *марински рачуни* – новчани рачуни чланова клиринга и салдирања на тржишту стандардизованих терминских уговора, намењени новчаним депозитима за заштиту од ризика промене цене стандардизованог терминског уговора до његовог доспећа. У вези са тим предвиђа се *иницијална марина* – износ новчаног депозита на маргински рачун који прописује робна берза приликом трансакције на тржишту стандардизованих терминских уговора, као и *минимална марина* – минимални новчани износ који члан клиринга и салдирања на тржишту стандардизованих терминских уговора, мора имати на свом маргинском рачуну, а који прописује робна берза,

3) техничке услове које би требало да испуне да би могли да делотворно тргују преко система берзе (што би се специфицирало правилима робне берзе).

IV Модел доградње уређења тржишта изведених финансијских инструмената/стандардизованих терминских уговора

У начелу, могућа су два начина доградње уређења наведених питања:

1) Усвајање измена и допуна ЗТК које се односе на организовано тржиште и наведене инструменте, чиме би се унапредила постојећа решења и одвојило регулисање ефектних и терминских тржишта, због њихових специфичности. То би омогућило дефинисање нешто другачијих услова нпр. у погледу потребног капитала за оне организаторе који би се бавили организацијом једног од тих тржишта. Такође, предвидела би се могућност успостављања клиринга и салдирања у оквиру организатора терминског тржишта и разрадили елементи неопходни за његово успешно функционисање (нпр. чланство, маргински рачуни и сл.). Коначно и друга горе наведена питања била би уређена на начин који би обезбеђивао несметано функционисање терминског тржишта. Овај модел би више био на линији очувања „јединства“ система.

Ако би се у ЗТК додатно уредило терминско тржиште, требало би нарочито обратити пажњу на следеће измене и допуне: 1) у основним одредбама предвидети робне берзе које ће се регулисати посебним законом и раздвојити хартије од вредности (ефекте) од терминских уговора; 2) у одредби члана 99 предвидети минималан капитал за организатора тржишта ефеката и организатора терминског тржишта и 3) предвидети да клиринг и салдирање на тржишту ефеката обавља Централни регистар (постојеће решење), док би за терминско тржиште клиринг и салдирање обављао Централни регистар или сама берза у оквиру посебне организационе јединице (одељења). У складу са тим, требало би променити и назив поглавља 11 у Клиринг и салдирање.

2) Алтернатива је да се ова питања уреде ЗРБ као *lex specialis*-ом на начин који је приказан у претходним излагањима. Предност овог решења је јер се може једноставније спровести у дело, имајући у виду да би прво решење подразумевало темељнија претресања и доградњу ЗТК-а. При томе, овај модел подразумева повећану пажњу, како се не би догодило да исти предмет трговања буде уређен на различит начин у оквиру ЗТК и ЗРБ. Стога, ради заштите правне сигурности, сматрамо да се овакав приступ може сматрати оправданим у погледу оних питања која су већ регулисана ЗТК-ом, а постоји потреба за уређењем сегмената које овај Закон није предвидео (нпр. давање могућности да се клиринг и салдирање успостави и у оквиру организатора тржишта).

У вези са тим, неопходно је уочити специфичности које би захтевале потпуно или бар битно другачији правни режим организовања трговине предметима трговања у односу на норме ЗТК које уређују дата питања за друге предмете трговања. Такође, имајући у виду да је трговање финансијским дериватима који гласе на робу већ уређено ЗТК-ом, неопходно је сагледати важеће норме и видети да ли је неопходно да се оне унапреде и у ком правцу.

У наредној развојној фази, са стабилизацијом односа на финансијском и робном тржишту, могло би се размотрити и кодификовање свих норми које уређују ову материју.

Стога се може као позитивна истаћи чињеница да је при изради одредаба ЗРБ и измена и допуна ЗТК, од самог почетка обезбеђена координација Министарства трговине и телекомуникација, као овлашћеног предлагача и Министарства финансија и привреде, као органа надлежног за област финансијског тржишта, независно од тренутка њиховог усвајања у Народној скупштини. С обзиром да ће, бар у првом периоду, кључну улогу на робној берзи имати пољопривредни производи, такође је обезбеђена и координација са Министарством пољопривреде, шумарства и водопривреде. Поред тога, при изради ових закона неопходно је имати у виду и будућа кретања. У складу са динамиком и степеном ослобађања монопола у области енергетике, јавиће се и потреба за координацијом у вези са прописивањем стандарда у тој области. Такође, усклађивањем еколошких стандарда са правним тековинама Европске уније и увођењем „тржишта“ у области дозвола за емисију штетних материја, регулаторне надлежности Министарства енергетике, развоја и заштите животне средине у потоњим областима добиће на значају.

Коначно, постоји потреба да се регулише *йосебна категорија робних инвестиционих фондова*. Робни инвестициони фонд (РИФ) је институција колективног инвестирања у оквиру које се, под управом друштва за управљање робним фондовима, прикупљају и улажу новчана средства у изведене финансијске инструменте са циљем остварења прихода и смањења ризика. При томе, у оквиру ове основне делатности РИФ нарочито тргује уговорима о терминској продаји робе, фјучерсима, своповима и опцијама. Фонд би се оснивао као затворени фонд или приватни фонд, у складу са законом којим се уређују инвестициони фондови. РИФ може слободно одабрати свој инвестициони циљ који мора бити јасно дефинисан у проспекту, као основном документу који потенцијалним инвеститорима пружа потпуне и јасне информације за доношење одлуке о улагању. *Члан ове врсте фонда* је физичко или правно лице на чије име су регистроване инвестиционе јединице РИФ-а. Као и код осталих фондова, Фонд мора да има друштво за управљање робним инвестиционим фондовима, који га оснива и управља њиме. Фонд се уређује правилима, које доноси друштво за управљање робним инвестиционим фондом уз претходну сагласност Комисије, као и правилником Комисије. Друштво је дужно да ангажује најмање једног портфолио менаџера на неодређено време који, поред лиценце прописане Законом о инвестиционим фондовима, мора да има додатну лиценцу коју издаје

Комисија. Ова лиценца захтева се и за директора и најмање половину чланова управе. При томе, програм полагања испита за додатну лиценцу би утврђивала Комисија.

У погледу регулације РИФ-а и друштава за управљање могућа су два решења:

- 1) измене и допуне Закона о инвестиционим фондовима којима би се уредила наведена питања и за ову категорију инвестиционих фондова, односно друштава за управљање или
- 2) уређење ове категорије ЗРБ-ом уз сходну примену закона којим се уређују инвестициони фондови.

У погледу закона чија је међусобна усклађеност од нарочитог значаја за успешно функционисање целокупног система организованог трговања стандардизованим робама и терминским уговорима, поред ЗТК и ЗРБ, посебан значај имају: Закон о робним резервама (нарочито у циљу правилног дефинисања улоге Дирекције робних резерви као „стабилизатора“ овог тржишта, слично улози Народне банке), Закон о привредним друштвима (за статусна питања организатора тржишта и осталих учесника на робном тржишту), Закон о инвестиционим фондовима, закони из области опорезивања, Закон о задругама (где би се могло обезбедити веће јединство у наступу на тржишту нарочито индивидуалних произвођача и смањили њихови трошкови трговања), Закон о јавним складиштима пољопривредних производа и регулатива која уређује питање субвенција у области пољопривреде (да би се обезбедила потпуна усклађеност политика у овој области, посебно имајући у виду да је област пољопривреде кључно поглавље у преговорима са Европском унијом).

За обезбеђење правне сигурности, извесности планирања и инвестирања свих учесника на тржишту роба, неопходно је избећи честе и неусклађене промене закона и других прописа. Посебан значај у том смислу имају прелазне и завршне одредбе наведених закона, јер се њима за жељени период може предвидети правац кретања (нпр. повећање одређених стандарда).

Конечно, идеално би било да се уз законе истовремено припреме и подзаконски прописи или да се бар обезбеде смернице за њихову израду. То би омогућило свим учесницима у законодавном процесу (у оквиру релевантних министарстава, Владе и Народне скупштине) да целовито сагледају потенцијалне ефекте наведених закона и могућност њиховог спровођења, што би за резултат имало и квалитетнија нормативна решења, избегавање могућих неусклађености у прописима и њихову већу спроводљивост уз ниже трошкове.

Поред кључне улоге државних органа, значајну улогу у пружању релевантних информација о прописима који би уређивали наведену материју, који су застарели, непотребни и/или носе велике/непотребне трошкове за привреду, могу имати организатори тржишта, привредни субјекти, њихове асоцијације, представници адвокатске, рачуноводствене, брокерске и других професија које су активно укључене у аспекте робног тржишта. Истовремено, они могу пружити подршку и интересној димензији у смислу пружања политичке подршке.

Светска искуства показују да само проактивно, делотворно и задовољавајуће јавно-приватно партнерство може водити успешној регулаторној реформи. Неопходно је обезбедити транспарентност и консултације од самог почетка како би све заинтересоване стране имале прилику да разматрају прописе у области тржишта стандардизованих роба и дају аргументе у прилог или против одређених решења. Такође, неопходно је обезбедити активно учешће медија.

Коначно, неопходно је да заступници јавног интереса правилно процене да ли су дати предлози оправдани или представљају искључиво резултат настојања интересних група да заштите своје уске интересе (нпр. позицију на тржишту у односу на нове учеснике) док истовремено могу довести до угрожавања других јавних интереса. У вези са тим, по посебно „осетљивим“ питањима, организовање округлих столова којима би присуствовали представници различитих интереса, пружило би аргументе за или против одређеног решења и истовремено би повећало транспарентност целог процеса.

V Закључак

Велика флукутација цена берзанских пољопривредних производа доводи до потребе успостављања инструмената за осигурање (будуће) цене тих производа. Иако постоји изражена потреба и могућност према ЗТК за формирање ове врсте тржишта, она још увек нису успостављена. Усвајањем измена и допуна релевантних закона, отклониле би се препреке за њихово успостављање. При томе, оне би требало да буду засноване на критичком преузимању уобичајеног начина уређења ове врсте тржишта у САД и чланицама ЕУ.

Са друге стране, повезивање Закона о робним берзама и Закона о тржишту капитала имало би позитиван ефекат на развој робног тржишта и тржишта капитала из следећих разлога:

- проширењем надлежности Комисије за хартије од вредности на издавање дозвола и контролу рада робних берзи, избегло би се оснивање новог органа за наведене послове,

- омогућавање инвестиционим друштвима основаним по ЗТК да своје делатности обављају и на робној берзи, уз, по потреби, додатну кадровску оспособљеност, повећало би ефикасност и поједноставило би рад берзанских посредника,
- дошло би до поједностављења законске процедуре из разлога што би се оснивање, контрола и рад робних берзи у највећој мери ослањали на одредбе ЗТК.

Наведени аспекти имају велики значај првенствено стога што је домаће тржиште, и роба и ефеката, малог обима. Стога је изузетно значајно да се обезбеди поштовање начела економичности, тиме што се не би оснивале нове институције, као и кроз давање могућности да инвестициона друштва, без непотребних трошкова и додатних процедура, послују на обе берзе и сл.

С обзиром да материја робних берзи није уређена већ скоро деценију и чињеницу да је повољан моменат да се у овој области заузме лидерска позиција у целом региону тзв. Западног балкана а и шире, постоји потреба за квалитетним и усклађеним регулисањем ове материје у складу са највишим стандардима правне сигурности, ефикасности и економичности трговања, клиринга и салдирања. Такође, постојеће институције на финансијском и робном тржишту би требало да размотре могућности међусобне сарадње и повезивања у циљу повећања ликвидности, обезбеђења потпуне правне сигурности и смањења трошкова пословања.

Dobrosav MILOVANOVIĆ, PhD

Associate Professor at the Faculty of Law, University of Belgrade

Dušan PROTIC

Assistant Minister of the Ministry of Trade and Telecommunications of the Republic of Serbia

Mag. Vlado KOVAČEVIĆ

Advisor at The Indemnity Fund of the Republic of Serbia

THE NEED TO UPGRADE THE LEGAL SYSTEM RELATED TO TRADE IN STANDARDIZED GOODS AND DERIVATIVES

Summary

Large fluctuations in prices of agricultural products at commodity exchange leads to the need of establishing instruments to safeguard future prices of those products. To establish this type of market it is necessary to adopt amendments in the relevant laws. They should be based on the critical review of comparative regulation of this type of market, especially in the U.S. and EU members.

On the other side, connecting the commodity market and the capital market would have a positive effect on the development of both of them, for several reasons:

- The extension of jurisdictions of Security Commission to the licensing and control of commodity exchanges, will avoid the creation of a new body to perform these tasks;*
- To enable investment companies established by the CMA to carry out its activities at the commodity exchange, with, if necessary, additional staff training, would improve the efficiency and simplify the work of investment companies;*
- There would be a simplification of the legal procedure on the ground that the establishment, control and operation of commodity exchanges for the most part relied on the provisions of the CMA.*

These dimensions are significant primarily because the domestic market, both the goods and securities, is of small scale. Therefore, it is extremely important to ensure respect for the principles of economy. On one side, it means not to establish new institutions and on the other side to provide opportunities for

investment companies to operate on both exchanges, without undue cost and additional procedures.

Given that the commodity exchanges are not regulated for almost a decade and it is the favorable moment to take in this area leading position in the Western Balkans and beyond, there is a need for high-quality and coordinated regulation of this matter in accordance with the highest standards of legal certainty, efficiency and cost of trading, clearing and settlement. Also, the existing institutions in the financial and commodity markets should consider the possibility of cooperation and integration in order to increase liquidity, providing complete legal security and reduce costs.

Key words: *commodity exchange, Commodity Exchange Act, Capital Market Act.*

ПРАВО ПОТРОШАЧА

Rainer KULMS, Priv.-Doz., PhD, LL.M.

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

COLLECTIVE REDRESS IN EUROPE – A CASE FOR HARMONISED RULES?

Summary

The European Parliament and the Commission endorse a coherent approach towards collective redress. Collective proceedings affect both, the position of the individual claimant and regulatory policy interests. National policy choices for public enforcement or for private enforcement strategies by ad-hoc interest groups have to be reassessed. This paper focuses on collective redress in some Member States and the US, before the Commission's strategy is scrutinised. The horizontal approach towards harmonisation of national schemes poses a formidable challenge. Policy-makers should reconsider their stance on opt-in mechanisms and devote more attention to privately negotiated settlements with cross-border repercussions.

Key words: *collective redress, consumers, EU, European Court of Justice, class action.*

I Collective Redress – An Agenda for EU Regulatory Action?

On 2 February 2012 the European Parliament sent a message on collective redress¹: A Resolution commends the Commission's pledge for a co-

1 European Parliament Resolution of 2 February 2012 on "Towards a Coherent European Approach to Collective Redress" (2011/2089 (INI), available at <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0021+0+DOC+XML+V0//EN>.

herent approach towards collective redress. Private enforcement is considered as a supplement to public enforcement. The Resolution warns that European Union (EU) initiatives should not create a fragmentation of national laws. In a legislative assessment both realistic and diffident, the national legal traditions of the Member States are emphasised and the Commission is urged to “refrain from introducing a US-style class action”.

In May 2009, the Directorate-General for Health and Consumers had issued an impact analysis of consumer collective redress mechanisms². The study notes a trend towards expanding consumer markets with a potential for an unprecedented amount of mass claims. The financial crisis has exacerbated the debate on adequate protection for consumers. Consumers have brought litigation against banks and other institutions selling risky financial products with allegedly too little information. Collective redress mechanisms are seen as an important device to aggregate individual claims for damages.

The Parliament’s Resolution of 2012 is the most comprehensive policy endorsement of the EU’s activities on private enforcement of antitrust law and collective redress in the field of consumer protection³. Both, the European Parliament and the Commission are operating under an assumption which calls for closer inspection. They assume that the state of collective redress in the Member States of the European requires a horizontal approach towards harmonisation and that harmonisation would solve the problems commonly associated with cross-border enforcement of collective judgements⁴. Cross-border enforcement issues are magnified⁵ if collective proceedings are resolved by a privately negotiated settlement⁶.

2 See DG SANCO services document (Spring 2009) on Consumer Collective Redress, available at http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/docs/consultation_paper2009.pdf.

3 See the European Commission Staff Working Document, Public Consultation, Towards a Coherent European Approach to Collective Redress, Brussels 4 February 2011 (SEC(2011)173 final), available at http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0054/sec_2011_173_en.pdf; and the EU Commission’s Green Paper On Consumer Collective Redress, Brussels, 27 November 2008 (COM(2008) 794 final), available at http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/greenpaper_en.pdf; EU Commission, Directorate-General for Internal Policies, Collective Redress in Antitrust (European Parliament June 2012, IP/A/ECON/ST/2011-19/PE 475.120), available at <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/studiesdownload.html?languageDocument=EN&file=74351>.

4 For policy analyses see: Bruns, “Einheitlicher kollektiver Rechtsschutz in Europa?“, *Zeitschrift für Zivilprozess (ZZP)*, 125 (2012), 399 et seq.; Domej, “Einheitlicher kollektiver Rechtsschutz in Europa?“, *Zeitschrift für Zivilprozess (ZZP)*, 125 (2012), 421 et seq.; Wagner, “Collective Redress – Categories of Loss and Legislative Options“, 127 *L.Q.R.* 55 et seq. (2011).

5 Cf. Palmisciano, “Going Dutch: The Effects of Domestic Restriction and Foreign Acceptance of Class Litigation on American Securities Fraud Plaintiffs – Note“, 53 *B.C.L.* 1847 (1865 et seq.) (2012); Stiggelbout, “The Restriction in England and Wales of United States Judgments in Class Action“, 52 *Harv. Int’l. L. J.* 433 (54 et seq.) (2011).

6 For a general analysis see: Erichson, “A Typology of Aggregate Settlements“, 80 *Notre Dame L. Rev.* 1769 et seq. (2005).

This paper will first survey the status quo of collective redress under EU legislation and the jurisprudence of the European Court of Justice. It will then evaluate collective redress mechanisms in major jurisdictions of the EU⁷ and in the US before the viability of the Commission's policy approach is assessed.

1. The Status quo under EU Legislation⁸

Ideally, collective redress mechanisms in consumer law have a double thrust: They will sanction a breach of law and produce an *erga omnes* effect⁹ by averting future breaches through injunctive relief or damages¹⁰. From the perspective of rights, collective proceedings affect both, the position of the individual consumer and the regulatory policy interest in sanctioning a breach of consumer protection law¹¹. In an US context, collective redress mechanisms are marked by a discrepancy between protecting the rights of the individual member of the class and 'regulation through litigation'¹². Somewhat accidentally, this discrepancy shines through in the EU's legislative policy which combines procedural devices with improving consumers' material rights.

The Directive 98/27/EC on injunctions for the protection of consumers' (collective) interests¹³ provides for injunctive relief on a cease-and-desist basis. The infringement of consumers' rights constitutes a market distortion which qualified entities are empowered to police by bringing court action. Moreover, member States may at their discretion require the defendant to

7 The jurisdictions of the UK, Germany, Denmark, Sweden and the Netherlands have been chosen in order to demonstrate the variety of collective redress mechanisms within the national legal orders of the Member States of the EU. See Hodges, *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems* (Hart Publishing Oxford 2008) on consumer collective redress mechanisms in the Member States of the EU (with a primacy of public bodies or an emphasis on private sector bodies, respectively).

8 For survey see Hodges, Reform, 93 et seq.

9 See the Opinion of Advocate-General Trstenjak of 6 December 2011 in *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság v. Invitel Távközlési Zrt*, Case No. C-472/10, sub 54 et seq.; cf. Micklitz, *Brauchen Konsumenten und Unternehmen eine neue Architektur des Verbraucherrechts? – Gutachten A zum 69. Deutschen Juristentag* (Verlag C.H. Beck München (2012), A 100.

10 See the analysis by Reich, *Individueller und kollektiver Rechtsschutz im EU-Verbraucherrecht – Von der "Nationalisierung" zur "Konstitutionalisierung" von Rechtsbehelfen* (Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden 2012), 57 et seq.

11 Cf. Micklitz, Gutachten, A 100.

12 See the title of the book by Viscusi (ed.), *Regulation through Litigation* (AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies (2002)).

13 Directive 98/27/EC of the European Parliament and of the Council of 19 May 1998 on injunctions for the protection of consumers' interests, O.J. L 166/51 of 11 June 1998.

pay into the public purse or any beneficiary designated by the court. In 2004, a regulation was passed to address the cross-border dimension of consumer protection¹⁴. The regulation acknowledges the crucial role of consumer organisations for law enforcement, but recognises practical obstacles to fulfilling their mission. Thus national authorities for the enforcement of consumer protection laws are admonished to exchange information and to honour requests for cross-border enforcement measures. The regulation on the European small claims procedure focuses on accelerating cross-border litigation for claims not exceeding 2000 €, but does not intend to provide for mechanisms whereby a multitude of similar, small claims may be aggregated in group proceedings¹⁵.

Historically, the Union has pursued a piecemeal approach towards comprehensive rules of procedure on collective redress. In certain fields of consumer protection, more far-reaching devices of collective enforcement raise the question whether the Commission would be justified in extending the underlying regulatory policy approach to other branches of Union law. Art. 4 of the Directive on misleading advertising requires the Member States to provide for adequate and effective means to control misleading advertising¹⁶. As a corollary, Member States may empower persons or organizations “regarded under national law as having a legitimate interest” in policing misleading to bring legal action¹⁷. This approach has been fleshed out by the directive on injunctions for the protection of consumer interests¹⁸ which are described as ‘collective interests’¹⁹. The directive envisages injunctive relief, to be supplemented by payments into the public purse or any designated beneficiary, if the defendant fails to comply with a court order. This is not compensation for a breach of the law; direct payments to the consumers are not envisaged. With respect to standing, the directive allows for a regulator’s enforcement perspective and an approach which is reminiscent of ‘regulation through litigation’: Independent public bodies which have been founded

14 Regulation (EC) No. 2006/2004 of the European Parliament and the Council of 27 October 2004 on cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws (the Regulation on consumer protection cooperation); *O.J.* L 364/1 of 9 December 2004.

15 Regulation (EC) No. 861/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 establishing a European Small Claims Procedure, *O.J.* L 199/1 of 31 July 2007.

16 Council Directive 84/450/EEC of 10 September 1984 relating to the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning misleading advertising, of 10 September 1984, *O.J.* L250/17 of 19 September 1984. Cf. Reich, 56 et seq.

17 Art. 4 (1) of the Directive 84/450/EEC.

18 Directive 2009/22/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on injunctions for the protection of consumers’ interests, *O.J.* L 110/30 of 1 May 2009.

19 See art. 1 (2) of the Directive 2009/22/EC.

for protection of collective interests (i.e. consumers' interest) are entitled to sue²⁰. Art. 7 of the directive expressly authorises Member States to confer more extensive rights to take court action on “qualified entities and any other person concerned”. This does not foreclose class actions brought by private persons as representatives of a class, but under the directive it is not Union policy to foster this approach.

2. The European Court of Justice

It is one of the major challenges of EU law on consumer protection to calibrate the relationship between collective redress and the protection of the rights of the individual consumer²¹. This is not just issue of whether collective redress mechanisms may only be sought by organisations claiming to act in the consumer's interest or, also by private parties representing a class of claimants. The US debate on mandatory class actions and due process rights of class members in the context of a proposed settlement highlights the need to protect private interests in the face of collective efficiency considerations²². In the *Nemzeti Case*²³ Advocate-General Trstenjak noted that Member States were under a duty to protect fundamental rights and to observe the principle of proportionality²⁴. On the other hand she explained that “... a collective action helps to enhance the status of the consumer at the procedural level and relieves him of the risk of costs in civil proceedings ... The successful enforcement of rights by way of collective action creates a just balancing of interests of consumers and undertakings, ensures fair competition and shows fair competition and shows that collective actions are just as necessary as individual actions in order to protect the consumer”²⁵. Professor Reich²⁶ has emphasised that Advocate-General Trstenjak considers “the acts of European Union law in the area of consumer protection law ... as part of a single, overall set of rules which complement each other”²⁷. Ultimately, this requires a regulatory policy choice on the relationship between individual rights and collective proceedings²⁸. It would be simplistic to relegate the argument on

20 Art. 3 of the Directive 2009/22/EC.

21 Reich, 57 et seq.

22 Cf. Campos, “The Future of Mass Tort”, 159 *U. Pa. L. Rev. PeNNumbra* 231 et seq. (2011) and the rebuttal by Erichson, 159 *U. Pa. L. Rev. PENNumbra* 237 et seq. (2011).

23 See supra sub 9.

24 *Ibid.*, sub 54.

25 *Ibid.*, sub 41.

26 Reich, at p. 59.

27 Opinion of Advocate-General Trstenjak of 29 November 2011 in *Jana Pereničová, Vladislav Perenič v. S.O.S. fiananc, spol. sro.*, Case No. C-453/10, sub 88.

28 Cf. Reich, 61 et seq.

opt-in or opt-out mechanisms to a mere rejection of US legal transplants in class action law²⁹. As the ECJ's recognition of private claims for the breach of EU antitrust law demonstrates³⁰, 'regulation through litigation' is equally a challenge for EU law.

II Collective Redress Schemes in Major European Jurisdictions and the US

1. The United Kingdom (England and Wales)

English law has been reluctant to provide for collective mechanisms³¹. Currently, representative procedures exist in public law. They are based on statutes which often transpose EU consumer legislation into domestic law³². Apart from the traditional instruments of joinder and the consolidation of individual claims the Civil Procedure Rules provide for representative actions. Under these actions a single representative party may represent others with "the same interest"³³. Courts do not easily find a case of "same interest"; actions are rare³⁴.

English statute law does not confer direct rights of action on consumers. Consumer associations may sue for injunctive relief. But most enforcement activities are undertaken by public authorities once they have received complaints from consumers. A comparable complaint mechanism has been introduced in competition law. After receiving complaints from consumers a specific consumer body is entitled to make a super-complaint to the Office of Fair Trading (OFT) which will decide on the merits of the complaints³⁵. In 2007 the OFT had made a plea for introducing individual stand-alone actions

29 Cf. Reich, 53.

30 See the European Court of Justice, judgment of 20 September 2001, *Courage Ltd v. Crehan*, Case No. C-453/99, and judgment of 13 July 2004, *Manfredi et al.*, Joint Cases No. C-295-298/04. See European Commission, White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules (SEC(2008) 404) (SEC(2008) 405) (SEC(2008) 406) / COM/2008/0165 final (Brussels 2 April 2008); Draft Guidance Paper, Quantifying Harm in Actions for Damages Based on Breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (Public Consultation) (Brussels June 2011).

31 See Mulheron, *The Class Action in Common Law Legal Systems* (Hart Publishing, Oxford 2004), 68 et seq.; Sorabji in: Fairgrieve/Lein (eds.), *Extraterritoriality and Collective Redress* (Oxford University Press, Oxford 2012), 43 (52 et seq.).

32 Hodges in: Hensler/Hodges/Tulibacka (eds.) "The Globalization of Class Actions", 622 *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 105 (106) (2009).

33 Hodges in Hensler/Hodges/Tulibacka, at p. 109.

34 Hodges in Hensler/Hodges/Tulibacka, at p. 109.

35 Hodges in Hensler/Hodges/Tulibacka, at p. 108. On the enforcement practice of the OFT: Howells, in: Van Boom/Loos, 37 et seq.

which should be brought in the absence of an official investigation³⁶. The OFT could equally envisage stand-alone actions for compensation initiated by a representative organisation before an ordinary court³⁷. Similar to US class action practice the OFT advocated for settlements between businesses and consumers on the basis of a pre-action protocol³⁸. Moreover, the OFT felt that a Consumer Ombudsman would make an important contribution to competition law practice³⁹. A year later, the Civil Justice Council published eleven recommendations for a generic collective action on an opt-in or opt-out basis⁴⁰. In cases on collective claims for damages courts should be empowered to aggregate compensation payments⁴¹. However, none of these recommendations for legislative action have been enacted⁴². A complaint for individual damages under competition law before the Competition Appeal Tribunal (CAT) will only be heard if the Office of Fair Trading or the EU Commission establishes a breach: An individual plaintiff or a consumer body acting on behalf of consenting individuals has standing before the CAT⁴³.

The Financial Services Bill 2009 took a much more innovative approach towards collective proceedings⁴⁴. It proposed an English class action with an opt-out scheme for domestic members and, in view of potential preclusive effects, with opt-out rights for foreign class members⁴⁵. Regrettably, this legislative plan was never signed into law, as elections put an end to the bill. The successor government decided to retain traditional complaint mechanisms with the Financial Services Authority and the Financial Ombudsman Service⁴⁶.

36 Office of Fair Trading, Private actions in competition law: effective redress for consumers and business – Discussion paper OFT 916 (April 2007), sub. 4.7, available at http://www.of.gov.uk/shared_of/reports/comp_policy/of916.pdf.

37 *Ibid.*, sub 4.8.

38 *Ibid.*, sub 7.1.

39 *Ibid.* sub 7 on “Effective Claims Resolution and the Interface with Public Enforcement”.

40 Civil Justice Council, Improving Access to Justice through Collective Actions – A Series of Recommendations to the Lord Chancellor, Final Report by Sorabji/Napier/Musgrove (eds.) (November 2008), p. 5 et seq., available at <http://www.judiciary.gov.uk/JCO%2FDocuments%2FCJC%2FPublications%2FCJC+papers%2FCJC+Improving+Access+to+Justice+through+Collective+Actions.pdf>.

41 *Ibid.*, Recommendation 7.

42 See the assessment by Sorabji in Fairgrieve/Lein, at p. 56 et seq.

43 Hodges in Hensler/Hodges/Tulibacka, at p. 108.

44 Sorabji, in Fairgrieve/Lein, at p. 60 et seq.

45 Mulheron, in Fairgrieve/Lein, 245 et seq.; see the criticism from a due process perspective by Monestier, “Transnational Class Actions and the Illusory Search for Res Judicata”, 86 *Tul. L. Rev.* 1 (68 et seq.) (2011).

46 For details see the homepage of the Financial Ombudsman Service at <http://www.financial-ombudsman.org.uk/>.

The English Group Litigation Order⁴⁷ is the reaction to a mass litigation which proved almost unmanageable because the injured parties were unwilling to assume the proportionate risk of adverse cost orders⁴⁸. Group Litigation Orders were introduced in 1999 in order to manage claims giving rise to common or related issues of fact or law on an opt-in basis⁴⁹. Under Rules 19.10, 10.11 the Court has discretion “to provide for the case management of claims which give rise to common claims or related issues of fact or law”⁵⁰. A Group Litigation Order establishes a register “on which the claims managed ... will be entered” and specifies the “issues which will identify the claims to be managed as a group” under the order⁵¹. Parties may apply to the Court to have their claim removed from the register⁵². The judgment in the claim on the group register will be binding on the parties and may be extended to those parties who subsequently entered the register⁵³. A party adversely affected by the judgment may appeal⁵⁴. Nonetheless, parties who were entered into the group register at a later stage may not set aside the judgment or the order, but may apply to the Court that the order or a judgment will not be binding on them⁵⁵. The Court has discretion to select a claim from the register as a test claim⁵⁶. Group litigation orders do not modify costs rules in civil litigation⁵⁷.

English law on aggregating litigation contains little information on how to structure settlement negotiations and to protect minority interests. However, the Companies Act of 2006 authorises collective settlement mechanisms⁵⁸ which are reminiscent of reorganisation plans under US bankruptcy

47 The most recent case with a Group Litigation Order is Visteon UK Ltd. on employees' pension rights under the Ford contributory pension scheme: Ch. Order of 20 December 2012, available at <http://www.justice.gov.uk/courts/rcj-rolls-building/queens-bench/group-litigation-orders/visteon-glo>. For a list of Group Litigation Orders between 1999 and 2010 see webarchive.nationalarchives.gov.uk/20110110161730/http://www.hmcourts-service.gov.uk/cms/150.htm.

48 Fairgrieve/Howells, “Collective redress procedures – European debates”, *I.C.L.Q.* 58 (2), 379 (394 et seq.) (2009); Hodges, Reform, 53 et seq.

49 Hodges, in: Hensler/Hodges/Tulibacka, at p. 109 et seq.

50 Rules of Civil Procedure, Part 19 III Group Litigation, available at <http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part19>. See overview by Andrews, “Multi-Party Litigation”, in 10 *IUS Gentium* 167 (178 et seq.) (2012).

51 Rule 19.11 (2).

52 Rule 19.14.

53 Rule 19.12 (1).

54 Rule 19.12 (2).

55 Rule 19.12 (3).

56 Rule 19.15.

57 Hodges, in: Hensler/Hodges/Tulibacka, at p. 109 et seq.

58 See *Mann Group plc. v. Mann Strategic Holdings* [2012] EWCH 4089 (Ch); *Re Rodenstock* [2011] EWHC 1364 (Ch); *Re La Seda De Barcelona* [2010] EWHC 1364 (Ch);

law⁵⁹. A scheme of arrangement to restructure a company in distress may be imposed once a court has given its approval and 75 per cent of the creditors accept the scheme which affects their rights⁶⁰. Creditors, who do not file a claim or an objection before the Court-imposed deadline expires, will lose their rights⁶¹.

2. Germany

Germany is not a class action country⁶². But German law of procedure has a tradition of almost 50 years of collective redress where consumers' organisations are entitled to sue for injunctive relief against unfair trading practices and standard terms in consumer contracts⁶³. This role has intensified in the face of EU legislation which envisages law enforcement activities by public authorities⁶⁴. While representative actions constitute law enforcement by consumer organisations in their own right, a law reform of 2007 empowered consumer organisations to bring actions based on an infringement of rights of individual consumers: In order to facilitate a test case or a group action, consumers can now cede their rights to the consumer organisation which will bundle and enforce them as if those rights were its own ones⁶⁵. Under unfair trading law, consumer organisations may skim the profits from a defendant who has deliberately breached the law⁶⁶. However, this procedural device is largely ineffective as the courts insist on the defendant's *mens rea*⁶⁷.

Trimast Holding Sarl. v. Tele Columbus [2010] EWHC 1944 (Ch); Re TDP plc [2008] EWHC 2334 (Ch). For a private international law perspective: Thole, "Sanierung mittels Scheme of Arrangement im Blickwinkel des Internationalen Private- und Verfahrensrechts", *Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht (ZGR)*, 1/2013, 109 (111 et seq.).

59 See infra sub II.5.

60 See §§ 895, 899 (1) of the Companies Act of 2006; Financial Services Authority (FSA), FSA process guide to decision making on Schemes of Arrangement (July 2007).

61 FSA, FSA process guide to decision making on Schemes of Arrangement.

62 For a survey of collective redress mechanism in German business law: Möllers/Pregler, "Zivilrechtliche Rechtsdurchsetzung und kollektiver Rechtsschutz im Wirtschaftsrecht", 176 *ZHR* 144 (146 et seq.) (2012).

63 Micklitz, Gutachten, A 96 et seq.

64 Micklitz, Gutachten, A 97.

65 See judgment of the Hamburg Appeal Court (Oberlandesgericht) of 30 January 2013 (Case No. 13 U 211/09); Press Release of Verbraucherzentrale Hamburg of 12 January 2011, 'Sammelklage gegen die Allianz.'

66 Micklitz, in: Van Boom/Loos, *Collective Enforcement of Consumer Law – Securing Compliance in Europe through Private Group Action and Public Authority Intervention* (Europa Law Publishing Amsterdam (2007)), 13.

67 Micklitz, Gutachten, A 100.

In 2005 the German legislator was forced to part with its mistrust of collective action schemes, initiated by individual plaintiffs suing for damages. After the German telecommunications had been partly privatised investors alleged that relevant information had been withheld from the capital market at the time investment decisions were made. More than 17,000 individual actions for damages were filed paralysing a local district court⁶⁸. A law was passed on Test Case Proceedings in Capital Market-related litigation⁶⁹. In its current form the law is a bundling device whereby parallel proceedings on a similar factual setting will be stayed until a test case has been decided⁷⁰. However, investors who have a similar claim, but have not filed their action yet, may join the test case proceedings and the statute of limitations will be tolled⁷¹. The test case will only focus on conditions precedent to a legal claim, both negative and positive, or on legal issues⁷². The local court of appeal will decide on the issues giving rise to the test case⁷³. The decision will be binding on those participants who joined the test case proceedings. Once the test case ruling has become unappealable, the stay on the parallel (individual) proceedings will be lifted automatically and each case will have to be decided on the basis of the test case ruling⁷⁴.

Test case proceedings are triggered by an application for a test case ruling. The local court has discretion to choose the lead plaintiff for test case proceedings⁷⁵. Test cases proceed on an opt-in basis. Those who opt-in will be registered and the local court of appeal publishes a notice to alert other potential participants. Those participants who have not been recognised as lead parties are entitled to make submissions. Submissions by participants will only be recognised to the extent they do not conflict with declarations by the lead parties⁷⁶. The test case ruling is binding on the lead parties and the other participants⁷⁷. *Res judicata* applies and the test case ruling may only be

68 See Möllers/Pregler, 176 ZHR 144 (148) (2012).

69 Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz KapMuG, current version of 19 October 2012, BGBl. I 2182. For a critical assessment of the 2005 version of the law: Halfmeier/Rott/Feess, *Kollektiver Rechtsschutz im Kapitalmarktrecht* (Frankfurt School Verlag, 2010), and Möllers/Seidenschwamm, "Der erweiterte Anwendungsbereich des KapMuG", NZG 2012, 1401 et seq.

70 §§ 5, 8 of the Law.

71 §§ 10 (2), 11 (1) of the Law; see: Wigand, "Zur Reform des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG)", AG 2012, 845 (846).

72 § 2 (1) of the Law.

73 § 16 of the Law.

74 § 22 (4) of the Law.

75 § 9 (2) of the Law.

76 § 14 of the Law.

77 § 22 (1) of the Law.

disregarded under very limited circumstances⁷⁸. The law expressly authorises the parties to settle their dispute by a court-approved settlement which will take effect if less than 30 per cent of the participants (who are not the lead parties) opt-out of the settlement⁷⁹.

The original 2005 version of the Test Case Law was found to be too restrictive as it applied only to certain proceedings for damages. The 2012 amendment of the law takes a broader approach towards issues qualifying as test case under capital-market related civil litigation⁸⁰. The 2012 law has a sunset clause. By 2020 the legislator will have to decide whether the current bundling devices deserve a more comprehensive treatment ushering in a general system of collective redress for individual claims for damages.

3. Scandinavian Countries⁸¹ (Denmark and Sweden)

Denmark introduced class actions in 2008⁸². Under the Administration of Justice Act actions are conditioned upon a common claim and Danish venue for all the claims⁸³. Under Danish law the class action mechanism is regarded as the most appropriate device for filtering small claims. A class action will only be admitted if the members of the class can be identified⁸⁴. Class actions supported by private plaintiffs operate on the basis of an opt-in mechanism⁸⁵. Danish law makes a clear distinction between private class actions and those where a public authority acts on behalf of the class as the representative of consumers (e.g. the Consumer Ombudsman) or other citizens⁸⁶. Public authorities representing a class are entitled to opt-out thereby avoiding *res judicata* effects which they deem detrimental to the general interest⁸⁷. If class action proceedings are to be concluded by a settlement, a court approval is necessary. The court will examine whether the settlement will discriminate among class members or is otherwise unfair⁸⁸.

78 § 22 (2) and (3) of the Law.

79 See § 17 (2) of the Law.

80 Söhner, “Das neue Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz”, *ZIP* 1/2013, 7 et seq.

81 See on the enforcement of consumers’ collective interests by regulatory agencies in Scandinavian countries: Viitanen, in: Van Boom/Loos, 83 et seq.

82 Werlauff, in: Hensler/Hodges/Tulibacka, 202.

83 *Ibid.*, at p. 203.

84 *Ibid.*, at p. 203.

85 *Ibid.*, at p. 204 et seq.

86 *Ibid.*, at p. 204.

87 *Ibid.* p. 204.

88 *Ibid.*, at p. 207.

The Swedish Group Proceedings Act was the first of its kind in Europe⁸⁹. Swedish legislators take pride in having modelled collective redress mechanisms on US patterns for class actions⁹⁰. The Swedish Act requires that a group litigation arises must have a reference to civil law, consumer law or environmental law⁹¹. Standing may be obtained within the framework of individual group actions (class actions), public group actions and organizational group actions⁹². Individual group actions (class actions) may be initiated by a plaintiff who is a member of the group and has at least one claim to which the action relates. Organizational actions are confined to litigation under consumer law and environmental law. An organizational action in consumer law may be brought by an affiliation of consumers or wage-earners against a tradesperson who, in the course of business, offers goods, services, or other utilities to consumers primarily for private use. In environmental law, non-profit organisations and some professional organisations dedicated to conservation of nature and environmental protection are entitled to commence group proceedings for injunctive relief or compensation for the impairment of the environment⁹³. Public group actions are reserved for specified government authorities such as the Consumer Ombudsman⁹⁴. Swedish class action law operates on an opt-in basis and members of a group must make an application to the court to be included⁹⁵. The court ruling is binding on all members who opted in. *Res judicata* applies as if a member had personally sued⁹⁶. As under US class action law⁹⁷, the group representative has power to negotiate a settlement with the defendant. The settlement will be binding on the other members of the group after a court has issued an appropriate order.

Swedish law applies the English rule on costs⁹⁸. The representative of the group will have to bear the cost of the proceedings (including the defendant's costs), if the group action is lost. Conversely, a group member faces a financial risk only where an intervention had been declared. Current Swedish rules of procedure provide for an agreement on cost between the group representative and an attorney, contingent on liability, but not linked to a

89 On the legislative history of the Act: Nordh, "Group Actions in Sweden: Reflections on the Purpose of the Need for Reforms, and a Forthcoming Proposal", 11 *Duke L. J. Comp. & Int'l. L.* 381 et seq (2001).

90 Nordh, "Group Actions – The Swedish Experience (2005)", available at http://www.cour-decassation.fr/IMG/File/judge_nordh.pdf.

91 Lindblom, in: Hodges, in: Hensler/Hodges/Tulibacka, 231 (234 et seq.).

92 *Ibid.*, at p 234 et seq.; Nordh, Group Actions.

93 Nordh, Group Actions.

94 Nordh, Group Actions.

95 Lindblom, in: Hodges, in: Hensler/Hodges/Tulibacka, 231 (235 et seq.).

96 *Ibid.*, at p. 236.

97 See *infra* sub II.5.

98 *Ibid.*, at p. 236.

quantum. If a settlement is reached and the attorney's fees will be paid out of the settlement, court approval is mandatory⁹⁹.

4. The Netherlands

Dutch law combines collective action schemes to be brought by interests groups with in an innovative scheme for a collective settlement for claims against defendants in mass tort cases¹⁰⁰. Under the Civil Code an association or foundation representing a group of persons with a similar interest may seek injunctive relief against a defendant. This has created a market for special purpose organisations, but does not resolve the fundamental policy issue why damages may not be claimed in collective redress proceedings. The new Dutch law on collective settlements in mass damages cases creates an intriguing interface between representative actions, out-of-court settlements and the right to opt-out¹⁰¹. Under the law, representative organisations or ad-hoc organisations representing potential plaintiffs are intended to negotiate a settlement so settle mass tort claims¹⁰². Once a settlement has been reached by the representative organisation and the alleged responsible party, the court will announce a hearing and notify known parties¹⁰³. The court is empowered to approve or reject the settlement, but may not modify *sua sponte* the terms of the settlement¹⁰⁴. Once the court approves the settlement, it will be binding on the group of affected parties unless an opt-out is declared within a specified period¹⁰⁵.

5. The US Class Action (Federal Rules of Civil Procedure)

Class actions¹⁰⁶ in the United States are part and parcel of a comprehensive system of consolidated or coordinated group litigation, both on state

99 *Ibid.*, at p. 236 et seq.

100 Tzankova/Van Lith, in: Fairgrieve/Lein, 67 (68 et seq.); Tzankova/Scheurleer, in Hodges, 149 (152 et sq.).

101 Tzankova, "Funding of Mass Disputes: Lessons from the Netherlands", 8 *J. L. Econ. & Pol'y* 549 (561 et seq). (2012).

102 *Ibid.*

103 Cf. Amsterdam Court of Appeal, Case No. 200.070.039/01, decision of 12 November 2010 (In the Matter of Scor Holding (Switzerland) AG, Zurich Financial Services Ltd., Stichting Converium Securities Compensation Foundation and Vereniging VEB NCVB).

104 Tzankova/Van Lith, in: Fairgrieve/Lein, 67 (72 et seq.).

105 See Wouter/De Clerck/Rotenberg/Douglas-Henry, "International Class Actions: Will the Centre of Gravity Shift from the US towards Europe?", 9 (3) *European Company Law* 174 (176) (2012).

106 See the case studies in: Hensler/Pace/Dombey-Moore/Giddens/Gross/Moller, *Class Action Dilemmas – Pursuing Public Goals for Private Gains* (RAND Institute for Civil Justice 2000).

and federal levels¹⁰⁷. This includes joinders, consolidation of mass claims and multidistrict litigation. Moreover, bankruptcy proceedings contribute to the insight in collective proceedings since they merge creditors' claims into mandatory system of downscaling if the debtor's funds are insufficient. Pre-packaged reorganisation plans play an important role in staving off formal bankruptcy proceedings¹⁰⁸. Courts approve pre-packaged reorganisation plans after a majority vote of the creditors. Very often, reorganisation plans are administered by trusts which adjudicate the value of claims or manage assets¹⁰⁹. Trusts may also be set up in tort cases where the multitude of claims is such that the tortfeasor has sought bankruptcy protection and his funds or insurance liability proceeds have to be distributed evenly¹¹⁰.

Under the Federal Rules of Civil Procedure¹¹¹ the certification as a class action is conditioned on a list of criteria which potential representatives of a class have to establish in order to act on behalf of individuals they have never met in person¹¹². A class may only be considered as a class if a joinder is impracticable due to the number of potential claimants (numerosity)¹¹³. Moreover, the issues to be judged in a group proceeding have to concern questions of law and fact common to the class (commonality)¹¹⁴ and the claims and defences to be raised must be typical of the class (typicality)¹¹⁵. The adequacy criterion is essentially dictated by fairness and due process considerations. The quality of the representatives (which under certain circumstances may be lead plaintiffs) and their attorneys are to protect the (future) class members' rights to be fairly and adequately represented (adequacy)¹¹⁶. Damage cases

107 See the introduction to aggregate litigation in Nagareda, *The Law of Class Actions and Other Litigation* (Thompson/Reuters, Foundation Press, New York 2009), 1 et seq.; on class actions for mass torts: Niemic/Willing, "Effects of Amchem/Ortiz on the Filing of Federal Class Actions: Report to the Advisory Committee on Civil Rules" (Federal Judicial Center 2002), available at [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/amchem.pdf/\\$file/amchem.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/amchem.pdf/$file/amchem.pdf); on the law and economics of US class actions: Scherer, in: Backhaus/Cassone/Ramello (eds.), *The Law and Economics of Class Actions in Europe - Lessons from America* (Edward Elgar, Cheltenham 2012), 27 et seq.

108 See Case/Harwood, "Current Issues in Prepackaged Chapter 11 Plans of Reorganization and Using the Federal Declaratory Judgment Act for Instant Reorganization", 1991 *Ann. Surv. Am. L.* 75.

109 2007 *Ann. Surv. of Bankr. Law* 4.

110 See e.g. Rosenthal, "Toxic Torts and Mass Torts", 63 *SMU L. Rev.* 845 (847) (2010).

111 Federal Rules of Civil Procedure (as of 1 December 2012), available at www.uscourts.gov/uscourts/rules/civil-procedure.pdf.

112 Rule 23 (c) (Certification Order). Cf. on the regulatory policy behind the federal class action rules: Redish/Berlow, "The Class Action as Political Theory", 85 *Wash. U. L. Rev.* 753 et seq. (2007).

113 Rule 23 (a) (1).

114 Rule 23 (a) (2).

115 Rule 23 (a) (3).

116 Rule 23 (a) (4).

have to fulfil predominance and superiority requirements: The questions of law and fact common to the members of the class have to dominate individual issues, and compared to other procedural devices, are superior¹¹⁷. Due process concerns and the right to a fair hearing, class actions for damages are predicated upon a notice requirement and a right to opt-out¹¹⁸. Proposed settlements for class action proceedings¹¹⁹ have to be submitted for judicial review to scrutinise claims and defences and the value distributed to the class.

In mass tort cases separate actions would create the risk of inconsistent or varying adjudications¹²⁰. Thus, the Federal Rules of Civil Procedure authorise mandatory class actions: There is no statutory duty to observe a notice requirement and the members of the class are deprived of their right to opt-out¹²¹. In fact, it is procedural efficiency which dictates the curtailment of individual rights¹²². Mandatory class actions have also been discussed as a device to initiate collective proceedings by by-passing restructuring plans under US bankruptcy law¹²³.

The complexity of mass tort cases has highlighted the inherent limits of class actions. Conversely, mass tort class actions have ushered in the advent of class actions as a resolution device¹²⁴. A global offer will be negotiated between the counsels of the parties and approved by the court¹²⁵. The settlement will take effect if a requisite percentage has opted in by acceptance¹²⁶.

117 Rule 23 (b) (3) and *Eley v. Morris*, 390 FS 913 (918) (N.D. Ga., 1975)

118 For an economic analysis of optimal class size and and opt-out rights: Betson/Tidmarsh, “Optimal Class Size, Opt-out rights and “Indivisible” Remedies”, 79 *Geo. Wash. L. Rev.* 542 (568 et seq.) (2011).

119 Cf. Tidmarsh, “Mass Tort Settlement Class Actions” (Federal Judicial Center 1998), available at [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/tidmarsh.pdf/\\$file/tidmarsh.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/tidmarsh.pdf/$file/tidmarsh.pdf).

120 See on the ‘limited-fund’ argument in the context of mandatory class actions: Nagareda, “The Preexistence Principle and the Structure of the Class Action”, 103 *Col. L. Rev.* 149 (228 et seq.) (2003).

121 See Rule 23 (1) and (2) and 2002 *Ann. Surv. Bankr. L.* 8 (II. The Mandatory (Non-opt out Class Action).

122 See Redish/Larsen, “Class Actions, Litigant Autonomy, and the Foundations of Procedural Due Process”, 95 *Cal. L. Rev.* 1573 (1586, 1603 et seq.) (2007), and: Rubenstein/Conte/Newberg, in: 5 *Newberg on Class Actions* 17:57 (4th ed., updated November 2012) (on the need to coordinate between independent suits and mandatory class action).

123 Edwards/Herbst/Hewitt, Mandatory Class Actions as a Restructuring Technique, 875 (881 et seq.) (1992).

124 McKenzie, “Toward a Bankruptcy Model for Nonclass Aggregate Litigation”, 87 *N.Y.U. L. Rev.* 960 (968 et seq.) (2012).

125 A similar pattern has been observed in aggregate, non-class settlements: Lewis, “Limiting Justice: The Problem of Judicially Imposed Caps on Contingent Fees in Mass Actions”, 31 *Rev. Litig.* 209 (231) (2012); Erichson, 80 *Notre Dame L. Rev.* 1769 (1784 et seq.) (2005).

126 Cf. Johnson, “Securities Class Actions in State Courts”, 80 *U. Cin. L. Rev.* 349 (383) (2011).

III The Commission's Activities on Collective Redress

1. The Green Paper on Consumer Collective Redress¹²⁷

The Commission has opted for a bifurcated strategy which combines traditional arguments of consumer protection with potentially contentious aspects of private law enforcement. The Commission's Green Paper on Consumer Collective Redress calls for effective mechanisms as mass consumer markets have increasingly become cross-border events. The Green Paper diagnoses a market distortion as infringements of consumers' rights are not adequately matched by efficient collective redress mechanisms. The policy options which the Commission offers do not challenge the distribution of power between Member State authorities and the individual citizen¹²⁸. In fact, the dichotomy between paternalism and private autonomy in collective redress¹²⁹ is studiously ignored.

One of the Commission's policy proposals focuses on cooperation between the Member States so that citizens from one Member State could join test case proceedings in another. Both, Government entities and private organisations would have to make an effort to accommodate the concerns of unidentified non-domestic constituencies. Although couched in the language of representative action a corporatist element remains whereby an entity administers the rights of private citizens based on regulatory policy considerations. The real policy question to be addressed in this context is whether law enforcement should be exclusively entrusted to the public authorities or corporatist private organisations which may have more clout, but also arrogate to themselves the right to decide on what consumers think and do not think¹³⁰. The Commission appears to offer a way out of this dilemma: For the benefit of consumer representative or group actions and test cases should be expanded. As an aside, judges or public authorities should be reduced to the role of gatekeepers certifying collective proceedings or decide on funding respectively. The 2008 Green Paper side-steps, however, the issue whether, as under the Dutch collective redress scheme for mass torts, a group of individual consumers may be founded *ad hoc* to bring a representative action or initiate settlement negotiations.

127 Green Paper On Consumer Collective Redress, Brussels, 27 November 2008 (COM(2008)).

128 See on this aspect of collective redress: Issacharoff, "Class Action and State Authority", 44 *Loy. U. Chi. L. J.* 369 (373 et seq.) (2012).

129 Redish/Larsen, 95 *Cal. L. Rev.* 1573 (1579) (2007).

130 For a US perspective: Lemos, "Aggregate Litigation Goes Public: Representative Suits by State Attorneys-General", 126 *Harv. L. Rev.* 486 (499) (2012), debating whether attorneys-general are 'representative'.

2. The Commission on ‘a Coherent European Approach to Collective Redress’

The Commission’s working document on ‘a Coherent European Approach to Collective Redress’¹³¹ reveals a remarkable shift in strategy. The Commission de-emphasises the cross-border aspect of protecting consumers, highlighting instead the necessity of strengthening the enforcement of EU law. The Commission explains that public law enforcement is motivated both by concerns for individual interests and those of the Union. On the other hand, with the enlargement of the Union law enforcement has become more decentralised. In the rhetoric of the Commission private law enforcement is to supplement public activities. Ultimately, the working document seems to borrow from the US concept of employing citizens as ‘private attorney-generals’: The Commission expressly acknowledges that private law enforcement may be secured by both individual redress procedures, but also through collective redress mechanisms¹³².

In a US context, mandatory class actions and settlement negotiations call for a recalibration of the right of the individual in the face of collectivist pressures¹³³. The interface between bankruptcy law and settlement class actions as restructuring device¹³⁴ has sharpened the awareness for the rights of individual creditors or members of the class. In Europe, representative or group actions which produce a judgment with an *erga omnes* effect are as problematic for individual autonomy as mandatory class actions under Rule 23 of the Federal Rules of Procedure.

The Green Paper discusses whether collective redress procedures should be introduced on an opt-in or opt-out basis. In the eyes of the Commission, this is an issue which has to be decided in the light of the importance which politicians attach to collective proceedings as desirable enforcement mechanisms for private rights. UK experience suggests that opt-in mechanisms might operate as a deterrent to collective redress schemes¹³⁵. It would also seem that the European fee structure frustrates the establishment of a US-

131 European Commission Staff Working Document, Public Consultation, Towards a Coherent European Approach to Collective Redress, Brussels 4 February 2011 (SEC(2011)173 final).

132 *Ibid.*

133 Cf. Coffee, “The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action”, 54 *U. Chi. L. Rev.* 877 (896 et seq.) (1987).

134 Sabino, “Going to the Head of the “Class” in Bankruptcy Cases: The Continuing Evolution of Class Actions, The Class Proof, and Plaintiff and Defendant Classes in Bankruptcy Cases”, 2005 *Ann. Surv. of Bankr. Law* 12 (13 et seq.) (2005).

135 See Mulheron, “The Case for an Opt-out Class Action for European Member States: A Legal and Empirical Analysis”, 13 *Colum. J. Eur. L.* 409 (434 et seq.) (2009).

style class action industry. Thus the principled rejection of opt-out schemes seems to be unfounded¹³⁶. Dutch law on collective settlements combines a *de facto* opt-in approach with opt-out mechanisms: *Ad-hoc* coalitions for settlement negotiations on mass torts may be established, but non-consenting individuals are entitled to opt out once the court has approved the settlement¹³⁷. Although the Commission alludes to European sensitivities about abusive collective redress proceedings, it is unclear whether the rejection of opt-out mechanisms is informed by empirical data or economic analysis¹³⁸.

The Commission's 'coherent approach to collective redress' rehearses the traditional rhetoric of harmonisation. A coherent European framework is intended to offer common principles while paying homage to different national legal traditions. Nonetheless, it is difficult to see how common principles can be developed for regulatory concepts so radically different¹³⁹. With a purely horizontal approach it will be difficult to ensure a common stance on the role of individual rights in collective proceedings. Moreover, it is by no means a foregone conclusion that representative organisations or state attorneys-general claiming to act in the best interest of consumers will always make the right policy decisions on collective redress. With a dose of realism, it might be more promising to concentrate on legal principles for cross-border cases¹⁴⁰.

Nonetheless, the Commission's proposal may well produce unexpected side-effects in the legal orders of the Member States. Hopefully, the Commission's policy papers will unleash a debate about the role of public and private attorneys-general claiming to represent the interests of a class of potential plaintiffs. In this context, a regulatory policy analysis is apposite on how to balance collective interests against individual rights. This is a debate about the material rights of members of the class and about the scope of relief. The focus on opt-in or opt-out regimes for collective redress overshadows the need for a policy debate on settlement negotiations in mass proceedings which, at the intersection of class and bankruptcy rules, raise the question about the rights of a dissenting minority¹⁴¹.

136 See Mulheron, 15 *Colum. J. Eur. L.* 409 (451) (209), who had made her criticism before the European Parliament passed its resolution of 2 February 2012, favouring opt-in mechanisms for collective redress schemes.

137 Consider in this context, Coffee's proposal, 54 *U. Chi. L. Rev.* 877 (926 et seq.) (1987), to control opt-outs.

138 See the plea by Hess, in: Fairgrieve/Lein, 107 (118), for an opt-out model of collective redress in a cross-border setting.

139 This brings Hess, in: Fairgrieve/Lein, 107 (117), to the conclusion that EU rules on collective redress should only be developed for cross-border cases.

140 *Id.*

141 See on problems of consent and autonomy in a non-class aggregate litigation: Burch, "Group Consensus, Individual Consent", 79 *Geo. Wash. L. Rev.* 506 (513 et seq.) (2011).

When the Commission initiated the debate on collective redress in Europe, it was motivated by potential mass claims in a cross-border context and forum-shopping. It would seem that the enforcement of a judgment or a transnational settlement pose a much greater problem for comparative collective redress analysis¹⁴² than the fall-out from forum-shopping. Settlements resolving a transnational collective redress proceeding are bound to disclose conflicting concepts on public policy and procedural fairness and, hence, challenge the practitioner's imagination¹⁴³.

др *Рајнер* КУЛМС, LL.M.
виши научни сарадник на Макс Планк Институту за упоредно и међународно приватно право, Хамбург, Немачка

КОЛЕКТИВНА ПРАВНА ЗАШТИТА У ЕВРОПИ – АРГУМЕНТИ У ПРИЛОГ ХАРМОНИЗАЦИЈИ?

Резиме

Европски парламенти и Комисија су усвојили кохерентан приступ у односу на колективну правну заштиту. Колективни посудици имају утицаја и на индивидуалне тужиоце и на шире регулаторне интересе. Националне стратеје за јавно или приватно извршење од стране ад-хос интересних група се морају преиспитати. Овај чланак се фокусира на колективну правну заштиту у неким државама чланицама ЕУ и САД, пре преиспитивања стратеје Комисије. Хоризонтални приступ према хармонизацији националних шема представља велики изазов. Законодавци треба да размисле о њиховом становишту у односу на opt-in механизме и да више пажње посвете приватним споразумима са прекограничним реперкусијама.

Кључне речи: *колективна правна заштита, пошрошачи, ЕУ, Европски суд правде, колективна тужба.*

142 Muir Watt, in: Fairgrieve/Lein, 119 et seq.; cf. Wasserman, “Transnational Class Actions and Interjurisdictional Preclusion”, 86 *Notre Dame L. Rev.* 313 (335 et seq.) (2011)

143 Cf. on the prospects of governance of aggregate litigation by contract: Nagareda, “Aggregate Litigation Across the Atlantic and the Future of American Exceptionalism”, 62 *Vand. L. Rev.* 1 (49 et seq.) (2009).

др Драјан ВУЈИСИЋ
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

ПОТРОШАЧ КАО СУБЈЕКТ ПРАВНЕ ЗАШТИТЕ

Резиме

У изв. пошрошачким директивама Европске уније, а по уледу на њих и у нашем Закону о заштити пошрошача, појам пошрошача је ресриктивно одређен – то је физичко лице које делује у сврху која је ван његове пословне или професионалне делатности. У правној теорији постоје мишљења да би појам пошрошача требало да буде проширен нарочито на мала правна лица код закључења нејичних уговора. За пословну и судску праксу, значајни су одговори на питања да ли заштити права пошрошача ужива предузетник код уговора које закључује делом у оквиру своје пословне делатности а делом ван пословне делатности (изв. мешовити послови); физичко лице код уговора закључених уз ангажовање посредника коме је то професионална делатност; физичко лице које је закључило уговор у циљу стицања добити ако у пренутику закључења није обављао приватну или професионалну делатност (оснивачи привредног друштва). Такође, значајно је и питање пошребне посебне заштите изв. посебно ујожених пошрошача (деца, стари, немоћна лица).

Кључне речи: пошрошач, физичко лице, професионална делатност, правно лице, прсечни пошрошач.

I Увод

Више од пола милијарде европских потрошача са својом потрошњом која чини више од половине укупног европског бруто друштвеног производа јесу важан покретач европске привреде.¹ У складу са таквим значајем потрошача, Европска унија (ЕУ) посвећује велику пажњу уређењу њиховог положаја. Али, иако се право заштите потрошача већ обликује у посебну грану права,² у ЕУ још увек није изграђен свеобухватни и међусобно кохерентан систем правних правила, што утиче и на недореченост, нејасноћу и/или двосмисленост неких појмова, који су заједнички за право потрошача. Ово се дешава у различитим областима права ЕУ, с једне стране, у приватном праву, како уговорном тако и неговорном, с друге стране, у праву конкуренције и коначно у праву унутрашњег тржишта ЕУ. Један од тих појмова, који треба да определи област примене одредаба о заштити потрошача, као и њихов садржај и смисао, јесте и појам потрошача.

Појам потрошача у праву ЕУ није регулисан на једном месту. Може се наћи на најразличитијим местима у примарном праву ЕУ, у секундарном праву ЕУ, као и у правним прописима колизионог права ЕУ. У светлу, пре свега, секундарног права ЕУ, као и релевантне судске праксе Европског суда правде (сходно принципу аутономног тумачења), може се говорити о углавном изграђеном јединственом појму потрошача у праву ЕУ.³ Као пример можемо навести одредбу члана 2 (б) Директиве о одредбама које се противе начелу савесности и поштења (неправичним одредбама) у потрошачким уговорима,⁴ по којој је потрошач свако физичко лице које делује у сврху која је ван његове пословне или професионалне делатности. У свим дефиницијама појављују се два битна, опредељујућа елемента: први, да се ради о физичком лицу, и други, да физичко лице делује (закључује уговор) у сврху која је ван његове пословне или професионалне делатности.⁵

1 Европска комисија, Стратегија потрошачке политике ЕУ 2007–2013, COM (2007) 99, стр. 2.

2 Phillipe Hellwege, „Consumer Protection in Britain in need of reform“, *The Cambridge Law Journal*, vol. 63, issue 03, November 2004, стр. 714.

3 Martin Ebers, *The notion of consumer, EC Consumer Law Compendium*, Universitet Bielefeld, 2007, стр. 671–673.

4 Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, *OJ L 95/1993*.

5 Изузетак представља Директива о путним аранжманима, аранжманима за одморе и аранжманима за организована путовања (чл. 4 ст. 2) где се потрошач одређује као лице које узима или је сагласан да узме аранжман, („главни уговарач“), или било које лице за чији се рачун главни уговарач сагласи да купи аранжман („други корисници“) или неко друго лице коме је главни уговарач или неко од корисника

II Елементи појма потрошача

1. Физичко лице

Ограничење правне заштите потрошача само на физичка лица, на први поглед, је смислено. Међутим, поставља се питање да ли треба бити прихваћено беспоговорно. Право потрошача се фокусира на правни однос у коме између учесника постоји однос инфериорности и супериорности. У таквим односима циљ је да се заштити слабији учесник. Из ове перспективе, ограничавање права заштите потрошача само на физичка лица је оправдан, али се поставља питање и да ли је увек и стварно прикладан. Да однос инфериорности и супериорности може постојати и између правних лица, показује се при пословању малих правних лица, нарочито непрофитних, са великим правним лицима, пре свега, компанијама. Разлика у економској моћи између великих компанија и малих правних лица је, понекад, много већа него између малих правних лица и физичких лица.⁶ С друге стране, пак, поједини аутори истичу да је ограничење заштите само на физичка лица суштински утемељено и стога прикладно као опште правило. Као основне разлике између физичких и правних лица истичу: разлике у расподели ризика (правно лице, често, штити пословни ризик), разлике у погледу неправних санкција (за одржавање добрих пословних односа неприкладно понашање према другим правним лицима је мање вероватно него неприкладно понашање према физичким лицима као потрошачима) и генерално мања информациона асиметрија.⁷

Европски суд правде (ЕСП) је у случају *Idealservice* изричит да се потрошачке директиве (конкретно Директива о одредбама који се противе начелу савесности и поштења у потрошачким уговорима) искључиво примењују на физичка лица. Пошто је утврдио да се не ради о физичком лицу, није оцењивао природу делатности *Cape Snc* јер недостаје један од битних елемената појма потрошача. *Cape Snc*, која је купила од једног предузећа аутомат за пиће који су искључиво користили радници компаније, позивала се на прописе за заштиту потрошача.⁸ Генерални заступник у овом предмету наводи да је систем заштите за-

уступио аранжман („прималац“). На овај начин су заштићени и они, који резервишу путовање у сврху пословне делатности, тако да и пословна путовања спадају у подручје примене ове директиве.

6 Stephen Weatherill, *EU Consumer law and Policy*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham in Northampton, 2005, стр. 117.

7 Fernando Gomez F., *EU Sales Directive: Commentary*, Intersentia, Antwerp, Oxford, New York, 2002, стр. 63.

8 ЕСП 22.11.2001, C-541/99 и C-542/99, *Idealservice*, 2001, I-9049.

снован на идеји да је потрошач у слабој позицији наспрам продавца или добављача, како према својој преговарачкој моћи, тако и према нивоу знања. То води до потрошача који је сагласан са условима унапред сачињеним од стране продавца или добављача, без могућности да утиче на контекст услова. Намера да се заштити категорија лица у слабијој позицији потврђена је у дванаестом излагању и члану 3 Директиве, по којој су уговорни услови, о којима се није појединачно преговарало, обухваћени Директивом. По оцени суда, међутим, правна лица се не налазе у тој слабијој позицији и стога нема потребе да им се додели заштита. У обиму у којем је заштита ограничена на потрошаче који делују ван своје делатности или професије, нема дискриминације правних лица.

Генерални заступник у случају *Di Pinto*⁹ залагао се за проширење заштите потрошача на мале привреднике у случајевима када је трансакција неподударна са њиховим занатом или професијом,¹⁰ али ЕСП није прихватио његов приступ.¹¹ Иако суд у својој одлуци није навео, треба нагласити да је у процењивању пошао од субјективног својства учесника трансакције. У овом је случају власник малог предузећа закључио уговор ван пословних просторија о продаји свог предузећа. Упркос јединствености таквог искуства за њега и величини његовог предузећа, суд је меродавним сматрао „просечно искусног предузетника“, који треба да зна вредност предузећа и значај уговора о његовој продаји.¹²

ЕСП је при одређивању појма потрошача у праву ЕУ одиграо кључну улогу, када је у случају *Bertrand v. Paul Ott*¹³ дефинисао потрошача, и пре него што се појам потрошача одредио у директивама ЕЕЗ. Потрошач је дефинисан на начин који данас познаје право ЕУ. Дефиниција је креирана у духу Бриселске Конвенције о надлежности, признавању и извршењу пресуда у грађанским и трговачким предметима из 1968. године: изменама конвенције 1978. године, *дефиниција суда* је била укључена у текст конвенције.¹⁴

Важно је истаћи да се у складу са принципом минималне хармонизације тзв. потрошачким директивама ЕУ не искључује могућност да државе чланице, под условом да то није у супротности са правом ЕУ, прошире примену целокупног потрошачког права или појединих

9 France v Patrice Di Pinto case C-361/89 (1991) ECR I-1189 (1993) CMLR 399.

10 Opinion of Mr Advocate General Miscov, у предмету C-361/89 Di Pinto.

11 Ewoud Hondius, „The Notion of Consumer, European Union versus Member States“, *Sydney Law Review*, vol. 28:89, стр. 96.

12 Paolisa Nebia, *Unfair Contract terms in Europe: A study in Comparative and EC Law*, Hart Publishing, 2007, стр. 72.

13 ЕСП 21.6.1978, C-150/77, *Ott*, 1978, стр. 1431.

14 Hans Schulte-Nölke, *A case-book on European Consumer law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2002, стр. 8.

његових делова, тако да правну заштиту уживају и поједина правна лица.¹⁵ То је предвиђено у прописима појединих држава чланица ЕУ, као што је случај нпр. са Аустријом или Белгијом.¹⁶

Француски судови су често усвајали појам потрошача који је шири од онога у праву ЕУ. Тако, *Cour de Cassation* је сматрао да привредник као правно лице може да ужива правну заштиту када год делује у области ван свог пословања или способности (у случају који се тиче инсталирања алармног система, компанија је ‘у истом стању незнања као и било који други потрошач’, упркос чињеници да је била правно лице које је деловало у сврху даље производње роба и услуга¹⁷). У складу са *Di Pinto* пресудом, међутим, касније су уследиле две пресуде *Cour de Cassation* из 1996. год. које су одбиле да прошире заштиту фабрици у вези са уговором закљученим за снабдевање водом и компанији у вези са уговором о кредиту закљученим за финансирање куповине њеног ИТ система.¹⁸ Исто је и са судском праксом Велике Британије и Италије.

Првобитно проширење дефиниције потрошача имало је за циљ да заштити мала правна лица при коришћењу услуга, које нису део њихове основне пословне делатности. Ова идеја заснивала се на чињеници да они у оваквим случајевима нису компетентнији од заштићеног просечног потрошача. Иако рестриктивна интерпретација ЕСП-а може деловати неправедном, поставља се питање којом би се формулацијом успешно и правично могли разграничити типични од нетипичних уговора за свако поједино правно лице, као и како подвући црту између малих и великих привредника.¹⁹ „Деловање изван области пословне компетентности“, такође, и „без непосредне везе са главном пословном делатношћу“ захтевало би судску проверу у сваком поједином случају. ЕСП избегао је правну несигурност и неједнаку националну судску праксу, што би била цена за виши степен правичности у решавању овог правног питања. Такође, треба имати у виду и да је заштита потрошача понекад праћена и неким општијим нормама које се подједнако примењују и на правна лица.²⁰

Директива о правима потрошача из 2011. године²¹ (замењује Директиву о уговорима закљученим ван пословних просторија и Дирек-

15 Hans-W Micklitz, *Cases, Materials and Text on Consumer law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2010, стр. 31.

16 Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis group), *Contract II, Seller* European Law Publishers, Munich, 2009, стр. 59.

17 *Cour de Casation*, 28. April 1987, *Revue Trimestrielle de Droit Civil* 1987, стр. 537.

18 *Cour de Casation*, 3. January and 30. January. P. Nebia, *нав. дело*, стр. 75.

19 E. Hondius, *нав. чланак*, стр. 95.

20 E. Hondius, *нав. чланак*, стр. 96.

21 Директива 2011-83-ЕУ о правима потрошача од 25. октобра 2011. године, *Сл. лист* ЕУ 2011, L 304-64.

тиву о уговорима на даљину, и мења у мањем делу Директиву о непоштеним одредбама у потрошачким уговорима и Директиву о продаји потрошачке робе и гаранцијама) задржава дефиницију потрошача већински заступљену у потрошачким директивама – да се ради о физичком лицу које не делује у сврху свог занимања, пословања, заната или професије (новина је изричито помињање заната; такође, ову директиву карактерише правило максималне хармонизације).

У праву Републике Србије потрошач је, у чл. 5 т. 1 Закона о заштити потрошача (ЗЗП),²² одређен као физичко лице које на тржишту прибавља робу или услуге у сврхе које нису намењене његовој пословној или другој комерцијалној делатности. ЗЗП је тако, имплементирајући тзв. потрошачке директиве ЕУ, прихватио рестриктивно одређење појма потрошача (изузетак се односи на физичко лице које користи туристичко путовање у оквиру своје пословне делатности, професије или заната, односно на основу уговора између трговца и трећег лица, који је закључио тај уговор у његову корист или је на њега пренео уговорену услугу).

2. Закључивање послова изван пословне или професионалне делатности

Други елемент дефиниције потрошача везан је за околност да физичко лице „делује у сврху која је ван његове пословне или професионалне делатности“. Изрази у појединим правним изворима се унеколико међусобно разликују. Као конститутивни елемент појма потрошача (и потрошачког уговора) наводи се обављање делатности изван пословне, професионалне или комерцијалне делатности, односно изван трговине, бизниса, професије. Изрази који се појављују у дефиницијама у различитим комбинацијама су семантички блиски, па следи закључак да терминолошке разлике између дефиниција не доводе до разлика у дефинисању потрошача.²³

Наведено одређење делатности у већини случајева једноставним језичким тумачењем омогућава и одређење уговора који се (не) сматрају потрошачким. Међутим, не може се занемарити чињеница да се у неким, граничним, случајевима захтевало ангажовање ЕСП. Генерално, може се закључити да је ЕСП релативно рестриктивно тумачио појам потрошачког уговора. У случају *Benincasa*,²⁴ ЕСП је разматрао да ли се потрошачем сматра физичко лице које је закључило уговор у циљу

22 Сл. гласник РС, бр. 73/2010.

23 Geraint G Howels, *EC Consumer Law*, Dartmouth Publishing Company, Aldershot, 1997, стр. 3.

24 C-269/95, *Francesco Benincasa v Dentalkit Srl*.

стицања добити, ако у тренутку закључења није обављало трговинску или професионалну делатност; у конкретном случају закључио се уговор о франшизи, који, међутим, никада није реализован, па никад није отпочет посао франшизе. ЕСП је заузео став да при оцени треба узети у обзир природу и циљ који се жели постићи закључивањем конкретног уговора, а не субјективни положај лица; потрошачким уговором може се сматрати онај уговор који је усмерен на сопствено задовољавање сопствених потреба у погледу сопствене потрошње. Како у овом случају то не постоји, већ постоји професионална сврха, ЕСП је сматрао да нема места примени одредаба потрошачког права.

Одређење посла у погледу тога да ли је унутар или ван пословне делатности се, као посебно проблематично, јавља код уговора које појединац закључује делом у оквиру пословне делатности, а делом ван пословне делатности, односно за задовољавање својих личних потреба (тзв. мешовити послови). Проблем се, у складу са горе изложеним случајем *Idealservice*, у случају правних лица која обављају послове ван своје доходне делатности не јавља, јер употреба потрошачког права не долази у обзир само зато што се не ради о физичком лицу. Као проблематични случај одређења потрошача можемо навести пример стоматолога који је купио рачунар који користи за уређивање података о пацијентима, али и за личну употребу; или куповина аутомобила, који се поред употребе у приватне сврхе (породична путовања на одмор, куповину, возњу деце у школу и сл.), такође, користи и у вези са послом.²⁵

Питање тзв. мешовитих послова, ЕСП је расправљао у случају *Gruber v Bay Wa*,²⁶ када је упитан да ли фармер, који је купио цреп за покривање крова своје фарме, која је, такође, била место његовог становања, јесте или није потрошач. Суд је пресудио да то зависи од тога која је сврха, приватна или професионална, претежна и утврдио да статус потрошача може бити додељен само ако је веза између намене за коју су роба или услуге употребљени и делатности и професије дотичног лица занемарљиве и „толико благе да су маргиналне“, за шта потрошач сноси терет доказа. ЕСП је на овај начин противуречно заговорницима искључивог коришћења предмета уговора у приватне сврхе, али је употребио формулацију која је постала предмет критика из више разлога. Прво, није јасно шта „занемарљива“ или „маргинална“ веза значи у пракси: да ли би се куповина аутомобила, који би се 70% користио за личне потребе, а 30% за професионалну употребу, сматрала, или не би, „потрошачким уговором“? Друго, овакво решење подразумева да је

25 Ulrich Magnus, *Consumer sales and associated guarantees: The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, стр. 248.

26 C-464/01 (2005) ECR I-439.

могуће да се направи разлика између професионалне и некомерцијалне употребе роба или услуга. Док поменуто може да се уради у случају аутомобила или компјутера, тешко је да се учине такве разлике у случају, рецимо, доктора који своју медицинску праксу спроводи код куће: да ли би уговор о снабдевању водом или струјом био сматран потрошачким уговором? У којој мери је могуће сматрати да је веза са професијом „занемарљива“?²⁷

Постоје други показатељи који би, у овој врсти случаја, требало да се употребе при одлучивању да ли постоји или не постоји потрошачки уговор. Бављење бизнисом често подразумева да то лице углавном има јаку преговарачку моћ, може да приступи продавницама које продају само трговцима, у могућности је да поврати порез на додату вредност за учињену куповину и сл. У тим случајевима онај који одабере да ужива овакве бенефиције не би требало да ужива, у исто време, бенефиције везане за статус потрошача; приликом одлучивања да ли да примени правила о потрошачима, суд би требало да истражи овакве ствари.²⁸

Проблем је, дакле, с једне стране, како када уговор истовремено услужује приватне и професионалне потребе, одредити пропорције уговора унутар сваке категорије. Још већи је проблем како сврстати једно лице истовремено у категорију потрошача и непотрошача у односу на један исти уговор (и док би било могуће утврдити пропорцију коришћења роба или услуга у приватне и професионалне потребе, тешко би било сврстати једно лице као потрошача и непотрошача, односно као лице које ужива и као лице које не ужива заштиту потрошача у односу на један исти уговор).

Директива о правима потрошача из 2011. године „решава“ проблем тзв. мешовитих послова тако што у тач. 17 образложења појашњава да се потрошачем сматра свако физичко лице које према целокупним околностима уговор није већински закључило у пословне сврхе.

У вези са проценом да ли је одређени уговор потрошачки, поставља се и питање, да ли на процену има утицаја тумачење претпостављеног понашања потрошача од стране његовог уговорног партнера. У пракси

27 Law Commision and Scottish Law Commision констатује да дефиниција потрошача као „појединца који склапа уговор за сврхе које нису везане за било који његов посао“ потпуно искључује да би се мешовити уговор могао сматрати као потрошачки, у случају када купац купује првенствено за приватну употребу, али са намером да то повремено користи и у пословне сврхе. Комисија је препоручила да се потрошач дефинише као појединац који улази у уговор сасвим или већински за сврхе које нису у вези са његовим послом. То значи да странку која улази у уговор са циљем који је само случајно у вези са његовим послом, не треба третирати да делује као потрошач. Law Commision and Scottish Law Commision, *Unfair Terms in Contarcts*, A Joint Consultation paper Law Commision Consultation paper no 166.

28 P. Nebia, *нав. дело*, стр. 74.

постоје случајеви када појединци закључују уговор за који њихов саговорач с разлогом верује да га закључује у пословну или непословну сврху. На пример, предузетник који, из својих економских разлога, продаву аутомобила тврди да купује аутомобил ради коришћења у оквиру своје пословне делатности, али га у ствари купује да га користи само у приватне сврхе. Ситуација може да буде обрнута, а продавац утврди да је купац купио аутомобил ради коришћења у пословне сврхе. Решење наведене дилеме у погледу права и обавеза уговорних страна у одређеном односу може бити од пресудног значаја, јер су права и обавезе зависне од употребе одредаба потрошачког права (у вези са одговорношћу, односно гаранцијом за недостатке ствари, на пример, битна је употреба одредби Директиве о потрошачкој продаји).

Ако меродавним сматрамо објективни приступ, онда физичко лице које је нпр. купило аутомобил и при куповини кога из околности посла не произилази пословна сврха, већ да је намењен само за приватну употребу, треба сматрати потрошачем. У последњој тачки изреке у предмету *Gruber* наведено је да мора национални суд утврдити претежну сврху уговора, узимајући у обзир све релевантне доказе који су садржани у спису, али да то не важи у случају када је потрошач поступао тако да је друга уговорна страна оправдано стекла утисак да је поступао у професионалне или комерцијалне сврхе. Из наведеног следи закључак да је за процену од пресудног значаја целокупни спољни утисак при закључењу уговора, а да су ирелевантне унутрашње намере потрошача које накнадно постану познате.²⁹

3. Закључење посла с трговцем

Поред тога што се за потрошача захтева да се ради о физичком лицу које закључује уговор изван своје пословне делатности, за употребу потрошачког права мора бити испуњен још један услов. Потрошач мора закључити уговор са лицем које не наступа као потрошач. У погледу чињенице да се лица у оквиру примене потрошачког права деле на потрошаче и на оне који то нису, имамо и посебну дефиницију те друге уговорне стране која је саговорач потрошача. Ради се о трговцу – правном или физичком лицу које наступа на тржишту у склопу своје пословне делатности или у друге комерцијалне сврхе.³⁰

Као проблематично може се показати питање улоге посредника код уговора закључених између *поштрошача*. ЕСП се са ситуацијом, када

29 Е. Hondius, *нав. чланак*, стр. 96; Margus Kingisepp, „The Notion of Consumer Asquis and the Consumer Rights Directive – a Significant Change of Paradigm“, *Juridica International*, бр. XVII/2011, стр. 52.

30 Закон о заштити потрошача, чл. 5 т. 2.

посредник коме је то професионална делатност посредује при закључењу уговора између *војрошача*, није сретао. У литератури се, пак, често наводи пример из немачке судске праксе када се поставило питање примене потрошачког права у случају продаје половног аутомобила уз помоћ професионалног посредника. Пошто је из околности трансакције, посебно потписаног писаног уговора, јасно произилазило да посредник наступа у туђе име и за туђ рачун, суд је искључио употребу потрошачког права.³¹ Европска комисија (ЕК), такође, додатно, указује на потребу пажње на проблематичност процене улоге посредника при закључивању уговора. У случају када је њихова улога при закључењу уговора битна, онда би из такве улоге произашла употреба одредби потрошачког права о заштити супротне стране.³² У конкретним случајевима неопходно је одмерити значај какав је улози посредника при закључењу уговора придавала страна која је посредника ангажовала, као и утисак који је посредник створио код супротне стране. ЕК истиче и да се провајдер, код закључења уговора на пример на Интернету, када није укључен у закључење уговора, не сматра као посредник.

У вези са овим питањем, ЕСП је, у битно другачијој ситуацији, пресудио у предмету *Shearson Lehmann Hutton*.³³ Радило се о процени да ли се одредбе о заштити потрошача примењују када правно лице делује у своје име, али спроводи налоге које му је дало физичко лице. ЕСП је истакао да језичким тумачењем дефиниције потрошача, као и заштитне функција посебних одредби о заштити потрошача, појам наведеног правног лица није обухваћен, односно да физичко лице када је закључен уговор од стране правног лица које је иступало у своје име а за његов рачун не ужива заштиту потрошачког права.

III Просечни потрошач

Из саме природе регулисања заштите потрошача у потрошачким актима произилази да правна заштита потрошача није зависна од индивидуалних особина појединачног потрошача. Правни режим заштите потрошача полази од општег појма о апстрактном, претпостављеном потрошачу који се мање или више поклапа са стварним потрошачем. Сви потрошачи су једнако заштићени, без обзира на разлике у њиховој стварној моћи разумевања или неразумевања конкретних околности посла.³⁴ У том смислу је у праву ЕУ прихваћен концепт просечног по-

31 BGH, Пресуда VIII ZR 175/04 од 26.1.2005.

32 Европска комисија, Зелена књига... COM (2006), стр. 16–17.

33 C-89/91 Shearson Lehmann Hutton Inc. v TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen GmbH.

34 G. Howels, *нав. дело*, стр. 315.

трошача или како је то названо у ст. 18 преамбуле Директиве о непоштеним пословним праксама³⁵ – типичан потрошач. У складу са истим ставом преамбуле ове директиве, као мерило се узима потрошач који је добро обавештен, довољно пажљив и брижан.

Концепт „разумно обазривог“ („разборитог“) потрошача, ЕСП је јасније него у дотадашњим предметима употребио у случају *Mars*.³⁶ Радило се о томе да су количине сладоледа познатих брендова повећане за 10 одсто, што је било на омоту сладоледа означено назнаком +10% и било је одштампано на већем делу површине омота сладоледа него што је 1/10. Упркос аргументима да је просечан потрошач таквим означавањем преварен, мислећи да је повећање количине стварно веће од 10% и да се цена не мења, ЕСП је сматрао да је просечан европски потрошач разумно разборит до те мере да разуме да не постоји веза између величине ознаке о повећању количине на омоту и стварног повећања количине. Таква одлука је ојачала тренд према коме се потрошачу налаже одговорност за заштиту својих интереса.³⁷ У случају *Nissan*,³⁸ ЕСП је одлучио да је оглашавање спорно само ако је збуњујуће за многе потрошаче, чиме је негирао заштиту најугроженијима међу њима. ЕСП је у случају *Gut Springenheide*,³⁹ када је разматрао да ли је конкретан начин обележавања јаја обмањујући, даље развијао концепт просечног потрошача. Према мишљењу ЕСП, просечан потрошач је добро информисан и разумно пажљив и обазрив. Понављајући овај концепт у неколико даљих одлука, суд додатно потврђује своје схватање потрошача.⁴⁰ Зато се потрошач може посматрати као лице које рационално и пажљиво доноси одлуке о закључењу уговора, на основу свих расположивих информација. У случају сукоба између фактора који, с једне стране, не наводе потрошача на рационално разумевање околности под којима се закључује уговор и, с друге стране, објективних околности закључења уговора, Суд сматра да потрошач одлучује на основу ових других (одредбе уговора, етикете с информацијама и сл.).

С правом се да приметити да је питање обавештености од централног значаја у потрошачком праву. Обавештеност потрошача о

35 Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council on Unfair Commercial Practices.

36 C-470/93 Yerein gegen Unwesen in handel und Gewerbe Köln v Mars GmbH. Schulte-Nölke, *нав. дело*, стр. 113.

37 H. Schulte-Nölke, *нав. дело*, стр. 114.

38 C-373/90. Schulte-Nölke, *нав. дело*, стр. 115.

39 C-210/96 Gut Springenheide GmbH и Rudolf Tusky v Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt – Amt für Lebensutelüberwachung.

40 C-303/97 Kessler Hochgew ächs, C-220/98 Estee Lauder, C-465/98 Darbo, C-358/01 Commission v Spain и др.

потенцијално опасним околностима посла је, мање или више, ефикасан начин његове заштите. Нагласак на обавештености има смисла само ако се заснива на претходно представљеном потрошачу који доноси одлуку о закључењу уговора управо на основу расположивих информација. Ефикасност смањења диспаратитета у економској моћи уговорних страна само обезбеђењем информација, међутим, зависи и од способности потрошача да користи ове информације.⁴¹

У судској пракси, међутим, наилазимо и на пресуде које одступају од описаног рестриктивног концепта (просечног) потрошача. На пример, у случају *La Espanjola*, суд је (пр)оцењујући како шпански потрошачи *vide* информације на налепницама на боцама маслиновог уља, сматрао посебно важним да ниво пажње просечног потрошача, с обзиром на то да је маслиново уље у Шпанији производ широке потрошње, није велики.⁴² Наведени пример из судске праксе није усамљен.⁴³ Повремено суд тако доводи у сумњу концепт о активном, критичном и размишљајућем потрошачу.⁴⁴ *Unberath* и *Johnston* чак говоре о два супротна начина третирања потрошача. ЕСП би, по њиховом мишљењу, у случајевима када процењује складност прописа националног потрошачког права с одредбама о слободној трговини на заједничком унутрашњем тржишту ЕУ, појму потрошача приступао либералније и у случају неусклађености обеснажио би одредбе националног закона о заштити потрошача (тзв. негативна хармонизација). Супротно, у случају када тумачи одредбе потрошачког права ЕУ, у недоумици пресуђује у корист потрошача (тзв. позитивна хармонизација).⁴⁵

Описана неконзистентност концепта потрошача може бити објашњења одвајањем потрошача у групу просечних потрошача, с једне стране, и групу посебно угрожених потрошача, с друге стране. Први су при иступању релативно независни, разумни, обазриви и активни и њима је прилагођена заштита као потрошачима. Други, као што су неуки, инвалиди, млади, стари и сл., због њихове посебне рањивости треба да имају додатну заштиту. Ипак, да ЕСП има слуха за изузетно осетљиве потрошаче произилази из примера који представљају одступање од уобичајеног стандарда просечног потрошача. Може се као добар пример

41 S. Weatherill, *нав. дело*, стр. 84; Н. Micklitz, *нав. дело*, стр. 215.

42 T-363/04 Koipe v OHMI – Aceites del Sur.

43 Као пример може се навести и судска пресуда о ниском нивоу пажње потрошача приликом куповине свакодневних потрошачких производа по пропорционално нижим ценама; T-283/04 Georgia-Pacific v OHMI, и др.

44 Howells G., *нав. дело*, стр. 317.

45 Agnus Johnston, Hannes Unberath, „The Double-Headed Approach of the ECJ Concerning Consumer Protection“, *Common Market Law Review*, Vol. 44, No 5, October 2007, стр. 1237.

истаћи случај *Buet*,⁴⁶ где је ЕСП испитивао адекватност националних мера заштите потрошача при продаји наставних материјала за учење код куће. ЕСП сматра да су потрошачи који имају потребу за наставним материјалом лица која, из неког разлога, заостају у свом образовању и која желе да то заостајање надокнаде. Они су у посебно *рањивом* положају, јер коришћење некавалитетног материјала има дугорочне последице, које се не огледају само у материјалној штети. Показана флексибилност од стране суда је у складу са потребом за ефикасном заштитом свих потрошача. Таква флексибилност ЕСП треба да обесхрабри критике да је оваква пракса непредвидива. То би било учињено изграђивањем довољно јасних критеријума за другачији третман одређених група потрошача.

Запажања о различитом третману различитих група потрошача могу се наћи, такође, и у литератури. Сматра се да у случају јасно препознатих посебних група потрошача за такву групу треба да важе прилагођени стандарди процене, који би требало да буду обликовани из перспективе просечног потрошача унутар те посебне групе потрошача.⁴⁷ Међутим, и они који се слажу са потребом различитог третмана одређених, посебних, група потрошача на такав третман гледају са одређеном скепсом. Истиче се забринутост због добро познате чињенице да приватно право од лица захтева одређени степен аутономије, обазривости и активности; у недостатку наведеног, потрошача не може ефикасно да заштити било која материјалноправна норма.⁴⁸ Стога се наглашава значај процесних законских одредаба потрошачког права, укључујући нарочито мере колективне заштите права потрошача, као и санкције јавноправне природе за повреде права потрошача.

46 C-382/87 R. *Buet* in *SARL Educational Business Services (EBS) v Ministere public*.

47 H. Micklitz, *нав. дело*, стр. 44.

48 G. Howells, *нав. дело*, стр. 318.

Dragan Vujisić, PhD

Associate Professor at the Faculty of Law University of Kragujevac

CONSUMER AS THE SUBJECT OF LEGAL PROTECTION

Summary

In the so-called consumers' Directives of European Union, and looking at them as models in our Law on Consumers' Protection as well, the term of the consumer has been restrictively determined – it is a physical person who acts for the purpose outside his business or professional activity. In legal theory there are opinions that the idea of the consumer should be broadened especially to include small legal persons in concluding non-typical agreements. For business and judicial practise it is important to answer the questions whether the protection of consumers' right covers an entrepreneur in case of an agreement that he concludes partly within his business activity and partly outside it (the so-called mixed jobs); a physical person in agreements with involvement of an agent doing it as a professional activity; a physical person who concluded the contract in order to make profit if at the moment of concluding the agreement he does not perform a trading or professional activity (founders of a commercial company). In addition there is the question of the necessity of special protection for so-called specially disadvantaged consumers (children, the old, disabled persons).

Key words: *consumer, physical person, professional activity, legal person, average consumer.*

др *Кашарина* ИВАНЧЕВИЋ
ванредни професор на Правном факултету Универзитета Унион

СПЕЦИЈАЛИЗОВАНИ ОМБУДСМАН ЗА ЗАШТИТУ ПОТРОШАЧА

Резиме

Материјалноправно уређење заштитне потрошача остаје без практичне вредности ако не постоје ефикасни механизми за надзор над поштовањем и спровођењем закона, као и механизми за остваривање права. За потрошача је од пресудног значаја да ефикасни спор са привредником може да реши на ефикасан, приступачан и јефтин начин. У појединим земљама се као поодан начин за остваривање ефикасне заштите потрошача показало увођење институције специјализованих омбудсмана за заштитну потрошача. У пракси функционишу различити модели ових специјализованих омбудсмана. Разлике се јављају у погледу начина њиховог оснивања, финансирања, организовања, начина остваривања, привреде и обима овлашћења која су им дата. Рад има за циљ да укаже на специфичности овог института и позитивне ефекте који су постигнути у заштити потрошача у земљама у којима они функционишу. Аутор се залаже да се и у Републици Србији држава и привредници организују ради остваривања специјализованих омбудсмана за заштитну потрошача. Ови омбудсмани могу бити на различит начин организовани и са различитим овлашћењима. Као државни орган по угледу на скандинавски модел као омбудсмани које ће оснивати професионална удружења појединих сектора привреде.

Кључне речи: потрошачки омбудсман, потрошач, вансудско решавање спорова.

I Увод

Институција омбудсмана је уведена као посебан вид контроле управе у великом броју земаља. Први омбудсман је именован 1809. године као парламентарни омбудсман у Шведској, а потом и у другим скандинавским земљама.¹ Задатак шведског омбудсмана је био да прати примену закона, у смислу да ли се примењују, да ли је примена адекватна и да покреће одговарајуће поступке против државних службеника због уочених неправилности. Данас омбудсман представља институцију која поред тога што прати како извршна и управна власт примењује законе има за основни задатак да штити права грађана, посебно од незаконитог и неправилног рада управе.² Сматра се да се контролом коју спроводи омбудсман превазилазе недостаци постојећих начина судске и управне контроле управе и да свест о постојању овог облика надзора утиче позитивно на цео управни систем.³

Временом су се развиле поједине врсте специјализованих омбудсмана, као што су војни омбудсман, омбудсман за заштиту података, за заштиту детета, еколошки омбудсман, омбудсман за националне мањине, омбудсман за лица са посебним потребама, омбудсман за родну равноправност, као и омбудсман за заштиту потрошача.⁴ Седамдесетих година двадесетог века су скандинавске земље увеле омбудсмана за заштиту права потрошача, а осамдесетих година су их следиле и друге европске државе.⁵ Данас су међу омбудсменима за заштиту потрошача који функционишу у појединим земљама присутне разлике у погледу начина њиховог успостављања, начина финансирања, организовања, природе и обима овлашћења и начина функционисања. У даљем излагању ћемо изложити основне карактеристике појединих модела ових специјализованих омбудсмана.

1 Институт омбудсмана се јавио у тренутку када је конституисана бирократска држава и када је владајући систем схватио колику опасност бирократија представља за друштво у целини. Бранислав Марковић, „Омбудсман и управа у процесу заштите људских права и слобода“, у: Слободан Перовић (ур.) *Актуелна питања југословенској законодавства*, Будва, 1999, стр. 195–212.

2 Стеван Лилић, „Омбудсман – настанак и опште карактеристике“, у: *Омбудсман: међународни документи, уредно право, законодавство и судска пракса*, Београд, 2002, стр. 23.

3 William Wade, *Administrative Law*, 5th edition, Oxford, 1982, стр. 76; С. Лилић, *нав. рад*, стр. 25.

4 О појединим специјализованим омбудсменима вид. Стеван Лилић, Дејан Миленковић, Биљана Ковачевић Вучо, *Омбудсман*, Београд, 2002.

5 Канцеларија омбудсмана за заштиту потрошача у Шведској је основана 1971. године, а у Норвешкој Омбудсман за заштиту потрошача 1972. године.

II Скандинавски модел потрошачког омбудсмана

У скандинавским земљама, Шведској, Финској, Данској и Норвешкој, потрошачки омбудсман обавља јавну функцију, бира га парламент, а финансира се из државног буџета. Основни задатак је надзор над применом закона на тржишту и формирање добре праксе понуђача робе и услуга. Ови омбудсмани се не баве конкретним појединачним захтевима потрошача, тако да у принципу, не решавају потрошачке спорове. Формирани су са циљем да заштите заједничке интересе потрошача. За решавање појединачних жалби и потрошачких спорова су у овим земљама организована посебна тела као што је Национални одбор за потрошачке спорове.⁶ Изузетно, фински Омбудсман помаже индивидуалном потрошачу уколико се на тај начин индиректно одлучује и о генералном интересу потрошача, односно о важном аспекту политике заштите потрошача.

Шведска потрошачка агенција је владина агенција која одговара Министарству пољопривреде, хране, потрошачких послова.⁷ Генерални директор ове агенције је истовремено Омбудсман за заштиту потрошача.⁸ Задатак Агенције је да штити интересе потрошача посебно у погледу сигурности роба и услуга, реклама и услова уговора. Агенција спроводи и обуку општинских саветника за потрошачка питања и саветника за питања буџета и дугова. Шведски потрошачки омбудсман покреће поступке на основу директних пријава потрошача, оних које су му упућене посредно преко саветовалишта за потрошаче која раде при општинској управи и на основу сопствених сазнања која стиче пратећи дешавања на тржишту. При том активност омбудсмана је усме-

6 У Шведској одбор доноси необавезујуће препоруке о начину решења спора. Ако трговац не поступи по препоруци потрошач има могућност да се обрати суду. Дански потрошачи могу да користе моделе алтернативног решавања спорова (АРС) у готово свим секторима. Приватни секторски системи за приговоре су допуњени са Жалбеним потрошачким одбором, који контролише потрошачке пријаве против трговаца које су ван делокруга приватно организованих жалбених тела одобрених од стране министра. У Финској Одбор за потрошачке спорове је надлежан за решавање свих спорова осим за спорове из одређених инвестиционих услуга. Final Report to DG SANCO – Study on the use of Alternative Dispute Resolution in the EU (даље у тексту: Study ADR), 2009, стр. 69–71.

7 Седиште Агенције и Омбудсмана је у граду Карлстаду са канцеларијом у Стокхолму. На пословима је ангажовано 120 запослених који раде у појединим секторима који су задужени за: здравствене услуге, продају хране, козметичких и хигијенских производа, куповину путем интернета, маркетинг, финансијске услуге, домаћинство и др. Више информација доступно на: <http://www.konsumentverket.se>.

8 Канцеларија омбудсмана за заштиту потрошача и Национални одбор потрошачке политике су се 1976. године ујединили у једно тело на чијем је челу омбудсман који је био и генерални директор овог одбора.

рена на отклањање уочених неправилности у вези са маркетингом, посебно оглашавањем, трговином опасним производима и на спречавање коришћења непоштених одредби у општим условима и потрошачким уговорима. Омбудсман даје препоруке и сугестије трговцима. Уколико они не поступе по њима и не отклоне повреду права потрошача омбудсман покреће поступак у коме заступа интересе потрошача. Тржишни суд трговцу изриче новчану казну и забрану радње и делатности којом се крше законске одредбе. Недавно је Тржишни суд прихватио захтев Омбудсмана, новчано казнио познату козметичку фирму Лореали забранио даље рекламирање помада против бора. Суд је сматрао да је предметна реклама заваравajuћа, да су без научног основа наводи из рекламе о ефектима регенерације коже и смањењу бора до кога долази употребом креме.⁹

У Норвешкој влада именује Потрошачког омбудсмана као независно административно тело. Законом о заштити тржишта су установљени Тржишни савет и Потрошачки омбудсман. Канцеларија омбудсмана делује у интересу потрошача на основу жалби потрошача и трговаца или по сопственој иницијативи. Омбудсман врши надзор над спровођењем Закона о контроли тржишта, као и над појединим деловима регулаторног оквира који уређује оглашавање у радиодифузији. У оквиру својих задатака позива привреднике да спроводе активности у складу са законом и има овлашћење да захтева да се спречи злоупотреба на тржишту и поступање привредника противно прописима. Омбудсман настоји својим активностима да осигура да се не наноси штета потрошачима. У том смислу има овлашћење да доноси одлуке о забрани незаконитог маркетинга, забрани употребе непоштених одредби уговора и општих услова уговора када сматра да је то неопходно у интересу потрошача и када процени да би чекање одлуке Тржишног савета нанело штету потрошачима. На одлуке омбудсмана може да се уложи жалба Тржишном савету.¹⁰ Крајем прошле године Норвешки омбудсман је уочио да се посредством Фејсбука (енгл. *facebook*) потрошачима доставља нежељена пошта и рекламе о повољној набавци брендиране робе која понекад није оригинална. Уз такве поруке и рекламе се појављује и индивидуално неутрална порука да је неко од пријатеља оценио да му се допада предметна реклама. Потрошач нема могућност да контролише пријем

9 Компанија је кажњена са новчаном казном од 1.000.000 SK због неистинитог рекламирања својих производа на сајту. Компанија не може више да рекламира ниједну крему за коју тврди да смањује боре и има ефекте који спречавају старење. Реклама истих крема је забрањена од стране суда 2010. године када се појавила у часописима, али је сада ишла на интернету. Више података доступно на: http://www.cosmeticsdesignneurope.com/BusinessFinancial/LOrealrefinedbySwedishauthority?utm_source=copyright&utm_medium=OnSite&utm_campaign=copyright, 25.3.2013.

10 Омбудсман обради годишње око 8500 случајева, доступно на: <http://www.forbrukerombudet.no/2002/05/491.0>, 26.2.2013.

оваквих порука и реклама, јер Фејсбук одређује шта ће бити послато на основу захтева оглашивача који им плаћају да то чине. Поједини потрошачи су обавестили омбудсмана да су мислили да је сигурно да купе брендиране производе, јер су рекламе објављене на Фејсбуку, али се испоставило да није увек тако. Фејсбук је одговоран за рекламе које објављује, али уклања илегалне рекламе само када их открије. Омбудсман је упозорио Фејсбук да крши прописе о директном маркетингу и да мора да у складу са законом добије предходну сагласност потрошача за пријем електронских маркетиншких порука. Фејсбук је упозорен и да мора да се озбиљније ангажује око уклањања реклама са лажним брендираним производима.¹¹

Модел потрошачког омбудсмана по угледу на скандинавски је примењен у Босни и Херцеговини. Институција потрошачког омбудсмана је уведена 2006. године Законом о заштити потрошача,¹² са задатком да заштити и ојача положај потрошача у друштву.¹³ Финансијска средства за обављање послова се обезбеђују искључиво из буџета. Омбудсман је овлашћен да: 1) издаје инструкције за престанак спровођења активности које су у супротности са потрошачком легислативом; 2) покреће поступак пред надлежним судом; 3) покреће поступак пред надлежним судом услучајевима за накнаду штете нанете колективним интересима потрошача, 4) доноси одлуке и друге мере по појединачним жалбама потрошача, издаје смернице,¹⁴ препоруке, критеријуме и извештаје.¹⁵ С обзиром да као институција није замишљен да решава појединачне жалбе потрошача, омбудсман настоји да својим појединачним актима да колективни карактер, и да у том смислу спречи кршење потрошачких

11 Више података доступно на адреси: <http://www.forbrukerombudet.no/2012/12/working-to-stop-spam-and-fake-brand-name-goods-on-facebook>, 27.3.2013.

12 Закон о заштити потрошача (Сл. гласник БиХ, бр. 25/2006).

13 У почетку је само Омбудсман био ангажован на овим пословима. У току 2010. године су именована и два помоћника омбудсмана и запослена су још два државна службеника и два радника. Према Извештају о раду институције омбудсмана за заштиту потрошача у Босни и Херцеговини за 2010. годину, доступно на: <http://www.ozp.gov.ba>, 2.3.2013.

14 Омбудсман је 2009. године, донео *Смернице и препоруке у сектору широких кредитних*. Овим смерницама омбудсман је указао на постојање пролонгиране и незаконите праксе банака при закључивању уговора о потрошачком кредиту, која је противна добрим пословним обичајима.

15 У току 2009. године омбудсман је радио на 241 случају, од којих је 229 решено. У току 2010. године омбудсман је имао у раду укупно 317 предмета, 288 нових, а 29 пренетих из предходне године, од којих је завршено 295 предмета. У 2009. години омбудсман је израдио 34 стручна мишљења, дао 620 правних савета и одговорио на 1.764 захтева за информације. У 2010. години је дато 35 стручних мишљења, 880 правних савета и 1.515 информација потрошачима. Према Извештају Европске комисије о напретку БиХ за 2010. годину и Извештаја Омбудсмана о раду за 2010. годину, стр. 10–11.

права и заштити све потрошаче у сличним ситуацијама у будућности. Поступајћи по предметним жалбама,¹⁶ Омбудсман је утврдио да су пружаоци економских услуга кршили основна права потрошача и то: право приступа основним робама и услугама, право на сигурност и заштиту живота и здравља, право избора, право да буде саслушан и заступан, право на живот и рад у здравој и одрживој околини итд. Везано за уочене неправилности странама у поступку, које су одговорне за кршење права потрошача, дате су препоруке у циљу подузимања потребних мера ради усклађивања њихове праксе са потрошачком легислативом.

1. Секторски омбудсмани за заштиту потрошача

У појединим земљама се успостављају законима омбудсмани за заштиту потрошача у појединим секторима. Ови омбудсмани као јавна тела, по правилу, имају надзорну улогу над применом кодекса понашања, дају мишљења на предлоге закона и акте привредника, штите уопштено интересе потрошача и заступају их пред надлежним органима пред којима иницирају поступке. Овлашћени су да дају препоруке и мишљења везано за уочене неправилности, иницирају и учествују у едукативним активностима у области за коју су задужени, покрећу поступке пред овлашћеним органима и предузимају друге активности које су усмерене на заштиту интереса потрошача. Поједини омбудсмани су овлашћени и да предузимају активности у циљу постизања мирног решења спора постизањем поравнања. Омбудсман може да води поступак *ex officio* или на захтев лица које подноси жалбу. Поједини омбудсмани поступак воде и на основу захтева за интервенцију органа надлежних за супервизију, инспекције или других државних органа.

Највећи број оваквих омбудсмана је успостављен у осигурању. У Пољској је 2003. године, успостављен омбудсман у осигурању Актом о надзору осигурања и пензионих фондова и омбудсмана у осигурању. Именује га премијер, а основан је са циљем да штити и репрезентује интересе најслабијих тржишних учесника – корисника осигурања. Додатни задатак овог омбудсмана је да информише и саветује надзорни орган о свим нерегуларностима уоченим у пословању осигураваача, пензионих фондова и професионалних пензионих планова. Овлашћен је да ради на закључењу пријатељских поравнања и да организује састанке

16 Већина жалби које су поднете у протеклом периоду Омбудсману се односи на рад: а) банака, б) телеком оператера, в) јавних комуналних подuzeћа, електродистрибутера, водовода и топлана. У току 2010. године је примљено 288 жалби од којих су многе биле поднете као групне од стране грађана месне заједнице, Удружења жиграната, Заједнице станара етажних власника и других. Највећи број жалби се односио на сектор економских услуга од општег интереса, потом сектор финансијских услуга – потрошачки кредит, а мањи број на сектор комерцијалних услуга.

за решавање несугласица поравнањем. Омбудсман може да предложи Врховном суду да усвоји став којим ће разјаснити законске одредбе које могу да воде ка недоумици у решавању спорова или чије тумачење може да проузрокује различито пресуђење у појединачним судским одлукама. Субјект коме се омбудсман обратио са својим предлогом је у обавези да предузме одговарајуће акције и да у року од 30 дана информише омбудсмана о резултатима.

При Удружењу осигуравајућих друштава Словеније делује *Заштитник права са подручја осигурања* кога именује Удружење које финансира његов рад.¹⁷ Омбудсман је надлежан за решавање спорова који настану између осигураваача и њихових клијената поводом кршења Кодекса осигурања, других пословних обичаја и основних стандарда струке осигурања. У поступку омбудсман може да даје мишљења само у погледу етичности пословних пракси, а не о могућим повредама закона. Није овлашћен да даје своје мишљење о томе, да ли је основан имовинскоправни захтев осигураника према друштву за осигурање или да одлучује о висини накнаде из осигурања. Поступак је за странку бесплатан, с тим да сама сноси трошкове заступања уколико их је имала. У поступку пред омбудсманом се примењују одредбе Закона о управном поступку. У Републици Српској је донет Правилник о омбудсману о осигурању¹⁸ којим је регулисано оснивање, рад и финансирање омбудсмана. Омбудсман је основан у оквиру Агенције за осигурање Републике Српске са циљем заштите интереса осигураника, корисника осигурања и трећих оштећених лица у случају спорних односа насталих из основа осигурања са друштвима за осигурање. Доношење Кодекса пословне етике друштава за осигурање и реосигурање, који је за њих обавезујући, је у надлежности омбудсмана. Омбудсман је овлашћен да прими, прати и истражује све случајеве кршења закона, других прописа и Кодекса пословне етике¹⁹ од стране друштва за осигурање у односу на права и интересе осигураника. Уколико се странке са тим сагласе пред омбудсманом у осигурању се води поступак посредовања ради мирног решења спора. У Хрватској делује *Правобранитељ за дјелатности осигурања* при Хрватском уреду за осигурање у оквиру Правобранитељства за осигурање.²⁰ Овлашћење правобранитеља је да утврђује да ли су осигураваачи прек-

17 Институција *Varuha pravic s področja zavarovalništva* (ср. Заштитник права са подручја осигурања) је установљена у новембру месецу 2002. године, када је донет *Akt o ustanovitvi in delu varuha pravic sa področja zavarovalništva – Zavarovalni kodeks* (ср. Кодекс осигурања) је донет 1999. године.

18 На основу Закона о друштвима за осигурање (*Сл. гласник Републике Српске*, бр. 17/05), чл. 25.

19 Кодекс пословне етике друштава за осигурање Реп. Српске (*Сл. гл. Републике Српске*, бр. 101/07).

20 Правобранитељ је уведен у фебруару месецу 2007. године.

ршили одредбе Кодекса пословне осигуравајуће и реосигуравајуће етике. У надлежност правобранитеља не спадају имовинскоправни спорови из подручја осигурања. Осигуравачи за кршење кодекса и основних стандарда струке прво добијају упозорење, препоруку, критику или мишљење од стране правобранитеља, а затим могу бити пријављени Ханфи или Суду части Хрватске господарске коморе. Осигуравачи по правилу прихватају одлуке правобранитеља и поступају у складу са његовим препорукама чиме је направљен велики корак у побољшању заштите корисника услуге осигурања.²¹

III Потрошачки омбудсман као модел АРС

Спорови о правима којима странке могу слободно располагати тако да могу закључити поравнање, могу се решавати у поступцима који доводе до саморешавања спора без интервенције суда као државног органа. Временом су у правне системе уведене нове методе решавања сукоба мимо судског поступка који се називају алтернативно решавање спорова (АРС). Под појмом АРС се подразумева сваки поступак који је усмерен на решавање конфликта између група или појединаца постизањем споразума без или уз помоћ треће неутралне особе.²² Суштина АРС је да се странама које су у спору понуди могућност да уз подршку треће стране путем преговора реше спор на брз и једноставан начин.²³

Пракса је показала да је за ефикасну заштиту потрошача најмање погодно да се искључиво судовима повери да се баве решавањем потрошачких спорова. Потрошачима се не исплати да воде скуп и дуготрајан судски поступак тако да најчешће не остварују заштиту на коју имају право. За потрошаче је функционисање модела АРС од посебног интереса јер обезбеђује ефикасан поступак којим се постиже једноставније, јефтиније и брже решење спора које не онемогућава подношење тужбе суду.²⁴ Због тога се у већини земаља потрошачима омогућава да спорове решавају и вансудским путем кроз различите моделе АРС.²⁵ Потрошач-

21 „Прави посао за правобранитеља тек почиње“, *Свијет осигурања*, бр. 7-8/2009, стр. 47.

22 Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Арбитража и АДР*, Београд, 2008, стр. 188.

23 Невена Петрушић, „Европски стандарди и принципи решавања спорова путем медијације“, Ниш, 2008, доступно на: http://natef.net/downloads/Nevena_Petrusic.pdf, 30.3.2013.

24 Катарина Иванчевић, „Алтернативно решавање спорова потрошача финансијских услуга“, у: Здравко Петровић (ур.), *Измена закона о јарничном јосјуууку, накнада шћешће и осигурање*, Београд, 2008, стр. 252.

25 Највећи број модела АРС, њих 247, је потрошачима на располагању у Немачкој. *Study ADR*, стр. 31.

ке директиве Европске уније захтевају од држава чланица да обезбеде потрошачима доступност APC модела за решавање спорова.²⁶

Као један од модела APC²⁷ се сматрају и специјализовани омбудсмани који помажу потрошачима да успешно реше спорове са трговцима. Омбудсмани који су у систему APC могу бити организовани као административна тела или као приватни омбудсмани. Мањи број ових омбудсмана је основан у форми јавних тела. Када функционишу као јавна тела омбудсмани се оснивају на основу законских одредби и најчешће имају надзорну улогу над телима која решавају спорове са потрошачима, овлашћени су да покрећу поступке пред другим органима, предузимају активности које су усмерене на заштиту интереса потрошача, а ређе решавају потрошачке спорове.

Омбудсман финансијских услуга у Ирској је основан законом о Централној банци и о Финансијском надзорном органу Ирске. Омбудсман је државни службеник независан у раду са поднетим жалбама потрошача везано за све финансијске услуге. Поступак пред овим омбудсманом је бесплатан. Грчки потрошачки омбудсман је независно административно тело које је установљено законом 2004. године и бави се на националном нивоу потрошачким споровима. Овај омбудсман се финансира из буџета, под надзором је државе и надгледа регионалне Одборе за споразумно решавање потрошачких спорова који пружају услугу медијације.²⁸ Интернет омбудсман у Аустрији је непрофитна не-владаина организација.

Највећи број омбудсмана који делују у систему APC је успостављен од стране удружења привредника тако да овим омбудсманима посвећујемо пажњу у даљем излагању.

1. Секторски омбудсман за заштиту потрошача

Основна замерка која се упућује систему секторских приватних омбудсмана је превелика повезаност и финансијска зависност омбудсмана од привредника. Ови омбудсмани делују у оквиру удружења при-

26 Активности на усаглашавању функционисања модела APC у Европској унији су веома интезивне. У том циљу је Европска комисија припремила Предлог директиве о алтернативном решавању потрошачких спорова COM(2011)1409 конач. од 29.11.2011. године и Предлог уредбе о интернет решавању потрошачких спорова COM(2011)794 конач. од 29.11.2011. године.

27 О моделима APC вид. *An Analysis and Evaluation of Alternative Means of Consumer Redress other than Redress Through Ordinary Judicial*, Final Report, The Study Centre for Consumer Law – Centre for European Economic Law Katholieke Universiteit Leuven, Leuven, January 17, 2007.

28 У току 2008. године је пријављено потрошачком омбудсману укупно 3.010 случајева. Study ADR, стр. 75.

вредника, чланови управе су лица која делегирају и именују привредници који их формирају и финансирају. Независност и непристрасност ових омбудсмана се настоји постићи на тај начин што се именује омбудсмански савет у који се бирају представници привредника, потрошачких организација и независне особе из јавног живота.

У Великој Британији је омбудсман најзаступљенији модел у систему АРС.²⁹ Ови омбудсмани су оснивани од стране индустрије али су добили сагласност и од регулатора. Уведени су на различитим подручјима привреде, тако да су формиран од стране индустрије, понудилаца робе и услуга и посебне су природе.³⁰ Омбудсман решава притужбе потрошача против привредника који су чланови Удружења привредника које је успоставио омбудсман,³¹ тако да су одлуке интерне одлуке те организације. Одређене оквире саморегулативе доноси *British and Irish Ombudsman association* (BIOA).

Најзначајнију улогу међу секторским омбудсманима у државама чланицама и шире имају омбудсмани у финансијском сектору, у осигурању³² и банкарству.³³ У Немачкој омбудсман у осигурању је независна установа немачке привреде осигурања која има задатак да постигне мирно решење спора који настане између осигураника и осигуравача. Омбудсман поступа по процедури која је предвиђена Правилником о поступку омбудсмана за осигурање.³⁴ У случају да је жалба поднета за износ до 5.000 еура омбудсман доноси одлуку која је обавезујућа за осигуравача, а уколико је износ већи, доноси препоруку која није обавезујућа. У пракси се и препоруке омбудсмана извршавају. У банкарству институт омбудсмана је уведен у Немачкој од јула месеца 1992. године. Основале су га немачке приватне комерцијалне банке као алтернативу судском поступку ради вансудског решавања спорова насталих између банке и потрошача. Данас у Немачкој функционише неколико омбудсмана у банкарству.

29 Energy Ombudsman, Estate Agents Ombudsman, Office of the Telecommunications Ombudsman, Surveyors Ombudsman Service in the UK, Health Service Ombudsman, Furniture ombudsman, Pensions Ombudsman и др.

30 За исцрпан преглед вид. Rhoda James, „Ombuds Systems in the UK“, у: *Alternative dispute resolution schemes relating to consumer disputes in the EU*, Louvain la Neuve, 1999, стр. 31–44.

31 Са изузетком омбудсмана који решава спорове везане за адвокатске услуге и пензијске фондове.

32 Омбудсман у осигурању функционише у Немачкој, Белгији, Италији, Ирској, Аустралији и др.

33 Омбудсман у банкарству функционишу у Немачкој (неколико), Пољској, Летонији, Аустралији, Новом Зеланду, Црној Гори, Републици Српској и др.

34 Здравко Петровић, „Омбудсман за осигурање у Немачкој и могућност увођења омбудсмана у Србији“, у: Јован Славнић, Предраг Шулејић (ур.), *Привреда и право осигурања у транзицији*, Палић, 2004.

У складу са трендом обједињавања надзора у финансијском сектору у појединим државама се врши и обједињавање надлежности омбудсмана за целокупан или део финансијског сектора. Први секторски омбудсман у Великој Британији је основан у осигурању.³⁵ Основна идеја је била да се обезбеди ефикасан приступ правди за потрошаче пред омбудсманом коме би била обезбеђена независност. Овај омбудсман је остварио трајан утицај на начин на који се обавља посао личних осигурања. Годишњи извештаји и билтени овог омбудсмана и даље обезбеђују валидне смернице и за осигураваче и за осигуранике.³⁶ Комисија за ревизију закона о уговору о осигурању је у анализи посебну пажњу посветила одлукама овог омбудсмана и на њима засновала поједина решења у предложеним изменама.³⁷ Утицај Осигуравајућег омбудсмана је далеко шири и простире се и ван осигурања. Он је пружио инспирацију за формирање и рад других видова омбудсмана како у Великој Британији тако и ван ње.³⁸ Осигуравајући омбудсман је функционисао од 30. марта 1981. године све до 30. новембра 2001. године када је замењен са Финансијским омбудсманом. Као последица реформе која је наступила на основу закона из 2000. године дотадашњих осам омбудсманских служби³⁹ су се удружили у један орган – *Financial Services Ombudsman* (даље у тексту: FSO), на основу налога државног надзорног органа за финансијски сектор – *Financial Services Authority* (даље у тексту: FSA). Независност и непристрасност овог омбудсмана се обезбеђује тако што FSA оснива кровну

35 Идеју за успостављање овог омбудсмана је дао Мајкл Харис 1975. године. О историји успостављања овог омбудсмана детаљно вид. Peter J. Tyldesley, „The Insurance Ombudsman Bureau – the early history“, доступно на адреси: http://www.academia.edu/3019788/The_Insurance_Ombudsman_Bureau-the_early_history, 10.3.2013.

36 До 1993. године овај омбудсман је био прихваћен од стране 350 чланова представљао је 90% друштва за осигурање. Paul O’Shea, Charles Rickett, „In Defence of Consumer Law: The Resolution of Consumer Disputes“, *Sydney Law Review*, Vol 28:139, доступно на адреси: http://sydney.edu.au/law/slr/slr28_1/Rickett.pdf, 24.2.2013.

37 Insurance Contract Law, A Join Scoping Paper, The Law Commission and The Scottish Law Commission, January 2006.

38 О предлогу за примену овог модела у САД вид. Daniel B. Schwarz, „Redesigning Consumer Dispute Resolution: A Case Study of the British and American Approaches to Insurance Claims Conflict“, *Tulane Law Review*, Vol. 83, бр. 735/2009, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=1183482>; Cory Alpert, „Financial Services in the United States and United Kingdom: Comparative Approaches to Securities Regulation and Dispute Resolution“, *Brigham Young University International Law & Management Review*, Winter 2008, доступно на адреси: <https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action>, 22.3.2013.

39 То су банкарски омбудсман, омбудсман за зајмове (енгл. *building societies*), омбудсман за осигурање, инвестицијски омбудсман, омбудсман за привреднике који нису осигуравачи, али нуде одређене осигуравајуће услуге, омбудсман за личне инвестиције (финансијско саветовање, животно осигурање и др.), омбудсман за привреднике које директно надзире FSA.

организацију, именује председника и управни одбор, док омбудсмана именује кровна организација. Ова организација делује у јавном интересу и није састављена од представника привредника и потрошачких организација.⁴⁰ Пред овим омбудсманом се и данас води највише поступака у систему АРС у Великој Британији⁴¹ тако да је његов значај несумњив.

У Финској је успостављен *Финансијски омбудсман биро* који је основан од стране индустрије и јавног сектора и функционише као секретаријат. Од 1. јануара 2009. године под окриљем овог омбудсмана раде у финансијском сектору Фински одбор за жалбе у осигурању, Фински одбор за жалбе у сектору хартија од вредности и Одбор за жалбе у банкарском сектору.⁴² Грчки омбудсман за банкарство – инвестиционе услуге, је непрофитни субјект, који је успостављен 1. јула 2005. године, спајањем банкарског омбудсмана и инвестиционог омбудсмана од стране Удружења банака Грчке. Овај омбудсман се бави споровима из банкарства и инвестиционих услуга са циљем постизања поравнања. Омбудсман националне банке Грчке прима и разматра приговоре који се односе на недостатке у банкарству или друге услуге које банка није пружила својим клијентима. Он помаже постизању договорног поравнања, мирења и посредовања између банке и оштећене стране преко механизма који пружа Грчки омбудсман за банкарство–инвестиционе услуге. Поред тога овај омбудсман се бави проблемима који се односе на заштиту потрошача, формира и развија механизме за решавање спорова ван суда између потрошача/инвеститора и банака преко Грчког омбудсмана за банкарство – инвестиционе услуге, подстиче допринос банкарског система у одрживом развоју и обезбеђује информисање банака о радним и социјалним питањима.⁴³

2. Основне карактеристике поступка пред секторским омбудсманом

Поступак пред омбудсманом који је орган АРС се по правилу покреће на иницијативу потрошача. Најчешће је овај поступак за потрошача потпуно бесплатан или се захтева уплата симболичне накнаде.

40 R. James, *ibid*.

41 У току 2008. године Финансијски омбудсман је обрађивао 123.089 притужби што је приближно 76% свих притужби потрошача пред АРС којих је било укупно 161.972. Study ARS, стр. 95.

42 Највећи број приговора у 2008. години је био под надлежношћу Финског финансијског омбудсмана, 70% предмета, односно 10.679 од укупно 15.185. Према Study ADR, стр. 71.

43 Доступно на адреси: http://www.hba.gr/English/Index_en.asp?Menu=1, 23.3.2013.

Основно начело поступка пред омбудсманом је да решава спорове које потрошач није могао сам да реши са привредником у предходном поступку по приговору, мада постоје и изузеци од овог правила. Предуслов је да се потрошач није већ обратио суду са захтевом за решење његовог захтева или неком другом органу АРС. Поступак је најчешће писан, с тим да потрошач може да уложи жалбу на обрасцу или усменом пријавом на основу које са сачињава писмено које потрошач потписује. У појединим системима се захтева да жалба буде у писаном облику са детаљним образложењем и приложеним доказима.⁴⁴ Када прими пријужбу омбудсман је шаље привреднику на одговор. У случају да привредник у датом року не одговори омбудсман може бити овлашћен да донесе одлуку у корист потрошача.

Поступци пред омбудсманима подразумевају или захтевају да се првенствено предузимају активности ради постизања споразума који је прихватљив за обе стране. У појединим системима су у овом поступку као медијатори ангажовани сами омбудсмани или њихово особље док се у другим ангажују медијатори са листе медијатора. Уколико се не постигне споразум особље омбудсмана проучава захтев, прикупља све потребне податке и документацију, било од жалиоца било од привредника. На бази свих прикупљених података омбудсман најчешће даје препоруку или предлог за решење спора у коме наводи у основи образложење препоруке. Ако се обе стране сложе са предлогом, односно препоруком спор се окончава. У неким системима се давањем препоруке, завршава поступак пред омбудсманом.

У већини поступака омбудсманова одлука је обавезујућа за привредника, али не и за потрошача ако он не жели да је прихвати. Одлука омбудсмана за привредника може бити обавезујућа на основу закона, или ако се уговором обавезао или је приступом удружењу прихватио да поштује одлуке омбудсмана. Поједини омбудсмани су овлашћени да доносе одлуке које имају обавезујућу снагу за обе стране. То је случај са одлукама Финансијског омбудсмана у Великој Британији, Финансијског омбудсмана у Ирској, Канцеларије пензијског омбудсмана у Ирској.⁴⁵

Омбудсман одлучује на основу закона и по начелу правичности, употребљавајући правила кодекса пословне етике привредника и добре пословне праксе. Има право да захтева потребне податке и документацију за које процени да су значајни за решавање конкретног захтева.

Поједини случајеви су искључени из надлежности омбудсмана. На пример омбудсман неће прихватити да решава захтеве којима се оспо-

44 То је случај у Немачкој у постуку који се води пред Омбудсманом у осигурању.

45 Study ADR, стр. 134.

рава постојање споразума који је закључен пред неким другим телом АРС или судом или је потрошачка жалба испод или изнад износа који је прописан као лимит за спорове по којима може да одлучује.

IV Закључак

У Србији је установљен Заштитник грађана чији је задатак, између осталог, да се стара о заштити и унапређењу људских и мањинских слобода и права.⁴⁶ На одређен начин Заштитник грађана се стара и о интересима потрошача када у појединим ситуацијама реагује на одређене неправилности у раду органа управе које су повезане са безбедошћу хране и производа на тржишту, али је то недовољно.⁴⁷ Сматрамо да постоји потреба и да нема сметњи да се у Србији успоставе специјализовани модели заштитника грађана за заштиту потрошача по угледу на упоредноправна решења.⁴⁸

Интерес државе је да успостави систем контроле тржишта као и да омогући већи број АРС модела за решавање потрошачких спорова.⁴⁹ У том смислу је рационално увођење специјализованих омбудсмана за заштиту потрошача. Организовање контроле тржишта по скандинавском моделу би било корисно не само за потрошаче, већ и за државу и за привреднике. Подстицаји државе за организацију и рад омбудсмана у појединим секторима који би деловали као модел АРС би допринели значајним буџетским уштедама, с обзиром да суд изискује значајне организационе и функционалне трошкове. Са друге стране, привредници имају интерес да уводе моделе АРС како би постигли поверење потрошача, избегли скупе и дуготрајне судске поступке и на брз, јефтин и ефикасан начин решавали спорове са својим купцима. Упоредноправна анализа изнета у овом раду указује да су специјализовани омбудсмани показали да су један од најефикаснијих модела заштите потрошача.

46 Закон о заштитнику грађана (Сл. гласник РС, бр. 79/2005 и 54/2007).

47 „Заштитник грађана Србије Саша Јанковић утврдио је да је Министарство пољопривреде „годинама игнорисало, ућуткивало и незаконито сменило“ ветеринарског инспектора који је указивао да се пилеће месо из једне кланице без одговарајуће контроле продаје грађанима.“ Више о томе на адреси: <http://potrosac.info/novosti/zastitnik-gradana-ministarstvo-poljoprivrede-godinama-ignorisalo-upozorenja>.

48 Кодексом професионалног банкарског понашања из октобра 2006. године, предвиђено је формирање банкарског омбудсмана као независног и неутралног органа за пријем жалби које се односе на рад банке поднетих од стране клијената – физичких и правних лица. Омбудсмана су требала да именују банке при Удружењу банака Србије, али то до дана закључења овог рада нису учиниле.

49 Тренутно по одредбама Закона о заштити потрошача потрошачи имају могућност да спор реше у поступку медијације и пред арбитражом.

Истовремено они су својим радом допринели савеснијем раду трговца, понуди квалитетније робе на тржишту, фер наступу на тржишту и значајној уштеди буџетских средстава.

Katarina IVANČEVIĆ, PhD

Associate Professor at the Faculty of Law University Union

SPECIALIZED CONSUMER PROTECTION OMBUDSMAN

Summary

Substantive regulation of consumer protection has no practical value, if there are no effective mechanisms for monitoring compliance with and enforcement of laws and mechanisms for exercising these rights. For consumers it is crucial that any dispute with a merchant can be solved in an efficient, affordable and cost effective way. In some countries the introduction of specialized ombudsman institutions for the protection of consumers has shown as a suitable way to achieve effective protection of consumers. Different models of these mutually profitable specialized ombudsmen are functioning in different countries. The differences occur in terms of their founding, financing, organization and methods of treatment, the nature and extent of the powers granted to them. The paper aims to show the specificity of this mechanism, the positive effects that have been made in the protection of consumers in the countries in which they operate. The author advocates that the states and businessmen in the Republic Serbia should be organized to establish a specialized ombudsman for consumer protection. These ombudsmen can be organized in different ways and with different authorities. As a state agency modeled on the Scandinavian model and as an ombudsman that will establish professional associations of certain sectors of the economy.

Key words: consumer ombudsman, consumer, Alternative Dispute Resolution.

др *Таијана* ЈОВАНИЋ, LL.M.
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

ПРАВНИ РИЗИК БАНАКА ЗБОГ КВАЛИФИКАЦИЈЕ ПОЈЕДИНИХ ОДРЕДБИ УГОВОРА О СТАМБЕНИМ КРЕДИТИМА КАО НЕПРАВИЧНИХ

Резиме

У овом раду разматра се правни ризик банака који произилази из уговора о стамбеним кредитима за потрошаче као формуларних уговора које саставља банка и који се закључују на основу једнострано утврђених општих услова пословања. Као посебно питање разматра се дозвољеност једнострано повећања каматне стоје, у светлу актуелне судске праксе основних судова која се једнозначно креће у смеру пролашавања нишавим уговорних одредби којима су банке задржале право на једнострану промену каматне стоје, позивајући се на условну политику и друге неодредиве параметре. Обзиром да су финансијски производи све комплекснији, у раду се указује на потребу адекватне благовремене процене правно, односно ризика усклађености пословања, приликом увођења нових финансијских производа како би исти били адекватни, односно подобни са савременим просечно потрошача. С тим у вези разматрају се поједини елементи ризика кредита индексираних у швајцарским францима.

Кључне речи: *правни ризик, усклађеност пословања банака, уговор о кредити, неправичне клаузуле, неопштено пословање.*

I Увод

Будући да се суштина банкарског пословања огледа у управљању ризицима, ризик је иманентан банкарском пословању, он доноси добит или губитак. Међутим, губици банке често имају системски карактер, те су банкарски послови и банке као привредна друштва подвргнути специфичном регулаторном режиму с циљем заштите јавног интереса који се огледа у стабилном и сигурном функционисању финансијског система, али и заштити корисника њихових услуга.¹ Како је сваки банкарски посао једна правна целина, правни ризик представља један од основних ризика банкарског пословања. Правни ризик подразумева не само ризик извршења обавезе друге стране, испуњење уговора и оно што не зависи од чињења или пропуштања самих банака, већ и испуњење професионалних обавеза банкара.

Професионалне обавезе банкара обухватају дужност пажње, принцип немешања у послове клијента, обавезу информисања и саветовања клијената и поштовање банкарске тајне. Заштита интереса клијената постиже се стандардима који се односе на компетентност запослених и менаџмента, као и установљавањем низа професионалних обавеза и одговорности финансијских посредника („правила доброг понашања“).² Стандардима фер пословања клијенти се настоје заштитити од збуњујућег, преварног и дискриминаторног понашања. Њихови економски интереси штите се правилима одговорног банкарског понашања, поступања у најбољем интересу клијента, заштите поверљивих података и нормама којима се специфично штите интереси потрошача као корисника финансијских услуга.

У овом раду разматра се правни ризик који произилази из уговора о стамбеним кредитима за потрошаче као формуларних уговора које саставља банка и који се закључују на основу једнострано утврђених општих услова пословања, без преговора, што указује да њихово закључење јасно карактерише флагрантна неједнакост у економској снази и информисаности уговорних страна. Као посебно питање разматра се дозвољеност једностраног повећања каматне стопе. Истраживање је углавном усмерено на постојећу ситуацију у Србији, у светлу кретања актуелне судске праксе основних судова.

1 Татјана Јованић, *Циљеви и облици реулисања пословања банака*, Београд, 2009.

2 Marie Karlin, „Les Règles de Bonne conduite sur les marchés financiers“, *Banque*, No. 598/1998, стр. 2.

II Уговори банака са потрошачима и управљање правним ризиком/ризиком усклађености пословања

Пословање банака са потрошачима у модерним регулаторним системима регулисано је императивним нормама јавног поретка заштите. Као један од економских основа регулације финансијских услуга,³ наводи се и могуће изненађење којима су потрошачи изложени пошто су отпочели коришћење финансијске услуге, као што су неправичне клаузуле.⁴ У погледу регулаторне технике која се користи у циљу заштите потрошача, на једном крају „*регулаторној клајни*“⁵ је регулаторна техника која се обично означава као командно-контролна регулација (*command-and-control*), заправо постављање когентних правила и стандарда и одређивање санкција у случају њиховог непридржавања.⁶ На другом крају је саморегулација или аутономна регулација. И небанкарске финансијске услуге, намењене непрофесионалним улагачима, све више су предмет нормирања у погледу професионалних обавеза банака.⁷

Однос банке и физичких лица која користе финансијске услуге, све више карактеришу прескриптивне норме, којима законодавац или регулаторно тело настоје да смање трансакционе трошкове потрошача, обзиром да су финансијске услуге све комплексније, и њихово коришћење има дугорочне последице. То могу бити правила о минималном обавезном садржају рекламе финансијске услуге, прописивање минималне садржине и битних елемената уговора и/или општих услова пословања, прописивање облика или критеријума за квалификацију понашања као некоректних пословних пракси, односно непоштеног пословања, признавање посебних права потрошачима као што је право на одустанак од уговора у одређеном року и сл.⁸ Регулисање неправичних одредби у

-
- 3 David Llewellyn, *The Economic Rationale for Financial Regulation*, London, FSA, 1999.
- 4 John Vickers, *Economics for Consumer Policy*, British Academy Keynes Lecture, 29. oct. 2003, стр. 3, доступно на адреси: http://www.ofc.gov.uk/shared_ofc/speeches/spe0403.pdf, 1.4.2013.
- 5 Malcolm Sparrow, *The regulatory craft: Controlling risks, solving problems, and managing compliance*, The Brookings Institution, Washington, стр 34.
- 6 Anthony Ogus, *Regulation, Legal Form and Economic Theory*, Oxford, 1994, стр. 121; Richard Baldwin, Martin Cave, *Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice*, Oxford University Press, 1999, стр. 34.
- 7 Dimity Kingsford Smith, „Financial services regulation and the investor as consumer“, у: Geraint Howells et al. (eds.), *Handbook of Research on International Consumer Law*, Edward Elgar, 2010, стр. 431-481.
- 8 Пример једног свеобухватног правног режима је правни оквир потрошачких кредита регулисаних Директивом 2008/48/ЕС о уговорима о потрошачким кредитима. Вид. анализу у: Миодраг Мићовић, „Директива ЕУ 2008/48 и заштита корисника потрошачког кредита“, у: Станко Бејатовић (ур.), *Правни систем Србије и стандарди Европске Уније и Савеза Европе*, Књига IV, Крагујевац, 2009, 301-311.

потрошачким уговорима може се сматрати и обликом регулације неко-ректних пракси професионалних субјеката од истовременог утицаја на битне елементе уговора, односно опште услове пословања. Као императивни захтев јавног поретка заштите потрошача, постојање неправичне уговорне одредбе у уговору о кредиту представља за банке правни, односно ризик усклађености пословања.

Правни ризик на финансијском тржишту има много облика који се генерално могу поделити у две широке групе: трансакциони ризик, као изложеност ризику од стране друге стране уговорнице, трећег лица или неке околности као нпр. немогућност извршења уговора, реализације обезбеђења и сл., као и регулаторни ризик за кршење закона и других обавезујућих правила који излажу неку институцију ограничењима, новчаним казнама или кривичним санкцијама за њихово кршење, као и кршење правила професионалних удружења.⁹ Ово најшире схватање правног ризика обухвата и елементе ризика усклађености пословања. Правни ризик, као ризик сврстан у групу оперативних ризика банке, обухвата и трансакциони ризик.

Базелски комитет за контролу банака ризик усклађености пословања (комплајанса) дефинише као „ризик од законских или регулаторних санкција, материјалног финансијског губитка или губитка репутације који банка може да претрпи као последицу неуспеха да се придржава закона, прописа, правила, стандарда односних саморегулаторних организација и кодекса понашања који се примењују на банкарске активности (заједно: „закони, правила и стандарди комплајанса“)“.¹⁰ У наведеној дефиницији из документа „Комплајанс и функција комплајанса у банкама“ спомиње и репутациони ризик, па сходно томе ризик усклађености пословања обухвата и регулаторни ризик (укључујући и аспекте правног ризика) и репутациони ризик.¹¹ Међутим, поставља се питање да ли је ризик усклађености пословања (који, дакле, обухвата регулаторни ризик у ширем смислу и репутациони ризик) изван категорије „оперативни ризици банке“, обзиром да у теорији и пракси не постоји јединствено схватање обухвата извора оперативног ризика.

Без обзира на то што се формално не изједначава са правним ризиком који је сврстан у оперативне ризике, ризик усклађености пословања банке представља део техничко-организационих ризика банке¹² на које

9 Roger McCormick, *Legal Risk in the Financial Markets*, Oxford, 2006, foreword, стр. v.

10 Basel Committee on Banking Supervision, *Compliance and Compliance Function in Banks*, 2005. Преведено на српски језик у: Удружење банака Србије, *Комплајанс – Корпорационо управљање*, Југословенски преглед, 2007, стр. 3.

11 Guy Flury, Marine Laufer-Tourte, „Risques Réglementaires et de Réputation: L'émergence de la Fonction Compliance“, *Banque magazine*, No. 638/2002, стр. 55.

12 Hartmut Bieg et al., *Bankenaufsicht in Theorie und Praxis*, Bankakademie Verlag, Frankfurt am Main, 2003, стр. 89–120.

менаџмент банке може да утиче развијањем система унутрашњих контрола. Овај систем предострожности с циљем задовољења регулаторних захтева јавног поретка заштите потрошача обухвата целокупну „банкарску операцију“¹³ (*l'opération de démarchage bancaire*) која се дефинише као свака операција која обухвата скуп активности, правних, материјалних или нематеријалних на начин који понудилац банкарске услуге настоји да реализује неку операцију са финансијским инструментима, банкарски посао, посао повезан са тим послом (финансијско посредовање) и припремне, акцесорне радње, укључујући оглашавање финансијских услуга и саветовање клијената с циљем да се постигне споразум о закључењу банкарске операције, тј. банкарског посла.¹⁴ Тако је настала специфична функција у банци за управљање овим посебним ризиком чије су основне одреднице: усклађеност пословања са законима и прописа, професионалним обавезама банкара, односно деонтологија банкарске професије и пословна етика.¹⁵

Одлуком о управљању ризицима банке НБС обавезује банке да успоставе ефикасан процес управљања ризицима, међу којима и оперативним ризиком где се убраја и правни ризик.¹⁶ Посебно се истиче да је при мерењу односно процени овог ризика банка у обавези да процењује да ли овом ризику може бити изложена, између осталог, и по основу увођења нових производа. Приликом увођења нових производа банка је дужна да изврши анализу свих ризика који могу настати као последица увођења тог производа/услуге, као и утицаја увођења тог производа или услуге на ризични профил банке.¹⁷ Одлуком НБС о начину и условима идентификације и праћења ризика усклађености пословања банке и управљања тим ризиком, посебна организациона јединица банке у чијем фокусу је овај ризик мора да изради програм праћења усклађености пословања банке и успостављање одоварајућих процедура на нивоу банке.¹⁸ Обзиром да је фокус усклађености на законима, прописима, правилима банке и добрим пословним обичајима, јасно је да је питање правног ризика који произилази из уговора са потрошачима као непрофесионалним корисницима у фокусу ове јединице која кому-

13 Maria Krommyda, „L'importance de la fonction de conformité (*compliance*) pour l'intégrité de l'établissement bancaire“, *EUREDIA*, Vol. 4, 2004, стр. 550–551.

14 Haritini Matsopoulou, „Le démarchage bancaire ou financier“, *RD bancaire et financier*, 2003, стр. 379.

15 Jonathan Edwards, „Individual and corporate compliance competence: An ethical approach“, *Journal of Financial Regulation and Compliance*, Vol. 11, No. 3/2003, стр. 225; Татјана Јованић, „*Compliance* функција у банкама из угла Регулаторног привредног права“, *Право и њивреда*, бр. 5–8/2009, стр. 142–164.

16 *Службени гласник РС*, бр. 45/2011, 94/2011, 119/2012 и 123/2012.

17 Тачка 73 Одлуке.

18 *Службени гласник РС*, бр. 86/2007, исправка 89/2007.

ницира са свим другим јединицама, извршним одбором и директно одговара управном одбору.

III Неправичне одредбе и непоштено пословање као ризик усклађености пословања са прописима и стандардима фер понашања

Иако су учесници у облигационом односу равноправни, због економски инфериорног положаја потрошача модерни прописи из корпуса заштите потрошача прописују стандарде понашања и ограничавају слободу уговарања, нарочито у сфери кредитирања потрошача.¹⁹ Границе јавноправне заштите потрошача још увек нису јасно искристалисане, али се уочава њихово проширење од информационе регулације, односно прописивања облигације обавештавања²⁰ и обавезне садржине уговора до санкционисања неправичних одредби и непоштеног понашања финансијских институција, увођења концепта одговорног банкарства и др. Иако би се могло рећи да је конкуренција темељ заштите потрошача,²¹ конкурентно тржиште не значи само по себи елиминацију непоштених облика понашања. Штавише, конкурентно тржиште може деловати подстицајно на финансијске институције да предузимају веће ризике и пласирају ризичније производе, како би одржали или увећали профит, или просто опстали на тржишту. Потрошачи са друге стране нису хомогени у својим преференцама, друштвено економском статусу, па се поставља питање да ли је уопште могуће предвидети једнообразни режим заштите и општи концепт правичности.²² Приликом одређења неправичности, мора се водити рачуна о свим околностима под којима је закључена трансакција, а не само материјалној правичности која би се односила на поједину одредбу ван контекста њене примене.²³

19 Тајјана Јованић, *Потрошачки кредити – њравно-економски аспект*, Београд, 2004, стр. 83–284; Марко Ђурђевић, „Ограничење слободу уговарања у уговорима о кредиту између банке и појединца“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2003, стр. 351.

20 Марко Ђурђевић, „Облигација обавештавања у уговорима о потрошњи“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2008.

21 Jules Stuyck, „EC Competition Law After Modernisation: More than Ever in the Interests of Consumers“, *Journal of Consumer Policy*, Vol. 28, 2005, стр. 27; Neil Averitt, Robert Lande, „Consumer sovereignty: A unified theory of unitrust and consumer protection law“, *Antitrust Law Journal*, Vol. 65, 1997, стр. 713–756.

22 Thomas Wilhelmsson, „The Informed Consumer v. the Vulnerable Consumer in European Unfair Commercial Practices Law – A Comment“, у: G. Howells *et al.* (eds.), *The Yearbook of Consumer Law 2007*, Ashgate Publishing, 2007, стр. 213.

23 Nicola Howell, „Catching up with consumer realities: The need for legislation prohibiting unfair terms in consumer contracts“, *Australian Business Law Review*, Vol. 34, No. 6/2006, стр. 448.

Свакако, у банкарским пословима са становништвом тражи се повећани ниво пажње банака, односно у пословању са становништвом важи посебан стандард „дужност пажње“.²⁴ Имајући у виду значај дужности пажње, британска Управа/ауторитет за финансијске услуге (која иначе престаје да постоји) развила је у својој регулаторној стратегији концепт тзв. *ризик лоше намере (bad faith risk)* као облик непоштеног пословања под којим се подразумева погрешно представљање карактеристика финансијског производа и пропуштање да се корисници информишу о неопходним чињеницама. Ова институција је у оквиру свог приступа регулацији заснованог на ризику указала и на *ризик комплексности односно нејодесности производа њиховим корисницима*, у смислу да поједину финансијску услугу потрошач неће разумети или неће одговорати његовим потребама или околностима случаја. Као посебан ризик издвојен је *ризик да финансијски производ неће донети очекивани принос*, нарочито на небанкарском финансијском тржишту, на који регулатор ипак не може имати већи утицај.²⁵ Међутим постало је јасно да се овакви ризици не могу отклонити само прописивањем обавезе обавештавања и едукацијом потрошача, да то подразумева и активну улогу регулатора у санкционисању некоректног понашања финансијских посредника.²⁶ Дакле, не само да је регулаторни процес био заснован на процени ризика, већ су неки финансијски регулатори добили нову надлежност у виду процене ризичности у пружању појединих услуга.²⁷ Са друге стране, истакнута је не само улога судова у тумачењу неправедних одредби уговора у корист потрошача, већ и улога органа управе који треба да реагује превентивно или да својом квалификацијом финансијским институцијама, као и финансијским регулаторима, укаже на проблем и евентуално суду поднесе захтев за уклањање одређене клаузуле, односно њено проглашење ништавом.²⁸ Имајући у виду мноштво облика потрошачких кредита и комплексност стамбених кредита, има смисла да се поред општег режима неправичних клаузула, предвиђеног Директивом 93/13/ЕЕЗ о непоштеним одредбама у потрошачким уговорима,

24 Peter Ellinger, Eva Lomnicka, Richard Hooley, *Ellinger's Modern Banking Law*, 4. edition, Oxford, 2006, стр. 152–163.

25 Financial Services Authority, *A New Regulator for the New Millenium*, London, January, 2000, par. 11–12.

26 О улози *Financial Services Authority*, Gerard McMeel, John Virgo, *Financial Advice and Financial Products*, Oxford University Press, 2001.

27 У том погледу један од најбољих примера је Централна банка и Ауторитет за финансијске услуге Ирске. *Section 33C(4) of the Central Bank Act 1942, Section 26 of the Central Bank and Financial Services Authority of Ireland Act 2003.*

28 Најбољи примери таквих тела су Уред за правично трговање у Великој Британији (*Office of Fair Trading*) и француска Комисија за неправичне клаузуле (*Commission des clauses abusives*).

регулише обавезна садржина уговора о појединим појавним облицима кредита за потрошаче, као и забрана одређених одредби које би се увек сматрале неправичним или у зависности од околности.²⁹

Примера неправичних клаузула у упоредном праву има много, нарочито у погледу банкарских потрошачких кредита као наменских кредита за куповину роба или услуга.³⁰ У уговорима о стамбеном кредиту неправичне уговорне одредбе могу се појавити у вези са самим условима кредита, што обично представља неки трошак који није предвиђен, те се потрошач са њим сусреће тек пре него што ће уговор потписати, будући да није имао довољно времена да се упозна са текстом уговора о кредиту. То би уједно могло да представља и повреду права на информисање, а евентуално и повреду одредбе о минималној обавезној садржини уговора о кредиту, обзиром на то да је еволуција јавног поретка заштите корисника кредита управо пошла од информационе регулације и ограничења слободе уговарања обавезном садржином уговора. У погледу самих претходних услова које је корисник дужан да уредно испуни да би му кредит био стављен на располагање, а пре свега стављања извршне вансудске хипотеке првог реда, поред услова за одобравање и активирање хипотеке упоредна пословна пракса указује на често везивање потрошача за одређене осигуравајуће куће, као и евентуалне ефекте винкулације полисе уколико се деси осигурањни случај. У развијеним земљама постоје бројни примери неправичних клаузула које се тичу коришћења непокретности као обезбеђења и за остале дугове према банци.

У погледу камате, ако се остави по страни једнострано овлашћење банке на промену каматне стопе које ће бити посебно размотрено, могло би се разматрати да ли се неправичне клаузуле могу односити и на обрачун камате, посебно тип курса,³¹ обрачун интеркаларне камате, везивање стопе затезне камате банке за пословну политику банке или калкулативан начин обрачуна затезне камате, укључујући и конформни

29 Вид. чл. 44–48 Закона о заштити потрошача (*Службени гласник РС*, бр. 73/2010) који на општи начин регулише питање неправичних клаузула.

30 Више у: Татјана Јованић, *Пошрошачки кредити – Правно-економски аспекти*, стр. 238–243.

31 Закон о заштити корисника финансијских услуга (*Службени гласник РС*, бр. 36/2011) у чл. 34 уводи се право потрошача на исти тип курса. У једној од најновијих пресуда која се односи на период пре ступања на снагу овог Закона, упркос истицању банке да примена различитог курса у отплати пре ступања на снагу Закона о заштити корисника финансијских услуга представља „комерцијалне услове кредитирања“, судија истиче да „обрачунавање кредитне обавезе по продајном курсу банке представља нарушавање начела једнакости престација“. Пресуда Првог основног суда у Београду, бр. 68 П 23780/12 од 5. марта 2013. године, стр. 2.

метод (уколико не постоји пропис о висини стопе затезне камате)³² и др. Превремена отплата кредита такође носи ризик да се банка позива на пословну политику у погледу висине накнаде за превремену отплату, уколико услови нису јасно прописани законом. Посебан облик неправичних клаузула може представљати ограничавање делимичне превремене отплате забраном да клијент може смањивати главницу, али не и рок отплате кредита, јер је то повољније за банку.³³ Неправичне одредбе могу представљати и претерано рестриктивне одредбе о једностраном раскиду уговора, у вези са условима да давалац кредита прогласи потраживање доспелим и затражи повраћај одобреног кредита уз обрачунате камате и друге трошкове превремене наплате, ограничавање права на судску заштиту и др.³⁴

IV Да ли је финансијском производу за становништво са валутном клаузулом у CHF иманентан правни ризик?

Реформа банкарског система и свеж капитал конкурентног банкарског тржишта учинили су да кредит индексиран у швајцарским францима постане могућност да се реши потреба за стамбеним простором, али је на опредељење потрошача утицао и раст цена некретнина, што је повратно изазвало већу потребу просечног купца за финансирањем, обзиром да је пораст кредитирања индексираног у овој валути управо обележио период историјског максимума цена непокретности.³⁵

У периоду када су банке имале у понуди кредите индексиране у швајцарским францима на које се обрачунавала камата по нижој номиналној каматној стопи него што је била за кредите индексиране у еврима, Народна банка Србије је кроз саопштења у медијима, као и брошуре и едукативну делатност Центра за заштиту корисника финансијских услуга упозоравала грађане да нижа каматна стопа не зна-

32 Доношењем Закона о затезној камати (*Службени гласник РС*, бр. 119/12), законодавац је вратио суштинску сврху затезне камате и уважио став Уставног суда о ништавости примене конформне методе на обрачун затезне камате.

33 Ова одредба је присутна у уговорима о стамбеном кредиту Алфа банке, који су аутору били доступни на увид.

34 На примеру кредита у САД многе неправичне клаузуле су елиминисане изричитом забраном у прописима који регулишу поједине врсте кредита: Gene Marsh, *Consumer Protection Law in a Nutshell*, 3. edition, St. Paul Minn., 1999, стр. 273–293.

35 Индикативна је чињеница да Влада Републике Србије најпре није одобравала субвенције за кредите индексиране у швајцарским францима, као и да је Национална корпорација за осигурање стамбених кредита имала очигледно више премије осигурања за кредите индексиране у CHF у односу на кредите индексиране у EUR.

чи аутоматски и јефтинији кредит, те да се корисници таквих кредита излажу валутном ризику. Постоје и докази да је НБС у то време покушавала да Влади Републике Србије предочи нужност забране индексације у швајцарским францима, односно престанка субвецнионисања таквих кредита. Но тек пошто су међународне институције и групе експерата попут Одбора за финансијску стабилност (*Financial Stability Board*) истакле проблем везивања за „стабилне“ валуте, донета је Одлука о привременим мерама за очување стабилности у Републици Србији³⁶ и Одлука о мерама за очување и јачање стабилности финансијског система³⁷ која се примењивала од 30. јуна 2011. године и сходно којој су банке могле одобравати физичком лицу кредит индексиран девизном клаузулом али само под условом да је валута обавезе евро.³⁸ Тим подзаконским актима је прописано да клијенти могу да изврше конверзију кредита индексираних у швајцарским францима у кредите индексиране у еврима, уз препоруку банкама да то буде без додатних трошкова и уз непромењене или повољније услове. Међутим у то време швајцарски франак је био на једном од својих максимума, те су многи клијенти и поред неколико година уредне отплате камате и главнице дуговали већи износ прерачунато у еврима него што је био износ деноминован у еврима у време стављања кредита на располагање. У зависности од периода пуштања кредита у течај, швајцарски франак је порастао у односу на евро и за 35–40%,³⁹ што поставља питање да ли се може говорити о промењеним околностима или се и у овом случају примењује начело *pacta sunt servanda*? Уколико је реч о промењеним околностима које би суд могао окарактерисати као очигледну несразмеру давања, да ли је могуће одредити правичан износ камате, односно лимит промене паритета CHF и евра?

На овом месту требало би указати на наводе изнете у колективној тужби коју је покренуло Удружење банкарских клијената „Ефектива“ почетком ове године. Као правни основ у овој тужби наводе се, кумулативно, уговарање неправичних клаузула као облик непоштеног пословања, затим повреда права потрошача на информисање, „довођење корисника у заблуду“ као субјективни критеријуми, и промена околности као објективни критеријум односно промена околности којом је, како се наводи, „отпала и кауза самог уговарања валутне клаузуле“. Питање кредита индексираних у швајцарским францима је прво окарактерисано

36 Службени гласник РС, бр. 116/2008, 12/2009, 43/2009, 104/2009 и 111/2009.

37 Службени гласник РС, бр. 34/2011.

38 Тачка 2 Одлуке тако забрањује валутну клаузулу у CHF *ex nunc*.

39 5.8.2011. године курс франка се готово изједначио са курсом евра, па је 1 CHF вредео 0,925 евра, односно 94,7384 динара.

као уговарање неправичних уговорних одредби на основу којих су банке оствариле добит „на начин који није у складу са уставним вредностима, али и јавним поретком“.⁴⁰ Као свој правни основ Удружење Ефектива истиче „недопуштеност индексирања стамбених кредита у швајцарским францима“, позивајући се на став да је сврха уговарања валутне клаузуле у CHF била да обавезе корисника кредита не изгубе вредност, односно да се обезбеди еквиваленција престација уговорних страна, те да знатан пораст курса CHF представља промењену околност у смислу чл. 133 и чл. 135 Закона о облигационим односима.⁴¹ Поставља се питање да ли је ризик пораста CHF нормалан ризик код уговора те врсте, и да ли уопште постоје претпоставке за раскидање уговора из чл. 133 Закона о облигационим односима. Промена паритета CHF у односу на валуту евро у односу на који је динар више повезан имајући у виду економску повезаност Србије и ЕУ и чињенице да монетарна политика НБС у виду има валуту евро, представља околност која отежава испуњење обавезе једне стране и не одговара очекивањима корисника кредита. Ствар је оцене суда да ли се због ове промене може остварити сврха уговора, или је отпала кауза самог уговарања валутне клаузуле, као и да ли би сходно чл. 133 ст. 1 ЗОО „по општем мишљењу било неправично одржати га на снази такав какав је“. Друго питање које се поставља односи се на испуњеност услова из става 2 овог члана који каже да се раскид не може захтевати „ако је страна која се позива на промењене околности била дужна да у време закључења уговора узме у обзир те околности или их је могла избећи или савладати“.

Раскидање уговора због промењених околности може се остварити само судским путем, тако што уговор раскида суд изреком пресуде, којом одлучује о праву на раскид, јер је реч о спорном материјалом праву у смислу остварења сврхе уговора и неправичности одржавања уговора на снази таквог какав је.⁴² Требало би напоменути да ова колективна тужба Удружења Ефектива у том смислу има обележја преображајне (конститутивне) тужбе, којом тужилац истиче своје право на промену у уговорном односу и предлаже да је суд изрекне,⁴³ па се логично отвара и питање одређивања правичног износа камате, односно плафона висине разлике у паритету курса, уколико би суд сматрао да је неправично одржати такав уговор на снази.

40 Колективна тужба, стр. 2.

41 С тим у вези Удружење Ефектива сматра да би еквиваленција престација била очувана ако би се вредност кредита изразила у еврима у тренутку закључења уговора, што би практично водило ка потпуном искључењу ризика за корисника кредита!?

42 Решење Вишег трговинског суда Пж. 5077/2003 од 31. јула 2003. год.

43 Вид. Решење Вишег трговинског суда Пж. 5971/03 од 8. децембра 2003. год.

С тим у вези требало би указати на један пример из банкарске праксе. За потребе израде овог рада, једна организација потрошача аутору је дала на увид уговор једне банке закључен 7.11.2006. године у чијем чл. 8 се наводи: „У случају да у току трајања кредитна вредности CHF према EUR порасте за 10 или више процената у односу на међувалутни однос који је важио на дан који је два радна дана претходно пуштању кредитна у трајање... банка ће сразмерно висини неокривеној изражавања захтевања догађајно обезбеђење...“ Уколико корисник не може да пружи додатно обезбеђење „корисник истовременом овој уговора даје неопозиву сагласност банци да изврши промену валуте обрачуна претходно дела кредитна и исти даље обрачунавају у проливредности EUR валуте који важе према условима који важе за кредитне који се обрачунавају у EUR валути, а који су садржани у обавештењу које ће Банка квартално достављати Кориснику... Конверзија валутног обрачуна кредитна у случају из овој члана се врши без накнаде.“

Иако је банка јасно навела услове који морају бити испуњени да би се ова могућност банке активирала (нпр. пад вредности непокретности, недовољно обезбеђење и сл.) пример ове банке указује да је ова одредба неправична јер потрошачу као другој страни не даје исту могућност конверзије у случају промене паритета интервалутарног односа, док са друге стране отвара питање могућности примене клаузуле *rebus sic stantibus*, односно установљење маргине пораста швајцарског франка у односу на евро? Интересатно је да горе наведена процентуална вредност од 10% одговара судској пракси измене или раскида уговора робног и робно-новчаног промета.⁴⁴ Међутим, да ли је банкарски посао који подразумева преузимање и управљање ризицима, између осталих валутним и каматним као тржишним ризицима, специфичан и да ли се промена паритета једне стране валуте у односу на другу, која притом није домаћа валута, може сматрати значајном економском појавом у смислу изванредних догађаја? Да ли је параметар „реална вредност новца“ одраз начела равноправности уговорних страна и начела једнаке вредности давања и да ли то има везе са уговарањем валутне клаузуле као заштите од валутног ризика? Валутна клаузула као инструмент управљања девизним ризиком и каматна стопа као инструмент управљања ризиком каматне стопе, као тржишним ризицима, су два различита инструмента која се користе за различите ризике, а оспоравање основаности валутне клаузуле клијента би довело у знатно бољи положај у односу на банку, нарочито имајући у виду чињеницу ограниченог ефекта начела мо-

44 Што је забележено у низу судских одлука, укључујући и позивање судова на праксу примене Општих узанси за промет робом: „Економске појаве, као што је изузетно нагли и велики пад или скок цена“ наводе се као пример изванредних догађаја у чл. 56 Општих узанси (Службени лист ФНРЈ, бр. 15/54).

нетарног номинализма у земљама које имају нестабилне валуте попут Србије.⁴⁵

Банке су као финансијске организације располагале одређеним сазнањима о кретањима валуте и ризицима задуживања индексираних у СНФ, али су и потрошачи били у јавности обавештавани о ризичности овог производа. Тврдње неких потрошачких организација да су банке препоручивале грађанима овакво задуживање представници банака демантују. Иако су странке, нарочито банке, могле предвидети раст курса у односу на курс домаће валуте, чини се да ипак нису могле предвидети да ће курс франка у поређењу са евром, који се такође користи за индексацију кредитних обавеза, порастати у толикој мери.

Ако се проблем индексације у швајцарским францима посматра из угла могућности претпостављања кретања евра, што је чини се приступ прихваћен у колективној тужби, питање је у томе да ли су банке пропустиле да потенцијалне клијенте обавесте о свим релевантним чињеницама, укључујући и ризичност оваквих кредита, или је овакав финансијски производ *ab initio* био неподобан за просечног потрошача. То са једне стране отвара питање на које указује тужилац, а то је елемент непоштеног пословања у смислу чл. 20 и 21 Закона о заштити потрошача из 2010. год. – дакле, Удружење истиче да су „одредбе типских уговора о стамбеним кредитима закљученим од стране тужених са корисницима кредита одредбе које су последица непоштеног пословања“.⁴⁶ Одредбе прописа о заштити потрошача о непоштеном пословању⁴⁷ од посебног су значаја за сложене производе са високим степеном ризика за потрошаче, попут финансијских услуга. Правила о непоштеном пословању према потрошачу означавају сваки поступак, пропуст, начин пословања или представљања, као и комерцијалну комуникацију. Два основна облика непоштеног половања су завањавајуће праксе, деловања и пропуштања, као и агресивне праксе. Непоштено пословање обухвата

45 У једној од најновијих пресуда основних судова истиче се да се уговорима о кредиту начело равноправности уговорних страна и начело једнаке вредности давања „конкретизују кроз обавезу корисника кредита да врати реалну вредност добијеног новца и да плати банци примерену накнаду за коришћење добијеног новца, па заштитне клаузуле могу искључиво бити у функцији основних обавеза корисника кредита... двострука заштита кроз истовремено уговарање валутне клаузуле и променљиве каматне стопе у циљу очувања реалне вредности позајмљеног новца у директној је супротности са начелом равноправности странака и еквивалентности узајамних престајања. Делимична пресуда Првог основног суда у Београду 68 П 23780/12 од 5. марта 2013. године, стр. 5–6.

46 Колективна тужба, стр. 9.

47 Имплементација Директиве Европског парламента и Савета 2005/29/ЕЗ о непоштој трговачкој пракси правних лица према потрошачима на унутрашњем тржишту обухвата чл. 19–27 Закона о заштити потрошача из 2010. год.

и обавезу пружања релевантних информација од значаја за доношење правилне одлуке. Није битно само да ли је информација тачна, већ и контекст који би могао проузроковати да просечни потрошач, као онај који је добро обавештен, довољно пажљив и брижан донесе одлуку коју би донео да располаже свим неопходним информацијама, укључујући и ризичност финансијског производа.⁴⁸ Међутим, важно је указати на чињеницу да Закон о заштити корисника финансијских услуга упућује на Закон о заштити потрошача по питању неправичних клаузула и непоштене пословне праксе, али се у Закону о заштити потрошача, чл. 132 ст. 3, наводи да се потрошачким спором не сматра спор чија вредност прелази 1.000.000 динара, што отвара питање да ли се онда правила о неправичним клаузулама и непоштеној пословној пракси уопште могу применити на спорове поводом финансијских услуга?

Овде би требало указати на Кодекс професионалног банкарског понашања, донетог под окриљем Удружења банака Србије фебруара 2007. године, који у тачки 1.2 дефинише захтев професионалне пажње навођењем обавезе информисања клијената: „имајући у виду учесталост уговарања валутне клаузуле или индексне клаузуле (применом стопе раста цена на мало или другог параметра), банка ће *уиозорити свој клијент* пре закључења уговора, на врсте ризика којима се излаже везано за банчин избор валуте за коју се везује валутна клаузула, њено кретање (банка може понудити клијенту извештај о дугорочном кретању валуте за коју се везује валутна клаузула), или за ризике везано за кретање цена на мало код индексне клаузуле.“⁴⁹

48 Toni Williams, „Open the Box: An exploration of the Financial Services Authority’s model of fairness in consumer financial transactions“, у: Mel Kenny *at al.* (eds.), *Unconscionability in European Private Financial Transactions*, Cambridge, 2010, стр. 227.

49 Одредба анекса уговора о стамбеном кредиту једне од банака које су одобравале кредите индексирани у швајцарским францима, закљученог 12. децембра 2011. године (ради усклађивања са Законом о заштити корисника финансијских услуга), носи назив „валутни ризик“ и гласи (напомена аутора: једини члан уговора који је у потпуности писан подебљаним словима): „*Корисник кредит*а и *Солидарни дужник*, *уиозорити*вањем овог *Уговора*, *уиозорити*ју да им је *уиозорити*ком *уиозорити*ења *захтева* за *одобрење* овог *кредит*а Банка указала на *валутни* ризик који *уиозорити*че из *чињенице* да је *кредит*, из овог *уговора*, *индексирани* у *стабилној* валути CHF и *чињенице* да *висина* *месечних* *ануитет*а, као *валуте* у којој се *обрачунавају* његове *обавезе* по овом *кредит*у у односу на *динар*, као *валуте* у којој се *врши* *уиозорити*ла *месечних* *ануитет*а *кредит*а. *Корисник* *кредит*а и *Солидарни* *дужник*, *уиозорити*вањем овог *уговора*, *уиозорити*ју да их је *банка* *уиозорити*ла и на *уиозорити*це (*убишке* или *уиозорити*) *које* о *Корисника* *кредит*а, *односно* *Солидарног* *дужника* *моју* *настајућу* *услед* *промене* *курса* *валуте* CHF у односу на *динар* (*раса* *вредности* CHF у односу на *динар* *доводи* до *раса* *висине* *његових* *месечних* *ануитет*а у *динарској* *уиозорити*вањем).“ Овог члана, односно одредбе о указивању на валутни ризик нема у првобитном уговору односног потрошача закљученом 2006. године.

Иако је европском регулативом установљена црна листа непоштених пословних пракси од којих се само неке директно односе на финансијске услуге, област финансијских услуга подлеже општим критеријумима одређивања непоштених пракси: 1) пракса супротна захтевима професионалне пажње и 2) суштинска промена могућност промене понашања просечног потрошача, односно утицај на погрешно понашање потрошача на његову штету. Једно од кључних питања је да ли се непоштено пословање тумачи само у контексту информисања потрошача, или се дужност професионалне пажње односи и на понуде ризичних финансијских производа на тржишту.⁵⁰

Ако се остави по страни оцена субјективних критеријума, пре свега обавеза пружања адекватних информација потрошачима али и евентуалног моралног хазарда обавештеног просечног потрошача који није узео у обзир ризик, поново се отвара питање специфичности објективних елемената правног ризика због промене околности на тржишту, али и ризика усклађености пословања за нове финансијске производе. Критеријум недовољне информисаности и промене околности на тржишту сада упућује на слободу избора корисника кредита и рационалност потрошача. То нас поново враћа на утврђивање специфичности односа банака са потрошачима и процене ризика *комплексности* односно неподесности финансијских производа према критеријуму просечног потрошача.⁵¹ Док би економска анализа подразумевала истицање потрошача као рационалног трансактора, истраживања из области бихејвиоралне економије указују на то да и на савршено конкурентним тржиштима потрошачима недостаје самодисциплина и да због своје наивности могу да улазе у ризичне подухвате, што води губицима корисности: агрегатна потрошачка тражња не мора нужно да рефлектује реална очекивања потрошача. И добро информисани потрошачи изнад границе просечног потрошача често се понашају ирационално.⁵² Студије из области бихејвиоралних приступа економији показују да су преференце потрошача одређене максимизацијом личног интереса потрошача *на крајњак рок*.⁵³ Потрошачима је генерално тешко да процене ризик и имају проблем у процени

50 Peter Cartwright, „Conceptualising and Understanding Fairness: Lessons for and from Financial Services“, у: Mel Kenny *et al.* (eds.), *Unconscionability in European Private Financial Transactions*, Cambridge, 2010, стр. 205.

51 Peter Cartwright, „Risk-Based Regulation and the Consumer of Financial Services“, у: I. Ramsay *et al.* (eds.), *Risk and Choice in Consumer Society*, Bruylant, Athens, 2007, стр. 277–297.

52 Joshua S. Gans, „‘Protecting consumers by protecting competition’: Does behavioural economics support this contention?“, *Competition and Consumer Law Journal*, Vol. 13, 2005, стр. 1–11.

53 Gordon Foxall (ed.), *Consumer Behaviour Analysis: Critical Perspectives*, London and New York, 2002.

ризика нарочито када њихова вероватноћа није велика. Преференце потрошача нису стабилне, али просечан потрошач на кратак рок размишља примарно о две опције: ако опција наглашава потенцијане губитке, јавља се аверзија према ризику, док ако наглашава могуће добитке, људи ће се радије определити за максимизацију корисности.⁵⁴ Опција кредита индексираног у CHF је за просечног српског потрошача свакако била ова друга. Са друге стране, на избор потрошача утиче и ниво конкурентности финансијског тржишта, што конкурентније тржиште, то је већа могућност стварања нових производа у циљу веће профитабилности, што ствара већи ризик.⁵⁵ Међутим, нити су сви корисници ових кредита једнаки, нити су кредити индексирани у швајцарским францима јединствени производ.

Аутор напомиње да сврха овог рада није истраживање аргумената *pro et contra* уговарања валутне клаузуле,⁵⁶ нити субјективних елемената правног ризика, већ указивање на оно што би суд могао да има у виду приликом доношења одлуке, уколико се прихвати *објективни елементи правног ризика: њрансакциони ризик збој њромене околности на тржишту*. Проблем који се поставља пред суд је комплексан јер сходно чл. 135 ЗОО суд мора бити руковођен начелима поштеног промета и водити рачуна „нарочито о циљу уговора, о нормалном ризику код уговора односне врсте, општем интересу, као и о интересима обеју страна“. Основ за раскид, односно измену уговора уз пристанак обе стране, била би чињеница да се ризик пораста вредности швајцарског франка не може подвести под уобичајени ризик.

Може се претпоставити да ће поред анализе испуњености услова у смислу промењених околности, у оцени суд захтевати економско вештачење и економску анализу пословања и услова задуживања банака у време одобравања кредита, укључујући и билансне ставке покривене обавезама по основу финансијских деривата (нарочито свопова кредитних ризика), као и моделе управљања ризицима, што указује на дужину трајања судског поступка и неизвесност за обе стране. Стога се као најцелисходније решење чини оно да се проблем реши усмеравањем аргументације ка објективном проблему банака и грађана: овакви кредити су перманентна бомба у билансима банака због све већег кашњења у отплати,⁵⁷ смањења реалне вредности непокретно-

54 OECD, *Roundtable on Demand-side Economics for Consumer Policy*, Summary Report, стр. 39–41.

55 Peter Cartwright, *Banks, Consumers and Regulation*, Oxford, 2004, стр. 212.

56 О томе вид. Дијана Марковић-Бајаловић, *Заштита корисника финансијских услуга*, рад доступан на адреси: <http://efektiva.rs/aktuelnosti-kredit/zastita-korisnika-finansijskih-usluga>, 1.4.2013.

57 Око 11% стамбених кредита индексираних у CHF наспрам 3,5% за кредите индексиране у EUR према прегледу Сектора за финансијску стабилност НБС од 28.2.2013. год.

сти, а тиме и повећања учешћа NPL (*non performing loans*) што утиче да банке рангирају ове кредите у групе ниже наплативости и сходно томе подлежу строжијим регулаторним захтевима. Једна могућност су административне мере фиксирања оптлатног курса, што је случај у Мађарској, где је готово 2/3 кредита индексирано у CHF, а законским изменама омогућена оптлата по фиксираном курсу, док се ће се разлика изнад фиксираног отплаћивати накнадно.⁵⁸ У међувремену је прецизирано да ће држава накнадити један део те разлике, и уведене неке друге мера заштите хипотекарних дужника.⁵⁹ Слично првобитним мерама у Мађарској, у Хрватској су неке банке са Владом Хрватске потписале Меморандум о ублажавању положаја корисника стамбених кредита али истовремено предвиделе и могућност да одбију измене уговора у конкретним случајевима.⁶⁰

Једно од могућих решења је да банке омогуће корисницима да наставе отплату по курсу који одговара валутном паритету евро/CHF на дан одобравања кредита увећаном за одређени проценат. Ово решење би било повољније за грађане од нпр. хрватског модела, јер би подразумевало уважавање међувалутне позиције сваког кредита, док је у Хрватској утврђен фиксни оптлатни курс 1 CHF = 5,8 куна за опцију коју клијент може да искористи (тзв. балон оптлата подразумева каснију наплату одложеног потраживања разлике изнад фиксираног курса). Међутим, проблем који нису решили ни у Хрватској већ само одложили, је у томе ко би сносио трошкове разлике између отплата по званичном и обрачунском курсу, јер би у појединим случајевима та разлика могла бити већа од 20%, укључујући и евентуално увећање дуга по основу додатно обрачунатих камата за период одложене наплате, због чега је у Хрватској веома слаба заинтересованост грађана. Са друге стране, да би се банке одрекле једног дела профита као израз друштвене одговорности (што, признаћете, банкама није својствено) регулатор би могао да уведе подстицаје за банке које пристану на решавање проблема на овај начин, чинећи одређене уступке у домену пруденцијалних мера.

Одговор на питање који је то равнотежни проценат валутног паритета CHF/EUR није лако формулисати, али би требало указати на решење из Нацрта легислативне резолуције Европског парламен-

58 Чл. 200а и 200б Закона СХП о кредитним институцијама и финансијским предузећима из 1996. измене.

59 Вид. Мишљење Европске централне банке о мерама помоћи дужницима CON/2012/27 од 5. априла 2012, доступно на адреси: http://www.ecb.int/ecb/legal/pdf/en_con_2012_27_f.pdf, 1.4.2013.

60 Меморандум предвиђа могућност уговарања тзв. флекси ануитета, мораторијум у коме главница мирује најдуже 12 месеци, али се камата плаћа, конверзија из CHF у EUR, продужење рока отплате до 40 година, тзв. балон оптлату уз фиксирани курс.

та поводом Комисијиног предлога директиве о уговорима о стамбеним кредитима.⁶¹ Пре свега, већ у предговорној фази давалац хипотекарног кредита при обрачуну ЕКС има обавезу да поред актуелног сценарија, тј. курса на дан потписивања уговора, направи и сценарио у случају депресијације домаће валуте у односу на валуту кредита за 20% – сврха је да се клијенту укаже на могући девизни ризик и повезаност са укупним трошковима кредита (чл. 12 амандман 4а). Најзначајнији је амандман предлог новог члана 18а који обавезује државе чланице да уговори о хипотекарном кредиту садрже ‘окидач’ или максимални износ кредита који клијент може платити, као и да га упозоре када се максимум достигне, након чега би имали право на конверзију валуте (конверзија из стране у домаћу или „алтернативну“ валуту). Окидач (*trigger*) за право на конверзију није одређен у директиви, већ ће га, по свему судећи, одредити уговорне стране, тј. даваоци хипотекарног кредита уз изнуђени пристанак зајмопримца. Амандман помиње могућност државе чланице да пропише „друге аранжмане“ пре закључења уговора, али није сасвим јасно да ли се то односи на услове конверзије или само девизни курс.

V Овлашћење на једнострану измену каматних стопа у светлу праксе првостепених судова и Суда части при Привредној комори Београда

Све до ступања на снагу Закона о заштити корисника финансијских услуга, већина банака у чијим је уговорима о кредиту постојала одредба да банка има право једностране промене каматне стопе до коначног измирења обавезе корисника кредита, искористиле су ту могућност,⁶² обзиром да за разлику од многих земаља у нашој земљи није постојао пропис нити судска одлука о томе да је ова пракса недозвољена или под којим стриктним условима се може мењати каматна стопа (нпр. везивање за неку реперну каматну стопу, максимални распон висине каматне сто-

61 *Draft European Parliament Legislative Resolution on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on credit agreements relating to residential property (COM(2011)0142 – C7-0085/2011 – 2011/0062(COD))*, доступно на адреси: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2012-0202+0+DOC+XML+V0//EN>, 1.4.2013.

62 Тако су неке банке уговарале променљиву номиналну каматну стопу изражену као збир референтне стопе као променљиве категорије, увећану за фиксни проценат, уз овлашћење банке да мења фиксни део каматне стопе у складу са актима своје пословне политике. Слична је ситуација била и са општим условима пословања неких банака у којима је уговорена променљива каматна стопа без икаквог одређивања елемената каматне стопе и критеријума променљивости, уз право банке да једнострано промени каматну стопу. У том смислу банке су најчешће наглашавале да такве ситуације подразумевају измене пословне политике банке, мере НБС и промене тржишне околности.

пе и других објективних услова).⁶³ У земљама у којима закон није ограничио могућност једностраних измена каматних стопа, забрањујући их или постављајући стриктне услове објективности, судска пракса и препоруке управних органа тржишног надзора је прогласила неправичном и ништавом.⁶⁴ Обзиром да у нашем систему финансијски регулатор нема изричито овлашћење да цени да ли је реч о ризичном производу, неправичној уговорној одредби или не, односно да се изјашњава и препоручује уклањање појединих одредби, као и да не постоји орган управе који има таква овлашћења, чињеница да се судска пракса креће у сигурном правцу утврђивања ништавости овакве могућности банке указује на чињеницу да банке овај ризик нису предвиделе у фази израде формуларних уговора о кредиту или су сматрале да је вероватноћа остварења овог ризика (нпр. правноснажна пресуда) мала. Оне које се пак надају другачијим одлукама виших судских инстанци, излажу се не само правном, већ и репутационом ризику. Позивање на пораст трошкова извора финансирања и тржишних услова пословања, као елементом „маргине“, по оцени судова довело је кориснике кредита у неравноправан положај. Из децидних ставова судова јасно је да „негативне промене у екстерном економском окружењу“, „економичност пословања“ и „потреба заштите елементарних интереса депонената и акционара банака“ итд., „свакако не представљају ближе одређење критеријума за промену уговорене променљиве номиналне каматне стопе, већ се ради о једној крајње произвољној формулацији и очигледној злоупотреби доминантног положаја. Тиме је створена и искоришћења могућност неограниченог волунтаризма банке као економски јаче стране да формуларним уговором о кредиту једнострано мења висину уговорене обавезе односно једнострано увећава стопу уговорене камате. Због тога је нарушено начело равноправности страна у облигационом односу, начело једнакости узајамних давања те начело поступања трговаца и банака у складу са добрим пословним обичајима и добром пословном праксом којима се обезбеђује поштен однос према кориснику и као таква одредба је ништава са тог аспекта“.⁶⁵

Пре доношења овог Закона НБС је ово питање покушала да реши прво препорукама,⁶⁶ а потом одлукама заснованим на Закону о бан-

63 О томе у појединим земљама: Татјана Јованић, *Појтрошачки кредити: њравно-економски аспекти*, стр. 241-243.

64 Нпр. у Француској, Комисија за неправичне клаузуле 2004. године донела је Препоруку бр. 2004-03 од 27. маја 2004. године у којој се истиче да се једнострана измена без објективних разлога неправична клаузула. Richard Routier, *Obligations et Responsabilités du Banquier*, Dalloz, Paris, 2005, стр. 380.

65 Пресуда Првог основног суда у Београду 85 П 26407/11 од 3.4.2012, стр. 7.

66 Препорука БАН/001/08 у вези са уговором о кредиту са променљивом каматном стопом која зависи од промена референтне каматне стопе и/или марже; Препорука БАН/002/08 у вези са уговором о кредиту с променљивом каматном стопом која

кама. Одлуком НБС о јединственом начину обрачуна и објављивања ефективне каматне стопе на депозите и кредите прописан је начин на који је банка дужна да обрачуна и објави трошкове, камате и накнаде банкарских услуга, нарочито по основу депозитних и кредитних полова. Одлуком је прописано да понуда банке која се односи на депозите односно кредите треба јасно и недвосмислено да садржи податке који се укључују у обрачун ефективне каматне стопе, као и податке који се не укључују у обрачун ефективне каматне стопе.⁶⁷ Ови подаци требало је да буду утврђени и исказани у понуди тако да клијента ни једног тренутка не доведу у заблуду, што се тиче било ког елемента тих података.⁶⁸ Суд је схватања да „одредба уговора којом се промена номиналне каматне стопе условљава пословном политиком банке, свакако не представља ближе одређење критеријума за промену уговорене променљиве номиналне каматне стопе“.⁶⁹ Штавише, тачка 8 Поменутог Одлуке гласи: „Одредбе уговора морају бити јасне, потпуне, прецизне, недвосмислене и разумљиве за клијента, а предмет обавезе за клијента мора бити одређен, односно одредив на такав начин да се клијент у току трајања уговорног односа у сваком тренутку може обавестити у којим случајевима се може променити висина његове обавезе, на који начин и под којим условима.“

Одлуком НБС о начину и поступку спровођења општих услова пословања, које банка примењује у односу са клијентима физичким лицима, а која се примењује од 31.10.2009. дефинисано је да је један од минималних услова за одобрење кредита физичким лицима ближе одређење критеријума за примену уговорне променљиве номиналне каматне стопе.⁷⁰ Тачком 5 Одлуке дефинисан је захтев за ближим одређењем критеријума за примену уговорне променљиве номиналне каматне стопе: елементи, периоди, начин измене и разлог за измену. По оцени многих судија основних судова, једнострана промена каматних стопа банака позивањем на пословну политику није у складу са тачком 5 ст. 8 ове Одлуке која прописује да је банка дужна да ближе одреди критеријуме за промену уговорене променљиве номиналне каматне стопе, према параметрима из Одлуке.

У чл. 8 и 26 Законом о заштити корисника финансијских услуга који се односи и на уговоре о кредиту које банке одобравају физичким лицима, утврђено је да уговорна обавеза мора бити одређена, односно

зависи од пословне политике банке. Трећа препорука бр. БАН/003/08 односила се на уговоре о кредиту са валутном клаузулом.

67 Тачка 5.1 Одлуке.

68 Тачка 5.3 Одлуке.

69 Пресуда Првог основног суда у Београду 35 П 4853/11 од 7.12.2011. стр. 6.

70 *Службени гласник РС*, бр. 74/2009.

одредива, те да је новчана уговорна обавеза одредива што се тиче њене висине ако зависи од уговорених променљивих елемената (променљива каматна стопа), односно променљивих и фиксних, с тим што су променљиви елементи они који се званично објављују (референтна каматна стопа, индекс потрошачких цена и др.). Поред прецизирања елемената на основу којих се обрачунава променљива номинална уговорна каматна стопа на новчана потраживања банака, уређујући елементе одредивости Закон је забранио елементе за обрачун на које може утицати једнострана воља било које уговорне стране, а уговори не могу да садрже упућујућу норму на пословну политику када су у питању они елементи који су наведеним законом предвиђени као обавезни елементи уговора.⁷¹ Овај пропис је предвидео и значајна овлашћења НБС у сузбијању евентуалних будућих случајева повреде ове норме, укључујући и могућност новчане казне уколико банка не поступи по налогу супервизора.

Међутим, чињеница да ова одредба уређује временску примену наведених чланова није спречила судове да у својим пресудама утврђују ништавост одредаба уговора о кредиту које су важиле до почетка примене Закона о заштити корисника финансијских услуга, а на основу којих су банке једнострано мењале и примењивале уговорене марже у погледу обрачуна камате, а потом и ануитета.⁷² Ове одлуке судова засноване су пре свега на одредбама Закона о облигационим односима којима је одређено да је уговор ништав када је предмет обавезе немогућ, недопуштен, неодређен или неодредив,⁷³ а да се предмет обавезе, у овом случају каматна стопа, има сматрати одредивим уколико уговор садржи податке на основу којих се обавеза може одредити или је одређивање поверено трећем лицу.⁷⁴ Такође на основу Закона о облигационим односима,⁷⁵ судови су утврђивали делимичну ништавост уговора, тј. ништавост оних уговорених одредби на основу којих је банка, као економски јача страна, имала право да једнострано измени део каматне стопе позивајући се на измене „аката пословне политике“ или „општих услова пословања“ или

71 Члан 54 Закона о заштити корисника финансијских услуга прописује да се одредбе чл. 8 и 26 ст. од 1 до 3 тог Закона примењују на све обавезе из уговора које доспевају после дана почетка примене тог Закона.

72 Нпр. пресуде Првог основног суда у Београду (35 П 4853/11 од 7. децембра 2011, 85 П 26407/11 од 3. априла 2012, 66 П 17831/12 од 14. децембра 2012, 81 П 25638/12 од 5. фебруара 2013, 68 П 23780/12 од 5. марта 2013. године) и пресуда Привредног суда у Београду 3-П-7362/2012 од 15. јануара 2013. године.

73 ЗОО, чл. 47. Закон о облигационим односима прописује као неопходан услов за пуноважност уговора одређеност или одредивост предмета обавезе уговорних страна, што обухвата и цену кредита, односно каматну стопу.

74 ЗОО, чл. 50.

75 У складу са ЗОО, чл. 105.

нејасне и двосмислене појмове попут „промене тржишних услова“. Суд је квалификовао да уговорна обавеза банака које су једнострано мењале висину каматне стопе није одређена нити одредива, будући да услед могућности промене једног уговорног параметра каматне стопе у складу са пословном политиком банке није могуће утврдити висину укупног задужења по основу главнице и припадајуће камате, за цео уговорени период. Суд сматра да је новчана уговорна обавеза одредива уколико њена висина зависи од уговорених елемената, који могу бити фиксни и променљиви, а променљиви би могли бити само они који се званично објављују, односно који су мерљиви.⁷⁶

Чланом 45 тада важећег Закона о заштити потрошача из 2005. године јасно је истакнута обавеза да се нејасне одредбе типских уговора тумаче у корист потрошача. Одредбама овог закона које се односи на право потрошача на информисање истакнута је обавеза тржишних субјеката да учине да информације и подаци о својствима производа или услуга или условима продаје морају бити тачне, потпуне, основане, недвосмислене, јасне и благовремене.⁷⁷ Постојећа судска пракса указује на чињеницу да банка није задовољила тражени ниво информисаности корисника кредита, закључујући нејасан или непотпун уговор у промету роба и услуга, сходно Закону о заштити потрошача, на штету друге уговорне стране у свом унапред формулисаном уговору о кредиту на чије одредбе корисници кредита нису могли утицати, што је супротно начелима савесности, поштења и правилима морала односно добрим пословним обичајима. Чињеницу да потрошачу нису саопштени прецизни елементи који утичу на променљивост уговорене стопе, обавештења о егзактним параметрима и методи израчунавања, неке судије квалификовале су као пропуштање којим се повређује право потрошача на информисање.⁷⁸

Како је истакнуто у неким пресудама, наводи банака о поремећајима на финансијском тржишту коришћени као аргумент банке за повећање марже на кредите у отплати, могу се само одразити на умањење добити банке, а не у угрожавању начела једнаке вредности давања, предвиђеног чл. 15 ЗОО, и као такви не могу представљати пословни ризик за клијента, већ само за банку. Овакав начин промене каматне стопе имао је за последицу чињеницу да је банка све тржишне ризике превалила на корисника кредита.⁷⁹

76 Пресуда Првог основног суда у Београду, 81 П 25638/12 од 5.2.2013, стр. 4. Једнострано мењајући камату стопу клијентима, банке нису доставиле егзактне и математички проверљиве параметре који утичу на једнострану одлуку о повећању или смањењу управо конкретне каматне стопе, те суд сматра да има основа да се такво понашање квалификује као стицање без основа.

77 Закон о заштити потрошача из 2005. године, чл. 46 ст. 1.

78 Пресуда Првог основног суда у Београду 85 П 26407/11 од 3.4.2012, стр. 5.

79 Исто, стр. 4.

Уговарајући могућност једностране измене каматних стопа која се нарушава начело једнаке вредности давања и пословни ризик пребацује на клијента, стекли су се основи за квалификацију оваквог понашања банке супротно чл. 18 ЗОО који стране у облигационом односу обавезује да у извршавању своје обавезе поступају са пажњом доброг привредника, односно доброг банкара. Ст. 2 овог члана прописује да је страна у облигационом односу дужна да у извршавању обавезе из своје професионалне делатности поступа с повећаном пажњом, према правилима струке и обичајима (пажња доброг стручњака); док је ставом 3 прописана обавеза стране у облигационом односу да се у остваривању свог права уздржи од поступка којим би се отежало извршење обавезе друге стране.

Имајући у виду чињеницу да су банке привредна друштва на које се примењује Закон о привредним коморама и да се у периоду једностраних измена каматних стопа примењивао Кодекс пословне етике, као и да су већина банака потписнице Кодекса професионалног банкарског понашања донетог фебруара 2007. године, једнострана измена уговора отвара питање и да ли је реч о повреди добрих пословних обичаја. Кодексом пословне етике Привредне коморе Србије⁸⁰ предвиђено је да је привредни субјект приликом закључења уговора дужан да уговорне одредбе сачини на начин који не оставља сумњу у погледу њиховог смисла и значења (чл. 15 Кодекса), на основу чега је Суд части при Привредној комори Србије у низу поступака (у највећем броју против Пиреус банке) закључио у писаним опоменама да једнострано повећање каматне стопе правдано пословном политиком банке представља повреду добрих пословних обичаја и пословног морала у области пружања банкарских услуга, и није у складу са начелом савесности и поштења из чл. 11 Кодекса.⁸¹

Кодекс професионалног банкарског понашања Удружења банака Србије из 2007. године у тачки 1.2 јасно истиче да се међу минимумом информација која ће банка пружити клијенту подразумева да ће банка унапред упозорити клијента и, у случају реализације посла, у уговору о депозиту/кредиту конкретизовати разлоге због којих у одређеној мери може доћи до једностране промене уговорених услова.

80 *Службени гласник РС*, бр. 1/2006.

81 Одлука Суда части С. бр. 37/12. Слично је и резонување Суда части при Господарској комори Републике Хрватске који је 25.3.2011. године донео пресуду (*P-I-50/10*) у којој се наглашава да је банка „*odgovorna jer je sa potrošačem... zaključila nejasan i neoprotan ugovor o stambenom kreditu... na način da u vrijeme zaključenja ugovora... nisu pojedinačno pregovarali i ugovorom utvrdili egzaktne parametre i metodu izračuna tih parametara koji utječu na Odluku banke o promjeni stope ugovorene kamate što je imalo posljedici u neravnoteži u pravima i obavezama utemeljenoj na jednostranom povećanju ugovorene kamatne stope.*“ Пресуда је потврђена пресудом Суда части *PŽ-II-13/11* од 7.10.2011.

VI Препорука као закључак

На основу горе наведеног, у пресудама поводом тужби потрошача ради утврђења стицања без основа банака, судови закључују да је на тај начин нарушено и начело равноправности страна и начело једнаке вредности узајамних давања. Одредба која туженом даје могућност неограниченог повећања камате противна је и одредби чл. 12 ЗОО којом је прописано да у заснивању облигационих односа и остваривању права и обавеза из тих односа стране су дужне да се придржавају начела савесности и поштења, што потврђује и став Суда части при Привредној комори Београда. Имајући у виду да се одлуке судова поводом тужби корисника кредита крећу у правцу утврђивања ништавости примене уговорених неодређивих елемената променљиве каматне стопе, а узимајући у обзир и решења из упоредног права и судске праксе, ради одговарајућег управљања правним ризиком и умањивања могућности настанка непредвиђених губитака и трошкова који могу проистећи из будућих судских спорова, банке би требало да, у складу с начелом савесности и поштења и начелима заштите корисника финансијских услуга, на адекватан начин ускладе своје поступање у погледу одредби уговора о кредиту на основу којих су, пре почетка примене Закона о заштити корисника финансијских услуга, примењивани унапред неодређени и неодређиви елементи за утврђивање обрачуна променљиве каматне стопе.

Проблем кредита индексираних у швајцарским францима указује на нужност проактивног приступа банака у управљању правним ризиком, у који би требало укључити и процену ризика комплексности и подесности финансијског производа за просечног потрошача, а истовремено и нужност стварања законских услова за проактивнији приступ секторског регулатора, као и јачање овлашћења органа управе надлежног за заштиту потрошача у смислу јаче контроле општих услова пословања и некоректних пословних пракси на тржишту.

Tatjana JOVANIĆ, PhD

Assistant Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

BANKS' LEGAL RISK DUE TO QUALIFICATION OF CERTAIN PROVISIONS OF CREDIT AGREEMENTS RELATING TO RESIDENTIAL PROPERTY AS UNFAIR

Summary

This Paper deals with the legal risk of banks arising from credit agreements relating to residential property with consumers, as standard form contracts drafted by banks and concluded on the basis of the terms of contracts which are unilaterally imposed. As a separate issue the Paper explores the permissibility of unilateral variation of interest rates, in light of current case-law which shows that the courts are moving towards an unambiguous declaration of nullity of contractual provisions which banks imposed to reserve the right to unilaterally change the interest rate, referring to internal policies and other indeterminable parameters. Given that financial products are becoming more complex, the paper points to the need for a timely assessment of the legal and compliance risks when introducing new financial products, in order to make them appropriate and fit for the average consumer. In this regard, some elements of the risks of credit agreements indexed in Swiss francs are explored.

Key words: *legal risk, compliance in banks, credit agreement, unfair clauses, unfair business practices.*

др *Владимир* ВУЛЕТИЋ
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

КО НЕМА ОЧИ ЗА ГЛЕДАЊЕ, ИМА ОЧИ ЗА ПЛАКАЊЕ: АНТИЧКИ ЗАМЕТАК ОБМАЊУЈУЋЕГ ПОСЛОВАЊА У САВРЕМЕНОЈ ДОМАЋОЈ ЛЕГИСЛАТИВИ*

Резиме

Закон о заштити потрошача Републике Србије из 2010. године регулише питање неопишеног пословања, у првом реду обманујућег и насртљивога пословања, изричито га забрањујући. Пратећи Директиву Европске уније о неопишеним пословним праксама, наш законодавац инсистира на објективној одговорности трговца за свако пословање којим обманује просечног потрошача, наводећи га, при том, да донесе економску одлуку коју иначе не би донео.

Радња обманујућега пословања према нашем закону може бити активна, када трговац даје нетачне податке о природи производа, или пасивна, уколико ускраћује битне информације о производу које могу бити од значаја за потрошачеву одлуку.

Аутор у овом раду настоји да покаже да идеја модерних закона из ове области није нова, већ да се, у доброј мери, темељи на достигнућима античких правних система, а пре свега римског права. У прилози својој тези анализира право античке Грчке и Едикт римског курулског едила из Јустинијанових Дигести, истичући бројне примере и решења која корелирају са савременим правним регулативама.

* Овај чланак је настао као резултат истраживања у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ (равни, економски, политички и социолошки аспекти)“.

На основу ових резултата, аутор настоји да ипакне и подвуче своју основну идеју да је римско право темељ и извориште модерне европске и српске приватне права. Заједничко правничко мишљење и закључивање на традиционалним универзалним вредностима римског права, иуи су и евенуалне хармонизације домаће и европске права у целини.

Кључне речи: *обмањујуће пословање, Закон о заштити потрошача, Античко право, Римско право, Дијестиа.*

I Увод

Начело аутономије воље, које усваја наш Закон о облигационим односима (ЗОО), предвиђа да су уговорне стране слободне да своје односе уреде по сопственој вољи, у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја.¹ При том је важно да су стране у уговорном односу равноправне.² Међутим, код потрошачких уговора овај захтев најчешће није испуњен.

Неједнакост уговорних страна се огледа у првом реду у погледу њихове информисаности. Не треба пренебрегнути да је продавац, готово редовно, професионалац, одлично информисан у оквирима своје делатности и да је, као снажнија страна у уговору, у почетно бољем положају у односу на купца. Купац, пак, готово редовно је лаик, физичко лице које нема потребне информације, неопходне за одлуку да ли ће закључити уговор или не. Често није у могућности да правилно процени обавезе које му се намећу закључивањем уговора. Следствено овоме, продавцима се намеће обавеза да купца свеобухватно и истинито обавесте о својствима и квалитету робе. Цивилисти углавном продачеву облигацију обавештавања купца везују за другу половину прошлог века,³ истичући да је од тада почела да се пробија испрва морална, а касније и законски уређена обавеза, да саговорник буде обавештен о

1 Закон о облигационим односима (*Службени лист СРЈ*, бр. 31/93; даље у фуснотама: ЗОО), чл. 10.

2 ЗОО, чл. 11.

3 Мишовић тако истиче да све до двадесетог века право није препознавало потрошаче као лица којима би требало пружити посебну правну заштиту. Као разлог овоме, он наводи чињеницу да се пословање привредних субјеката одвијало у складу са принципом привредног либерализма, који је правно уобличен у Француској 1791. године, тзв. Аларовим декретом. Њиме је дата могућност свим лицима да се слободно баве трговином, занатима и другим занимањима, уз услов да се понашају у складу са одређеним прописима. Тако је успостављен принцип слободе предузетништва и принцип слободе обављања привредне активности. Миодраг Мишовић,

свим релевантним аспектима и чињеницама које битно могу да утичу на његову одлуку.⁴

С друге стране, продаја потрошачке робе подлеже, готово редовно, коришћењу унапред сачињених и одштампаних типских уговора и општих услова пословања. Овакви уговори се најчешће унапред формулишу од стране продавца док је купац у позицији само да их такве у целисти прихвати или одбије. *Ratio legis* оваквог начина пословања пронађен је у рационалности и ефикасности привредног промета, у уштедама у времену и трошковима закључења уговора.⁵ Међутим, овакав начин пословања крије и своје знатне недостатке. Они углавном погађају потрошача, имајући у виду да типске уговоре саставља економски и правно јача страна, чиме добија могућност да слабијој страни уговорници наметне своје услове.⁶

Како одређене уговорне одредбе могу бити неправичне за потрошача, законодавац неретко интервенише ограничавањем начела аутономије воље омогућавајући потрошачу заштиту услед некоректних уговорних клаузула. У првом реду, ово се односи на тзв. непоштено пословање које се манифестује у два облика: као обмањујуће и насртљиво пословање. Наш законодавац је оба ова облика уврстио у Закон о заштити потрошача из 2010. године, изричито их забрањујући.⁷ Тиме су окончани вишегодишњи напори да се у сфери потрошачког права уреди, попут сличних искустава у Француској и Италији, прилично широк круг јавноправних и приватноправних питања.⁸ Правни основ за доношење овог закона нађен је у уставној одредби која прописује да Република Србија штити потрошаче, посебно забрањујући радње усмерене против здравља, безбедности и приватности потрошача, као и све нечасне радње на тржишту.⁹

„О темељним правилима потрошачког права“, у: Миодраг Мићовић (ур.), Од *caveat emptor* до *caveat venditor*, Крагујевац, 2009, стр. 43.

4 Марко Ђурђевић, „Облигација обавештавања у уговорима у потрошњи“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2008, стр. 556.

5 Миодраг Мићовић, *Заштита права потрошача*, Крагујевац, 2009, стр. 148.

6 Марко Драшкић, *Закључење уговора о продаји*, Београд, 1986, стр. 284.

7 Закон о заштити потрошача (*Службени гласник РС*, бр. 73/10; даље у фуснотама: ЗЗП).

8 Први покушај да домаћи законодавац уреди ово поље неуспешно је окончан 2005. године, доношењем Закона о заштити потрошача. Међутим, како је овај закон дословно и често без осећаја за домаће прилике само транспонован већи број директива Европске уније из ове области, готово да се не може ни говорити о његовој практичној примени. Штавише, тешко је утврдити судску праксу која се ослања на текст Закона из 2005. године.

9 Устав Републике Србије (*Службени гласник РС*, бр. 83/06), чл. 90 ст. 2.

Истовремено предлагач закона је стао на становиште о неопходности усаглашавања домаћег законодавства са регулативама ЕУ, позивајући се на Закон о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране.¹⁰

Овакав облик пословања, инкриминисан у нашем Закону о заштити потрошача, чини се, има дугу историју. Познају га већ античка права, у првом реду грчко и римско. Делује да се и на овом примеру може повући извесна паралела која указује на утицај римског права на савремена решења модерног законодавца у овој области. Имајући ову хипотезу у виду, покушаћемо на укажемо на конкретне доприносе који се манифестују у нашој модерној легислативи.

II Појам обмањујућег пословања

У оквиру треће главе, Закон о заштити потрошача анализира обмањујуће и насртљиво пословање, као специфичне појавне облике генусног појма непоштеног пословања.¹¹ Да би пословање било окарактерисано непоштеним, неопходно је да оно буде извршено противно захтевима професионалне пажње¹² и да битно нарушава или прети

10 Закон о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране (*Службени гласник РС*, бр. 83/08, чл. 78: „Уговорне стране ће сарађивати како би усагласиле стандарде заштите потрошача у Србији са стандардима у Заједници. Делотворна заштита потрошача је нужна како би се обезбедило ваљано функционисање тржишне економије и та заштита ће зависити од развоја административне инфраструктуре ради обезбеђења надзора над тржиштем и спровођења закона у овој области. У том циљу, а у њиховом заједничком интересу, стране ће обезбедити: политику активне заштите потрошача у складу са комунитарним правом, укључујући већи информисаност и развој независних организација; усклађивање законодавства о заштити потрошача у Србији са заштитом која је на снази у заједници; делотворну правну заштиту потрошача ради побољшања квалитета потрошачке робе и одржавање одговарајућих стандарда безбедности; надзор над спровођењем правила од стране надлежних органа и омогућавање приступа правди у случају спора; размена информација о опасним стварима“).

11 Као посебан облик непоштеног пословања, ЗЗП наводи и повреду дужности обавештавања у складу са овим законом (ЗЗП, чл. 20 ст. 7). Премда је обавеза обавештавања једно од темељних права потрошача (вид. детаљно у: Владимир Вулетић, „Облигација обавештавања и приговор несаобразности робе уговору: старо и ново у домену заштите потрошача“, *Право и њивреда*, бр. 7–9/2011, стр. 235–257), предмет овог рада ограничен је на случајеве у којима није дошло до пропуштања ове обавезе, али је она тако учињена да основано истиче могућност непоштеног пословања.

12 Овај термин ЗЗП дефинише као повећану пажњу и вештину која се у правном промету основано очекује од трговца у пословању са потрошачима, у складу са добрим обичајима и начелом савесности и поштења, ЗЗП, чл. 5 ст. 1.

да битно наруши економско понашање у вези са производом, просечног потрошача на кога се то пословање односи или коме је изложен.¹³ Ово решење домаћег законодавца је на линији са одредбом Директиве Европске уније о непоштеним условима у потрошачким уговорима из 1993. године, која предвиђа да је свака клаузула, која није појединачно уговорена и која се противи захтевима добре вере а проузрокује значајнији поремећај баланса између права и обавеза уговорних страна која настају на основу уговора, а на штету потрошача, непоштена клаузула.¹⁴ Обмањујуће пословање обухвата неколико разнородних ситуација у којима пословање трговца наводи просечног¹⁵ потрошача да донесе економску одлуку коју иначе не би донео. Имајући у виду постојање све обимније појаве непоштене пословне праксе у земљама Европске уније, 2005. године је донета Директива Европске уније о непоштеним пословним праксама,¹⁶ а 2009. и Упутство Европске комисије за примену ове директиве,¹⁷ које су инкорпорирани у наш Закон о заштити потрошача из 2010. године.

Како је обмањујуће пословање инкриминисано нашим ЗЗП, увиђа се да се радња извршења овог дела може извршити комисијно, активном обмањујућом радњом трговца, или омисијно, пасивним пропуштањем којим се обмањују потрошачи. ЗЗП као комисијне облике обмањујућег пословања такстативно наводи давање нетачних обавештења од стране трговца који се односе на постојање или природу производа, доступност, предности, ризике, начин израде, употребу или додатке који прате производ, помоћ која се потрошачима пружа после продаје и поступање по њиховим притужбама, начин и датум производње и пружања услуга, испоруку, подобност за употребу, начин употребе, количину, спецификацију, државу производње и државу порекла жига, очекиване резултате употребе, или резултате спроведених тестова или провера.¹⁸ Са друге стране, радња извршења обмањујућег пословања може посто-

13 ЗЗП, чл. 20.

14 Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, *OJ L 95*, 21.4.1993, p. 29–34.

15 Појам просечног потрошача није посебно дефинисан, премда у европској пракси постоји став Европског суда правде у случају *Gut Springenheide and Tusky* који наводи да је просечан потрошач онај који је „добро обавештен, разуман и обазрив“. – *Case C-210/96 (1998) ECR I-4657, para 31*. Међутим, значајно је водити рачуна о друштвеним, језичким, националним, културним и обичајним посебностима различитих држава и њихових субјеката.

16 Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council on Unfair Commercial Practices, *OJ L 149*, 11.6.2005, p. 22–39.

17 European Commission, Guidance on the implementation/application of Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices, Brussels, 2009, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/Guidance_UCP_Directive_en.pdf, 1.4.2013.

18 ЗЗП, чл. 21 ст. 1.

јати и без обзира на тачност датих обавештења уколико трговац ствара општи утисак којим се просечни потрошач наводи да донесе економску одлуку коју иначе не би донео.¹⁹ Види се да законодавац истиче могућност постојања праксе обмањујућег пословања темељећи га на давању нетачних или обмањујућих обавештења у вези са производом и стварањем укупног обмањујућег утиска код потрошача, чак и уколико је обавештење о квалитетима производа коректно истакнуто. У Упутству Европске комисије за спровођење Директиве о непоштеним пословним праксама, нарочито су поменуте тзв. рањиве категорије потрошача које су посебно подложне оваквим ситуацијама. У том контексту, наведена су два фактора који условавају тзв. рањивост потрошача: ментална и/или физичка слабост и узраст.²⁰

Радња пропуштања којом се обмањују потрошачи постоји у случајевима у којима трговац ускрати потрошачима битна обавештења која су просечном потрошачу потребна за разумно одлучивање, чиме наводи или прети да наведе просечног потрошача да донесе економску одлуку коју иначе не би донео.²¹ Такође, омисивно деловање постоји и када трговац скрива битне информације или информације пружа неблаговремено или на нејасан, неразумљив или двосмислен начин, или када пропусти да истакне пословну сврху свог обраћања потрошачима чиме наводи или прети да неведе просечног потрошача да донесе економску одлуку коју иначе не би донео.²²

Заједничко свим наведеним ситуацијама је да је потрошач поступио у складу са стандардом „просечног потрошача“, да је показао довољну обазривост, нелакомисленост и одређен степен знања и обавештености о пословној понуди. Међутим, и поред „очију за гледање“, потрошач је, превасходно непоштеном пословном праксом трговца, доведен у ситуацију да очи користи „за плакање“. Античка права, пре свега старо грчко и римско право су се са овим појавама релативно рано сусретали. Њихова искуства, чини се, имају значајан допринос данашњим модерним решењима. Упркос томе што у овим правним системима не можемо говорити о постојању потрошача у модерном смислу речи, правни положај купца је добра полазишна основа. Тај својеврсни правни заматак омогућио је да се изроде савремена решења, темељена на заједничком европском правничком мишљењу и закључивању.

19 ЗЗП, чл. 21 ст. 2.

20 Тако се истичу лица са телесним недостацима, наглува и слепа лица, малолетници (које директива разликује да ли су деца или тинејџери) и старије особе, *Guidance on the implementation/application of Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices*, стр. 29-30.

21 ЗЗП, чл. 22 ст. 1.

22 ЗЗП, чл. 22 ст. 2.

III Античко грчко право

Тржиште је у античкој Грчкој је било међународно јер су продавци били углавном странци. Та чињеница је имала утицај и на само регулисање правила продаје. Имајући у виду одредбу из нашег ЗЗП, која предвиђа да је облик непоштеног пословања и ситуација у којој „трговац својим понашањем битно умањује способност потрошача да разборито одлучује, услед чега потрошач доноси економску одлуку коју иначе не би донео“,²³ могу се, у прилог показатеља таквог понашања продавца, истаћи два Платонова фрагмента из одељка „О преварама“.²⁴

Види се да атински законодавац инсистира на тачно утврђеној цени за робу која се продаје, при том не дозвољавајући никакве специфичне гаранције продавца „нити убеђивањем нити заклетвом“. Две цене, односно покушај продавца да постигне вишу цену за робу коју продаје, строго закон забрањује и утврђује адекватну казну – батинање на лицу места. Интересантно је да се законодавац определио за форму некажњеног односно дозвољеног батинања, али и не само то. Такав акт није само право, него и дужност сваког грађанина који се затекне на лицу места а није старији од тридесет година. У случају да се оглуши о ову одредбу, таквог грађанина чека јавни прекор. Делује да је законодавац желео да се прописно и оштро супротстави сваком покушају преваре од стране продавца, да су та дела била и те како друштвено опасна, па је за њих предвидео овако широку примену казне.

Други фрагмент истог одељка појашњава ситуацију везану за продају фалсификоване робе.²⁵

23 ЗЗП, чл. 20 ст. 3.

24 „Ко било шта износи на продају на трг, нека не наводи две цене за робу коју продаје, него само једну. А ако ту цену не би постигао, поступиће правилно ако своју робу врати натраг и ако је тога дана не процени ни више ни ниже. За ову робу коју продаје да не буде никаквог истицања ни убеђивања под заклетвом. А ако се неко не би тој законској одредби покорио, нека грађанин који се затекне на лицу места, ако није старији од тридесет година, без икаквог страха да ће бити кажњен, измлати оног који се куне, и то нека буде казна. А ако се за то не би побринуо и томе се одазвао, нека буде изложен јавном прекору због тога што је изневерио закон.“ Платон, *Закони* (превод А. Вилхара), стр. 917 С.

25 „Ако неко продаје фалсификовану робу и ако није у стању да се покори поменути законским одредбама, онај који се затекне на лицу места, а разуме ствари и може да му докаже кривицу, нека то изврши пред властима. Ако би то био неки роб или досељеник, нека му припадне фалсификована роба. А ако је грађанин, а избегне покушај да продавцу докаже кривицу, треба да се прогласи неваљалцем зато што боговима одузима оно што је њихово; а ако му докаже кривицу, нека сву ту робу посвети боговима – заштитницима трга. А онај за кога је јасно доказано да износи такву робу на продају, треба да изгуби ту фалсификовану робу, а поред тога нека му надзорник трга удари онолико удараца бичем на колико је драхми

У овом случају, може се приметити да је продавац који продаје фалсификовану робу теже кажњаван за ово своје дело. Није тешко разумети и зашто, јер Платон и наводи колико се у Атини ово дело сматра опасним и неприхватљивим.²⁶ Није тешко установити да овакво понашање продавца кореспондира са наведеном одредбом нашег ЗЗП у којем се битно смањује разборитост купца приликом доношења економске одлуке. И у овом случају, сваки грађанин, додуше онај који је у стању продавчеву кривицу доказати, позива се да то и учини под претњом јавне осуде. За разлику од горе наведеног случаја, улога грађанина је сада само да докаже кривицу продавца, он није у могућности да казну сам и спроведе. Држава се овде појављује као монополиста силе, оличена у надзорницима тргова који спроводе казну. А казна је, види се, кумулативна: и имовинска, јер продавац остаје без робе и телесна, јер бива бичеван, што, чини се, говори у прилог да се ово дело још оштрије третира, у односу на претходно изнет пример, у којем продавац трпи само телесну казну. Подвојеност грађана је очигледна: роб или странац имају право да преузму фалсификовану робу, уколико су доказали продавчеву кривицу, док, слободан и пуноправан атински грађанин, такву робу жртвује боговима. Наравно, за сваког таквог грађанина је недолучно да задржава робу која је оквалификована као манљива и фалсификована.

Интересантно је да улогу органа принуде али и органа контроле имају надзорници пијаце. Они неодољиво подсећају на римске курулске едиле. Осим што им је надлежност да контролишу трговину на пијацама и трговима, кажњавају учеснике у продајним пословима, види се, да им је и обавеза, слично као и у Риму, да јавно огласе правила под којима се врше ови послови. То би требало, делује, да буде право упутство, али упозорење, пре свега продавцима, шта им је дозвољено а шта не и како ће се свако оглушивање о овде одредбе кажњавати. Опет, слично римским решењима, ове одредбе треба да надзорници јавно огласе (да

проценио такву робу. А пре тога да гласник јавно објави због чега продавац треба да буде шибан. Надзорници пијаце и чувари закона треба да на основу упутстава, добијених од стручњака који се разумеју у фалсификате и преваре у вези са поједним врстама робе, напишу тачно шта је све продавцу дозвољено, а шта не сме да ради, нека нареде да се све то уреже у бронзану плочу и да се она изнесе испред уреда надзорника пијаце, како би то могло служити као јавно упутство за све људе који имају посла на тргу.“ Платон, *Закони*, 917 D-E.

26 „Сви људи треба да схвате да фалсификовање припада истој врсти неваљалства којој припадају и лаж и превара. То је оно зло које светина обично улепшава не-исправно говорећи да је то оправдано ако се врши у прави час. Али баш зато што овај прави час, и време и место не одређују и не опредељују тачно, они таквим својим говором много штете и сами, а такође је наносе и другима. Законодавац то не сме остављати неодређено: он увек мора одредити границе, уже или шире.“ Платон, *Закони*, 916 D-E.

урежу у бронзану плочу и истакну је испред канцеларије надзорника пијаце), да би она била потпуно доступна свима који имају намеру да се баве пословима на тргу.

Слично као и у Риму, и у Грчкој су неповерење према гаранцијама за физичке недостатке, које купац тешко може да открије а продавац за њих зна, утицали да се врло брзо успоставе егзактна правила на пијацама која су важила за све учеснике у привредним трансакцијама.²⁷ Насупрот томе, продаја стоке није стварала исти степен сумње и неповерења као продаја робова, највише зато што су и сами продавци стоке најчешће били из истог места као и купци, а и стока је била домаћа. Надовезујући се на ово, Прингсхајм тврди да су Грци учинили први корак (одговорност продавца робова, навео В. Вулетић) можда и други (одговорност продавца стоке), али свакако нису учинили трећи корак (одговорност за остале покретности).²⁸

Када је реч о продаји робова, правило које је успостављено у грчком праву, кореспондира са римским из доба курулских едила: продавац роба мора обавестити купца о било каквој болести од које роб болује, посебно ако је она латентна и купцу у тренутку купопродаје тешко уочљива. Та изјава продавца мора бити гласна, јавна и озбиљна. Роб тада бива подвргнут испитивању од стране пијачних инспектора уз присуство купца. Уколико се утврде физички недостаци, а роб је већ био капарисан, враћа се продавцу а новац купцу.²⁹

Да ли се ова правила примењују и у случају продаје стоке и других добара? Судећи према Аристотелу, критски закони познају ову врсту заштите права купца, предвиђајући му посебну тужбу на коју има право у случају физичких недостатака животиња које се продају. Реч је о тужби *dike hypozigion*.³⁰ Доношење неког сигурног и утемељеног закључка по

27 James Mackintosh, *The Roman Law of Sale*, Edinburg, 1907, стр. 84.

28 Fritz Pringsheim, *The Greek Law of Sale*, Weimar, 1950, стр. 473.

29 Ова процедура, специфична за грчко право, предмет је једне контроверзе. Позивајући се на Хиперида, Платона и Аристотела, Прингсхајм полемиче са Бушеом (*Bauchet*) око назива тужбе која се користи у овом поступку. Тако, верује он, Буше није у праву када за овај поступак предвиђа *dike anagoges* (тужба за привођење некога), већ је вероватније да се користи *dike andrapodon* (тужба за заштиту својине над робовима). Аристотел ову тужбу сврстава у генерални корпус тужби *dike emenoi* (својинске тужбе), F. Pringsheim, *нав. дело*, стр. 476.

Општи је став да се одлука по овом питању повраћаја новца мора донети у року од месеца дана од почетка процедуре. Суштина овог временског процеса је, пре свега, да се утврди да ли је недостатак постојао у тренутку склапања уговора или је настао касније. Само у првом случају купац има право на заштиту.

30 Тужба за оштећење туђих животиња, које је по свом карактеру веома слична *dike andropodon*. Прингсхајм ову тужбу пореди за заштитом *iumenta* цитирајући едикт курулског едила. На основу овог поређења, он изводи закључак да постоји посебна

овом питању ипак је доста тешко, јер о њему, са изузецима Аристотела, углавном ћуте и философи, граматичари и оратори. Заштита купца услед физичких мана стоке је сигурно постојала. Више од тога се не може рећи.³¹ Грчко право познаје и заштиту права купца у случају продаје непокретности која нема обећани обим и дозвољава му право на тужбу.³² Уколико се и овај случај повеже са римским решењем (*actio de modo agri*) може се, на основу свега наведеног, закључити да је грчко право и у овој области извршило снажан утицај на римска решења. Изгледа да су Грци имали добре идеје, наслућивали законитост поступања, у неким ситуацијама чак имали и врло детаљна решења, али су Римљани овај институт довели до скоро потпуног савршенства, нијансирајући све потенцијалне случајеве до тачке којој се више ништа не може додати.

IV Римско право

Непоштена пословна пракса се у римском праву може уочити у ситуацијама продаје робова и теглеће стоке на трговима и пијацама. Захваљујући делатности курулских едила, који се нису само појављивали у улози регулатора јавног реда, него су стварали нове правне норме и механизме заштите купаца од преварних делатности продаваца, можемо уочити јасне линије сличности са данашњим модерним решењима. Према ЗЗП обимајујуће пословање постоји у случају да трговац потрошача доводи у заблуду у погледу „постојања или *иприроде* (подвукао В. Вулетић) производа“³³ као и „основних обележја производа која се односе на доступност, предности, ризике, начин израде, *ујошребу*, *јодобноси* за *ујошребу*, начин *ујошребе*“³⁴ (подвукао В. Вулетић). Реч је, дакле, о активној радњи трговца којом доводи потрошача у положај да донесе економску одлуку коју иначе не би донео. У римском праву, такве ситуације су описане у петнаест садржајних и прегледних фрагмената Едикта курулског едила из Јустинијанових Дигеста под заједничким насловом „*De aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris*“. Ови фрагмен-

заштита права купца за продају крупне стоке (*kartaipa*) и да она у свему подсећа на општу одговорност за све *hypozigia*, *ibid.*, 477.

31 Постоји неколико хипотеза које говоре у прилог чињеници да је заштита права купца за латентне мане ствари за другу робу, постојала и заснива се на делу Диома Хрисостома, који позивајући се на Хиперида, помиње случај продаје већег броја робова, *ibid.*, 478.

У случају њихове предаје купцу, који накнадно установи да је један међу њима дефектан, он има право да води поступак за накнаду штете за целу групу. Делује да је ово решење веома слично римском.

32 *Ibid.*

33 ЗЗП, чл. 21 ст. 1.

34 ЗЗП, чл. 21 ст. 2.

ти се баве другачијом природом робова од оне која је стипулисана од стране продаваца која битно утиче на употребу, подобност за употребу и начин њихове употребе. При том се као битне околности које утичу на природу ове врсте робе истичу болест (*morbus*) и физички дефекат (*vitium*), а Улпијан нам наводи критеријум по којем се одређује да ли природа робе утиче на њену употребну вредност:

„Стога, ако су недостатак или болест такви да утичу на коришћење и услуге роба, то ће дати основа за покретање поступка да се роб присили да буде враћен. Али, морамо да запамтимо да свака незнатна болест или мана не могу да утичу да роб буде сматран болесним или нездравим. Стога, мања грозница, или маларија која треба да прође, или мања рана, неће утицати да се сматра да је продавац одговоран, јер није скренуо пажњу на то, јер оваква стања могу да прођу.“³⁵

Критеријум по којем се *morbus* процењује је, следствено овоме, да ли је роб показивао смањену способност за рад услед болести. Само озбиљна болест (*morbus soticus*)³⁶ основ је по ком се истиче оцена *morbus* неком робу.³⁷

Ознаку *morbus et vitium* су имали они робови који су били болесни од сушице³⁸ или костобоље,³⁹ болести плућа и јетре⁴⁰ или бешике.⁴¹

35 „Proinde si quid tale fuerit vitii sive morbi, quod usum ministeriumque hominis impediatur, id dabit redhibitioni locum, dummodo meminerimus non utique quodlibet quam levissimum efficere, ut morbosus vitiosusve habeatur. Proinde levis febricula aut vetus quartana quae tamen iam sperni potest vel vulnusculum modicum nullum habet in se delictum, quasi pronuntiatum non sit: contemni enim haec potuerunt.“ D. 21. 1. 1. 8. (Ulpianus libro primo ad edictum aedilium curulium).

36 *Soticus*, етимолошки, вероватно, потиче од придева *summus* и означава нешто „свеобухватно“, „изузетно озбиљно“ или „веома тешко“, Alfred Pernice, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Rechte*, Weimar, 1867, стр. 231.

37 Појам *vitium*, за разлику од *morbus*-а, односи се претежно само на физичке недостатке роба. Римски правници нису потпуно јединствени у погледу питања да ли су *morbus* и *vitium* два одвојена појма или, у ствари, означавају исто. Ни у романистичкој литератури нема јединственог става. Шенон саопштава да је ово била једна од контроверзи две ривалске правничке школе, сабинијанске и прокулеанске, па тако Сабин инсистира изричито на одвојености ова два појма (*vitiumque a morbo multum differre*), док Улпијан сматра да је то разликовање потпуно непотребно и да, у суштини, оба термина означавају исто – физичку ману роба. Émile Chénon, *Étude sur les controverses entre les Proculéiens et les Sabiniens sous les premiers empereurs de Rome*, Paris 1881, стр. 96. Вотсон мисли да је врло тешко повући јасну линију раграничења између ова два појма, поготову када је реч о недовољно прецизним или граничним случајевима, у којима један дефект, не мора или може бити означен као *morbus et vitium*, све у зависности да ли је урођен или стечен. Alan Watson, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford Clarendon Press, 1965, стр. 88.

38 D. 21. 1. 1. 7. (Ulpianus libro primo ad edictum aedilium curulium).

39 D. 21. 1. 53. (Iavolenus libro primo ex posterioribus Labeonis).

40 D. 21. 1. 12. 4. (Ulpianus libro primo ad edictum aedilium curulium).

41 D. 21. 1. 14. 4. (Ulpianus libro primo ad edictum aedilium curulium).

Исту ознаку добијали су робови који пате од епилепсије (*morbus comitialis*)⁴² или неке друге хроничне болести.⁴³

У ову групу, пише Требације, спадају и кратковиди робови,⁴⁴ слепи током одређених делова дана,⁴⁵ неми,⁴⁶ они који имају тумор или полипе у носу,⁴⁷ ако су били кастрирани тако да више и немају органе за репродукцију,⁴⁸ или ако су рођени са спојеним прстима, тако да нису могли успешно користити руке.⁴⁹

Жена роб је добијала ознаку *morbus et vitium* уколико је, због болести материце, могла да рађа само мртворођенчад,⁵⁰ или уколико је њена вагина била толико уска да није могла постати жена,⁵¹ или ако је имала менструацију два пута месечно или је уопште није имала.⁵²

Ова казуистичност, у ствари, веома јасно показује на шта су све били спремни трговци робовима и колико је опасност вребала од врло озбиљних обмањујућих предтсва о природи ствари које се продају. Проблем је био утолико већи јер је, најчешће, реч о латентним манама које се ни брижљивим прегледом, приликом куповине, не могу открити. Дакле, ако се послужимо савременом терминологијом, реч је о ситуацијама у којима је обманут просечни потрошач. Наведени примери нису превише необични, имајући у виду чињеницу да су се као продавци робова појављивали претежно перегрини, или људи нечисте прошлости, који нису имали много скрупула у намери остваривања профита.⁵³

Мане које, међутим, немају ознаку *morbus et vitium* и на које се купац није могао жалити, па самим тим и не представљају основ од-

42 D. 21. 1. 53. (*Iavolenus libro primo ex posterioribus Labeonis*).

43 D. 21. 1. 6. (*Ulpianus libro primo ad edictum aedilium curulium*).

44 D. 21. 1. 10. 3. (*Ulpianus libro primo ad edictum aedilium curulium*).

45 D. 21. 1. 10. 4. (*Ulpianus libro primo ad edictum aedilium curulium*).

46 D. 21. 1. 9. (*Ulpianus libro 44 ad Sabinum*).

47 D. 21. 1. 12. (*Ulpianus libro primo ad edictum aedilium curulium*).

48 D. 21. 1. 7. (*Paulus libro 11 ad Sabinum*).

49 D. 21. 1. 14. 6. (*Ulpianus libro primo ad edictum aedilium curulium*).

50 D. 21. 1. 14. (*Ulpianus libro primo ad edictum aedilium curulium*).

51 D. 21. 1. 14. 7. (*Ulpianus libro primo ad edictum aedilium curulium*).

52 D. 21. 1. 15. (*Paulus libro 11 ad Sabinum*).

53 Чињеница да постоји овакво богатство примера из праксе свакодневног пијачног дана у Риму, указује на занимљиву околност колико су продавци жарко желели да брзо продају своје болесне и старе и робове, колико нису презали и од скривања тих мана, лажног заклињања у њихово одсуство и колико је њихов карактер тиме одсликавао уопштено и слику класичног римског друштва. Види више: Alan Rogerson, „Implied Warranty Against Latent Defect in Roman and English Law“, у: David Daube (ed.), *Studies in the Roman Law of Sale dedicated to the Memory of Francis de Zulueta*, 1959, стр. 587.

говорности продавца су, према Дигестама, следеће: уколико роб пати од старе кварталске грознице,⁵⁴ или је разрок (осим ако то није последица *vitium corporis*),⁵⁵ ако у тренуцима религиозне екстазе изговара повремено пророчанства,⁵⁶ уколико изговара речи са тешкоћом,⁵⁷ муца или вришти,⁵⁸ уколико је кривих колена или ногу,⁵⁹ ако је рођен гушав или буљавих очију,⁶⁰ или са више прстију на ногама и рукама од природног.⁶¹

Ознаку да су болесни или имају неку физичку ману, немају ни они робови који имају непријатан задах или смрде као јарци,⁶² ако су леворуки,⁶³ или уринирају у кревету⁶⁴ (уколико је то последица вина и тромости и то у току спавања, а не услед болести). Офилије сматра да роб има *morbus et vitium* ако му је прст одсечен или има повређен екстремитет, чак и ако је залечен,⁶⁵ док Катон исто примењује и за прст на руци и ноzi.⁶⁶ Сервије, очигледно најекстремнији, ову ознаку намерава да да и робу који нема зуб.⁶⁷ То није разлог за приписивање озбиљног недостатка, не слаже се Павле, јер, како он резонује, онда би и све бебе биле такође дефектне.⁶⁸

У овим примерима се може уочити и различито поступање римских јуриспрудената у односу на савремена правна решења. Док наш законодавац истиче да обмањујуће пословање обухвата и стварање општег утиска којим се просечни потрошач наводи да донесе економску одлуку коју иначе не би донео, без обзира на тачност обавештења која су му дата,⁶⁹ дотле, види се, у римском праву продавац није одговоран за „стварање пословне климе“ приликом продаје, већ искључиво за оне недостатке природе ствари који битно умањују или у потпуности ниште

54 D. 21. 1. 1. 8. (*Ulpianus libro primo ad edictum aedilium curulium*).

55 D. 21. 1. 4. 6. (*Ulpianus libro primo ad edictum aedilium curulium*).

56 D. 21. 1. 1. 10. (*Ulpianus libro primo ad edictum aedilium curulium*).

57 D. 21. 1. 9. (*Ulpianus libro 44 ad Sabinum*).

58 D. 21. 1. 10. 5. (*Ulpianus libro primo ad edictum aedilium curulium*).

59 *Ibid.*

60 D. 21. 1. 12. 2. (*Ulpianus libro primo ad edictum aedilium curulium*).

61 D. 21. 1. 10. 2. (*Ulpianus libro primo ad edictum aedilium curulium*).

62 D. 21. 1. 12. 4. (*Ulpianus libro primo ad edictum aedilium curulium*).

63 D. 21. 1. 12. 3. (*Ulpianus libro primo ad edictum aedilium curulium*).

64 D. 21. 1. 14. 4. (*Ulpianus libro primo ad edictum aedilium curulium*).

65 D. 21. 1. 14. 15. (*Ulpianus libro primo ad edictum aedilium curulium*).

66 *Ibid.*

67 D. 21. 1. 10. (*Ulpianus libro primo ad edictum aedilium curulium*).

68 D. 21. 1. 11. (*Paulus libro 11 ad Sabinum*).

69 33П, чл. 21 ст. 8.

њену употребну вредност. Вреди на овом месту подвући да није свако хвалисање робе или њено рекламирање основ продавчеве одговорности. Такве изјаве које подсећају на Змајеву песму „Циганин хвали свога коња“ ни у римском ни у савременом праву нису инкриминисане. Битан критеријум је да ли је просечни потрошач, услед продавчевих изјава које су утицале на његову економску одлуку, *ошћећен* у погледу природе или употребне вредности ствари.

Међутим, линија кореспонденције римског права и савремених домаћих решења огледа се и у омисивном деловању продавца које изазива обмањујуће пословање. Према нашем ЗЗП, наведено је раније, то су ситуације у којима трговац *ускрајии ѿѿрошачима биѿина обавешѿења која су ѿросечном ѿѿрошачу ѿѿребна за разумно одлучивање* (подвукао В. Вулетић), чиме наводи или прети да наведе просечног потрошача да донесе економску одлуку коју иначе не би донео,⁷⁰ али и када трговац *скрива биѿине информације или информације ѿружа неблаѿвременно или на нејасан, неразумљив или двосмислен начин* (подвукао В. Вулетић), или када пропусти да истакне пословну сврху свог обраћања потрошачима чиме наводи или прети да неведе просечног потрошача да донесе економску одлуку коју иначе не би донео.⁷¹

У римском праву ситауција је готово идентична. Реч је о прикривању тзв. дефеката психе (*vitium animi*). Пратећи одредбе из Дигеста,⁷² изгледа да би било апсурдно дати ознаку *morbis et vitium* робу који је лакомислен или сујеверан, напрасит или дрзак, стидљив, грамзив, меланхоличан, склон коцки, пићу, лагању или свађању.⁷³ Тешко да би иједан роб, помало шаљиво закључује Цимерман, могао тада да се окарактерише као здрав и нормалан, ако се дословно примене сви ови услови.

Међутим, уколико је продавац изричито негирао овакву врсту недостатака роба (*dicta et promissa*), то може бити основ за купчево позивање на заштиту и у случају дефекта психе. Помпоније истиче да, иако обавеза продавца није да прода роба који поседује висок интелект, уколико прода неког који је толико интелектуално заостао да је неупотребљив, сматраће се да роб поседује недостатак према тексту Едикта. *Morbis et vitium* се односи само на физичке недостатке (недостатке тела). Продавац је одговоран за недостатке психе, само ако је преузео одговорност за њих. У другом случају, није. Према томе, изузе-

70 ЗЗП, чл. 22 ст. 1.

71 ЗЗП, чл. 22 ст. 2.

72 D. 21. 1. 1. 10. (*Ulpianus libro primo ad edictum aedilium curulium*).

73 Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations – Roman Foundations on Civilian Traditions*, Oxford University Press, 1995, стр. 314.

так је роб који је склон лутању или бежању. То је недостатак психе, а не тела. Из истих разлога ни истицање да је животиња превише стидљива или преживахна, не означава болест, јер је и то недостатак психе а не тела. Све у свему, уколико је недостатак само психе, неће бити права на редхибиторну тужбу, осим уколико продавац изричито не тврди да недостатак нема, а он, у ствари, постоји.⁷⁴

Види се из наведеног Улпијановог текста да је једино одступање од основа на који се купац може позвати у случају дефекта психе, то да је роб луталица (*erro*) или склон бежању (*fugitivus*), јер су то дефекти психе а не тела. Дакле, купац има право да у овом случају затражи право на заштиту раскидањем уговора, без обзира на то да ли је продавац изричито истицао да роб нема ове недостатке или то није учинио.

Купац има право да подигне *actio ex empto* у случају да продавац не истакне недостатке психе, за које је знао. Иста судбина чека и купчев захтев да тражи заштиту уколико је роб склон самоубиству,⁷⁵ или је починио неки тежак злочин, па може бити ноксално изручен.⁷⁶

Има ситуација које едикт курулског едила није предвидео као болест, а, према римским јуриспрудентима јесу основ на који се купац може позивати у сврху заштите. Улпијан у свом другом фрагменту саопштава мишљење Офилија да, када су коњ или роб кастрирани, иако кастрација не потпада под *morbus et vitium*, купцу треба дозволити *actio ex empto*.⁷⁷

Треба додати свему овоме, на послетку, још једну одредбу из Дигеста,⁷⁸ која предвиђа да је један од недостатака особина роба могла бити и његова националност,⁷⁹ па је продавац и овај податак био у обавези да јавно истакне. Он није био истицан на табли недостатака особина ствари, већ је био део обавезе да се истакне као податак који суге-

74 D. 21. 1. 4. 3–4 (*Ulpianus libro primo ad edictum aedilium curulium*).

75 D. 21. 1. 23. 3. (*Ulpianus libro primo ad edictum aedilium curulium*). Овај узрок склоности ка суициду, према Роџерсону, треба тражити у примитивном размишљању: особа која је покушала сама себи да одузме живот не цени га, а самим тим, ако не цени свој, тешко је замислити да цени и туђи живот. Тиме је, у ствари, опасна и по господара и по околину, А. Rogerson, *нав. чланак*, стр. 594. И средњовековно српско право слично гледа на самоубиство – оно није основ који нити искључује нити умањује кривичну одговорност учиниоца.

76 D. 21. 1. 23. 2. (*Ulpianus libro primo ad edictum aedilium curulium*).

77 D. 21. 1. 38. 7. (*Ulpianus libro secundo ad edictum aedilium curulium*).

78 D. 21. 1. 31. 21. (*Ulpianus libro primo ad edictum aedilium curulium*).

79 Изгледа да су одређене националности имале јако лошу репутацију, која је утицала на то да робови који припадају тој нацији буду заобилажени при куповини, јер су предрасуде у великој мери руководиле купце при одабиру робова, Francis de Zulueta, *The Roman Law of Sale*, Oxford Clarendon Press, стр. 47.

рише купцима шта могу очекивати од одређених категорија робова – за неке је то била предност, за неке мана, купац је био тај који је уосталом и давао коначни суд при куповини.⁸⁰

Едикт курулског едила односио се, поред продаје робова, и на продају стоке:

„Едили кажу: Они који продају теглећу стоку отворено и поштено треба да наведу ако оне имају неку болест или недостатак; и ако су лепо украшене како би биле продате, оне ће бити дате купцима у овом стању. Ако ово не буде било учињено, ми ћемо омогућити тужбу за враћање украса или враћање животиња на рачун украса у року до шездесет дана; или тамо где продаја треба да се раскине из разлога било какве болести или недостатка, у року од шест месеци; или за повраћај новца од куповине у случајевима у којим животиње вреде мање од износа за који су продате, у року од годину дана. Уколико је продат пар теглеће стоке на време и једна од њих је у таквом стању да треба да се врати, ми ћемо омогућити тужбу да обе животиње буду враћене.“⁸¹

Правила за ову врсту продаје су, углавном, врло слична онима везаним за продају робова, са мањим одступањима и изузецима. Тако су продавци у обавези да и у случају продаје теглеће стоке (*iumenta*) истакну истинито и јавно сваку физичку ману животиње.⁸² Уколико се оглуше о ову наредбу едила, купац има право на тужбу у року од 60 дана. Уколико је болест или мана таквог карактера да битно онеспособљава животињу за рад, рок за тужбу коју купац може подићи је шест месеци односно годину дана.

Из едикта се може закључити да су продавци покушавали да стоку учине што конкурентнијом и примамљивијом за продају. Они су је, у намери да она изгледа што атрактивније, богато је украшавали опремом, амовима и другим украсима. Међутим, при предаји стоке, скидали би све ове украсе и предавали стоку без њих.

Едили су, види се, врло неблагонаклоно на ово гледали, те су оштро забрањивали овакаву обмањујућу пословну праксу. Предвиђено је да

80 *Ibid.*

81 „*Aediles aiunt: Qui iumenta vendunt, palam recte dicunt, quid in quoque eon morbid vitiique sit, utique optime ornata vendendi causa fuerint, ita emptoribus tradentur. si quod ita factum non erit, de ornamentis restituendis iumentisve ornamentorum nomine redhibendis in diebus sexaginta, morbid autem vitiive ea inemptis faciendis in six mensibus, vel quo minoris cum venirent fuerint, in anno iudicium dabimus. si iumenta paria simul venierint et alterum in ea causa fuerit, ut redhiberi debeat, iudicium dabimus, quo utrumque redhibeatur. Quae de iumentorum sanitate diximus, de cetero quoque pecore omni venditores faciunt.*“ D. 21. 1. 38. (*Ulpianus libro secundo ad edictum aedilium curulium*).

82 Ово је веома слично његовој обавези на „*dicta*“ и „*promissa*“ случајевима продаје робова.

продавац мора предати стоку у оном стању у ком је она била понуђена на продају купцу. У случају да се продаје стока у пару, едикт инсистира на томе да обе животиње морају бити здраве и без физичких мана. Уколико је само једна животиња у пару манљива до те мере да се уговор мора раскинути, купац стиче право на тужбу и за другу животињу.

За „*morbis*“ и „*vitium*“ у продаји стоке важила су слична правила, с тим што је било случајева у којима су се конкретно ове карактеристике другачије тумачиле. Офилије сведочи да се оно што се класификовало као болест робова није подударало са епитетом болести животиња. Тако је кастрирани роб, на пример, иако је можда потпуно изгубио моћ репродукције, сматран здравим,⁸³ док је карактеристику „*morbis*“ добијао онај коњ коме је одсечен језик.⁸⁴ Ова правила која су, испрва, чини се помало рестриктивно, била везана само за теглећу стоку (*iumenta*), измењена су додавањем специјалне одреднице да ће се сва правила примењивати и на продају све стоке (*pecus*).

V Закључак

Модерни закони о заштити потрошача, у највећој мери под утицајем европских директива из ове области, усвајају строге стандарде одговорности трговаца за преварно, у првом реду за обмањујуће пословање. У том контексту, инсистира се на потпуној забрани било какве делатности, активне или пасивне, којом би трговци могли да доведу у заблуду просечног потрошача и тиме га наведу на доношење економске одлуке коју иначе не би донео. Наш Закон о заштити потрошача придружује се европским настојањима да се ово питање уреди по принципу објективне одговорности трговаца.

Међутим, идеја није нова. Премда се данас инсистира да је модерно право потрошача поставило у центар, за разлику од античких правних система, у првом реду римског, за које се истиче да се није помакло од доктрине *caveat emptor*, анализирано је да су управо ови правни системи зачели идеју објективизирани одговорности продавца/трговца за обмањујуће пословање. Овај правни заматак у највећој мери створен је у римском праву које врло детаљно и пажљиво регулисало случајеве продаје робова и стоке, као најчешћих ситуација у којима је долазило до појаве обмањујућег пословања. Римска јуриспруденција је зачела идеју одговорности продавца за недостатке природе ствари која умањује или у потпуности поништава њену употребну вредност, као и одговорност за активно довођење у заблуду купца или прикривање информација од значаја за његову економску одлуку.

83 D. 21. 1. 38. 7. (*Ulpianus libro secundo ad edictum aedilium curulium*).

84 D. 21. 1. 8. (*Ulpianus libro primo ad edictum aedilium curulium*).

Тиме се, у највећој мери, може закључити значајан допринос античких права модерним идејама прихваћеним у нашој модерној легислативи. Ово је још један у низу примера који сликовито одражавају став да је заједничко европско правно мишљење, оличено на темељима римског права, ништа друго до богата ризница коју наше савремено законодавство у већој мери може и треба да баштини.

Vladimir VULETIĆ, PhD

Assistant Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

HE WHO DOES NOT HAVE EYES FOR LOOKING, HAS EYES FOR CRYING: ANTIQUE INCEPTION OF FRAUDULENT BUSINESS IN THE CONTEMPORARY NATIONAL LEGISLATION

Summary

Consumer Protection Act of the Republic of Serbia of 2010 regulates the issue of unfair business, primarily fraudulent and importune business, explicitly prohibiting it. Following the EU Directive of Unfair Commercial Practices, our legislator insists on objective liability of trader for each business operation which might deceive the average consumer, and cause him make the economic decision he wouldn't have made otherwise.

Action of fraudulent business, according to our Law can be active, if trader gives incorrect information about the nature of the product, or passive, if trader withholds important information about the product that may be relevant for the consumer's decision.

The author in this paper indicates that the idea of modern law within this field is not new, but to a great extent based on the achievements of ancient legal system, especially Roman law. In support of his thesis, the author analyzes the Ancient Greek law and the Edict of Roman Curule Aedile from the Digest of Justinian, pointing out a number of examples and solutions corresponding to contemporary legal regulations.

On the basis of these results, the author seeks to highlight and underline his basic idea stating that that Roman law is the foundation and source of modern European and Serbian private law. The common legal profession's opinions and conclusions made on the traditional universal values of the Roman law might lead to possible harmonization of national and European law in general.

Key words: *fraudulent business, Consumer Protection Act, Ancient Greek law, Roman law, Digest.*

Драгољуб СИМОНОВИЋ
адвокат у Београду

УГОВОР О ТАЈМШЕРИНГУ У ДОМАЋЕМ ПРАВУ

Резиме

Овај уговор закон дефинише као уговор о временски подељеном коришћењу неокрећности. Збој економичности израза и популарности сјране речи „тајмшеринг“, аутор ће истиу користији у овом раду.

Овај уговор је доживео прави „велеслалом“ у нашој лејслајиви, нарочито по ијтању обима рејулајиве. У временско-нормативној димензији, он је био нека врста фаморјане: има ја, нема, има...

Нормативно се вратио у Србију и у смислу обима овај уговор је најредовао: чак 13 чланова у важећем Закону о заштити појрошача (у преходном – два члана). Фактички и квалитативно назадује и пример је лоше уговорне рејулајиве.

Овим радом аутор посебно жели да изрази сјав да уговору о тајмшерингу суштински није место у Закону о заштити појрошача.

Кључне речи: тајмшеринг, уговор, туризам, закон, појрошач.

I Назив

Важећи Закон о заштити потрошача¹ овај уговор именује као уговор о временски подељеном коришћењу неокрећности. Претходни Закон о заштити потрошача² избегао је да именује овај уговор, али је

1 Сл. гласник РС, бр. 73/2010.

2 Сл. гласник РС, бр. 79/2005.

садржао истоветну синтагму коју познаје важећи закон – временски подељено коришћење некретнине (*time sharing*).³

Иако ће о томе бити више речи код предмета овог уговора, овде аутор жели да скрене пажњу на широко значење речи „непокретност“ и да изрази став о неадекватности употребе те речи код уговора о тајмшерингу. Неспорно је да су непокретности зграда Правног факултета у Београду и зграда Министарства финансија, али оне не могу бити предмет уговора о тајмшерингу, иако су обе у пријатном декору зеленила.

Такође, неспорна је (или би требало да буде неспорна) туристичка димензија уговора о тајмшерингу, односно да се тај уговор односи на дугорочни закуп туристичког објекта. Према томе, у називу овог уговора требало се наћи дворечје „туристички објекат“, који је и предмет уговора, а не реч „непокретност“ генералног значења и домаћаја.

Ако се апстрахује популарни назив *уговор о тајмшерингу*, називно и садржински овај уговор треба одредити као *уговор о временском коришћењу туристичког објекта*. Управо тако он се називао у нашој ранијој легислативи – савезном Закону о праву временског коришћења туристичких објеката.⁴

II Нормативна локација

Уговор о тајмшерингу нормативно је смештен у Закон о заштити потрошача. Да ли је наведени закон адекватно нормативно „станиште“ за овај уговор?

И јесте и није...

Јесте, ако пођемо од становишта да се у процесу нормативне хармонизације домаћи законодавац наредбодавно и некритички држи онога што долази из европског законодавства, по цену нарушавања и дисхармонизације сопственог (домаћег) нормативног корпуса.⁵

3 Интересантно је да важећи Закон о заштити потрошача, који практично представља збир 15 директива Европске уније, преведених са енглеског и веома мало прилагођених домаћем законодавству и фактичком стању у Србији, у гради употребљава назив *тајм-шеринг*, док је претходни закон који је био много „самосвојнији“ садржао оригиналан назив *time sharing*.

4 *Сл. лист СФРЈ*, бр. 24/86.

5 Примера ради, члан 68 Закона о заштити потрошача прописује да потраживање накнаде штете од производа са недостатком застарева у року од три године од дана када је оштећени дознао за штету, недостатак и идентитет произвођача. У сваком случају ово потраживање застарева за десет година од дана кад је произвођач ставио у промет производ са недостатком. Наведени субјективни рок застарелости (трогодишњи) у складу је са одредбом члана 376 Закона о облигационом односима, који је матични за-

Јесте, уколико преписујемо директиве Европске уније не водећи рачуна о домаћем законодавству, чак и када се ради о нашем неспорно најбољем и најцењенијем Закону о облигационим односима, са којим „свађамо“ одредбе преведених аката из европског комунитарног права. У том процесу хармонизације настао је један чудан изговор, до скоро непознат у нашој нормативној пракси – лош превод са енглеског, као лажни алиби за проблематичан законски текст, без обзира на последице деградације домаћег правног система и законодавног корпуса.⁶

Није, ако узмемо у обзир суштину (супстанцу) бића уговора о тајмшерингу, а она је туристичка. Она није потрошачка, нарочито није заштитно–потрошачка. То што је уговор о тајмшерингу смештен у Закон о заштити потрошача није специјалност нашег потрошачког закона.⁷ Овакви нормативни потези у Србији и другим земљама учињени су под дејством препорука Европске уније.⁸

Нормативна локација овог уговора посебно је интересантна у временској димензији, у корелацији са нашим првим законом који је регулисао овај уговор. У бившој СФРЈ овом уговору био је посвећен *lex specialis* – Закон о праву временског коришћења туристичких објеката из 1986. године. Веома индикативна чињеница, за неверицу. Наша федерација, готово пред распадом,⁹ као да није имала важнија посла него да једном новом уговору посвети посебан закон.

Тај специјални закон веома кратко је трајао, свега четири године. Дерогиран је 1990, непосредно пред први наговештај распада Југославије као федералне државе, с образложењем да треба извршити даљу дерегулацију у овој области и изједначити дугорочни закуп туристичког објекта и тајмшеринг.¹⁰ Предуго је трајала та „дерегулација“ (шест година, дуже него што је трајао специјални закон).

кон у области одговорности за штету. Супротно, према истом члану 300 објективни рок застарелости потраживања накнаде штете износи пет година, док он у цитираном члану Закона о заштити потрошача износи десет година (?!).

6 На релацији Србија – Европска унија наша земља је већ доживела неке последице које се могу сматрати апсурдним и понижавајућим. Крајем 2012. ослобађајуће пресуде Готовини, Маркачу и Харадинају у великој мери су потврдиле страховања да је хашки трибунал „специјална казнионица“ за српске државнике и генерале. На прву вест реаговао сам афористички: *Од Готовине Хаџ најрави вересију*.

7 У истоветном транзиционом процесу уговор о тајмшерингу регулисан је у законима који уређују заштиту потрошача у Хрватској, Босни и Херцеговини и другим земљама у нашем окружењу.

8 Те препоруке су у складу са Директивом Европског парламента и Савета 94/47/ЕС од 26.10.1994. године о заштити купаца у вези са одређеним аспектима који се одnose на куповину права коришћења непокретне имовине на основу тајмшеринга.

9 Само пет година пре првих војно–ратних инцидената у Словенији.

10 Драгољуб Симоновић, *Коменџар Закона о заштити потрошача*, Београд, 2006, стр. 321.

Овом уговору норму за повратак у нашу легислативу стипулисао је Закон о изменама и допунама Закона о основама својинскоправних односа из 1996. године,¹¹ који давање туристичких и других пратећих објеката везује за предузеће које обавља туристичку или угоститељску делатност.

Према одредбама првог (специјалног) закона било је јасно да уговор о тајмшерингу спада у групацију туристичких уговора. Уместо да то данас (после четврт века) буде још јасније, карактер овог уговора је „замагљен“ у нормативном смислу.

Овом уговору важећи Закон о заштити потрошача посвећује веома обимну регулативу (13 чланова, чл. 111-123), али нигде изричито не помиње његову туристичку димензију, ни у огромном нормативном корпусу, ни у означавању уговорних страна.¹²

Упркос томе, аутор не одустаје од става да је овде у питању туристички уговор. Не заваља га потпуно изостајање речи „туристички“ у Закону о заштити потрошача, нити употреба речи „непокретност“ у општем (генералном) облику.

Имајући у виду чињеничну и правну супстанцу уговора о тајмшерингу, закон који регулише заштиту потрошача није права нормативна локација за овај уговор. На такав закључак упућују правно-логички и суштински разлози.

С обзиром на наведено, примереније је и „природније“ да се уговор о тајмшерингу нађе у закону који регулише облигационе односе или област туризма. Конкретно, за овај уговор било би примереније да је регулисан Законом о облигационим односима, поред осталих уговора који имају туристичку супстанцу: уговора о организовању путовања, посредничког уговора о путовању и уговора о алотману.¹³

11 *Сл. лист СРЈ*, бр. 29/96. Према одредбама члана 85а тог закона, предузеће које обавља туристичку или угоститељску делатност може давати у дугорочни закуп туристички или други пратећи објекат страном физичком или правном лицу под условима утврђеним писменим уговором. Овај уговор може се закључити најкраће на пет, а најдуже на 30 година. По истеку уговореног рока закуп се може продужити. На захтев закупца извршиће се упис дугорочног закупа у јавну књигу или на други одговарајући начин одређен законом. Дугорочни закуп у погледу кога је извршен упис има правно дејство и према доцнијем стицаоцу.

12 Код овог уговора Закон о заштити потрошача за уговорне стране употребљава генералне (универзалне) називе „трговац“ и „потрошач“, што се односи и на уговор о туристичком путовању.

13 Д. Симоновић, *нав. дело*, стр. 322.

III Предмет уговора

Одређивање предмета уговора о тајмшерингу аутор ће овде везати за питање да ли је као предмет релевантна свака непокретност или само она која има туристичку (угоститељску и сл.) намену.

Језичким тумачењем Закона о заштити потрошача основан је закључак да предмет овог уговора може бити свака непокретност. До закључка да је предмет уговора туристички објекат можемо доћи применом других метода права, нарочито циљног (телеолошког), затим помоћу правне генезе (ранији савезни закон називом, нормативно и суштински, искључиво је овај уговор везивао за туристички објекат), те упоредном анализом на релацији позитивног домаћег законодавства, имајући у виду да важећа норма Закона о основама својинскоправних односа везује овај уговор везује искључиво за туристичку и угоститељску делатност.¹⁴

Предмет уговора о тајмшерингу није свака непокретност, како могу да нас завајају непрецизне и опште формулације Закона о заштити потрошача, него објекат туристичког, односно угоститељског садржаја. По правилу, предмет уговора о тајмшерингу су туристички објекти апартманског типа.

Уз тачно опредељену смештајну јединицу, уговором о тајмшерингу прецизира се и право коришћења одређених заједничких просторија и других погодности које постоје у тајмшеринг комплексу као што су, на пример, перионица, сушионица, паркинг, базени и спортски терени.¹⁵

IV Карактеристике тајмшеринга

Право тајмшеринга је лично право његовог титулара са одређеним стварноправним елементима.

За уговор о тајмшерингу, у нашем и упоредном законодавству, предвиђена је писмена *ad solemnitatem* форма, која обезбеђује највећи

14 Према одредбама члана 1 ст. 1 ранијег специјалног Закона о праву временског коришћења туристичких објеката, уговором о давању туристичког објекта на одређено временско коришћење давалац објекта на коришћење обавезује се другој страни, примаоцу, да ће му предати одређени и назначени туристички објекат на коришћење у складу са његовом наменом и то за одређено време, док се друга страна обавезује да ће платити одговарајућу накнаду и сносити трошкове текућег одржавања и трошкове рада дела туристичког објекта који користи, како је то утврђено уговором.

15 Момир Драгашевић, „Временско коришћење туристичких објеката“, *Правни жи-вои*, бр. 11/1996, стр. 426.

степен правне заштите. Такву форму прописује и наш важећи Закон о заштити потрошача.¹⁶

Постоје разни модалитети уговора о тајмшерингу, што се нарочито односи на регулативу и праксу земаља у којима је овај уговор развијен до те мере да је у њима значајно унапредио туризам.¹⁷ Иако постоје различити модели тајмшеринга, као заједнички услови за ваљаност овог уговора појављују се: 1) захтев да се смештајна јединица прецизно дефинише; 2) утврђује се укупан период коришћења права и прецизирају временске деонице коришћења; 3) регулишу се питања пословног управљања и одржавања тајмшеринг објекта, са одређивањем учешћа ималаца права тајмшеринга у трошковима; 4) одређују се правила за пренос права тајмшеринга на друга лица *inter vivos* и *mortis causa*; 5) успоставља се заштитни механизам ималаца права у оквиру одређеног тајмшеринг пројекта, како према продавцу и његовим повериоцима, тако и у односу на остале имаоце временских деоница. Ово су обавезни елементи за ваљаност тајмшеринга.

Иако је овај уговор у нашем Закону о заштити потрошача пренормиран (13 прилично обимних чланова), наведени обавезни елементи за ваљаност тајмшеринга тешко се могу извући из његовог нормативног корпуса, без познавања других законодавних решења (европско комунитарно и упоредно право).

V Директива 94/47/ЕС

Циљ Директиве ЕУ 94/47/ЕС од 26.10.1994. је да се обезбеди минимум правила ради обезбеђења увођења заједничког тржишта и услова тајмшеринга и ради заштите купаца. Директива не захтева хармонизацију права и праксе у целини, већ само у одређеним сегментима, остављајући довољно широку слободу и разноликост варијаната у националним законодавствима. Директива нарочито ставља на знање да купац не може бити лишен заштите, а да се продавац не може ослободити одговорности коју има по Директиви.¹⁸

Уговор о тајмшерингу, према одредбама Директиве, закључује се у писменој форми и мора обухватити минимум података који обезбеђују адекватну заштиту купца. Обавезна садржина овог уговора одређена је у Анексу Директиве. Између осталих, Директива упућује да су обавез-

16 Према одредби члана 113 ст. 1 Закона о заштити потрошача, уговор о временски подељеном коришћењу непокретности закључује се у писменој форми или на трајном носачу записа (трајном медијуму).

17 На пример, у Великој Британији, Француској и Португалу.

18 М. Драгашевић, *нав. чланак*, стр. 427.

ни елементи уговора о тајмшерингу: 1) идентитет и домицил уговорних страна; 2) правна природа права које је предмет уговора (својина, закуп); 3) тачан опис и локација смештајне јединице; 4) ако је смештајна јединица у изградњи, стање изградње и разуман рок за завршетак изградње; 5) услови коришћења смештајне јединице и услуге које купац користи или може користити (струја, вода, одржавање); 6) заједничке погодности (спортски терени, сауна, базен) и услови коришћења; 7) критеријуми за одржавање непокретности, управљање и оправке; 8) тачно одређење временске деонице коришћења; 9) одређивање цене коју купац плаћа за коришћење и процена износа за плаћање заједничких погодности и режијских трошкова; 10) одредба о могућности продаје и размене права коришћења; 11) подаци о праву на поништај уговора, раскид или одустанак од истог.

Сагласно Директиви, купац може одустати од уговора без навођења разлога у року од десет дана од његовог потписивања, а поништај уговора може тражити у року од три месеца од дана закључења истог.

Пре указивања на решења важећег Закона о заштити потрошача о уговору о тајмшерингу, после навођења обавезне садржине уговора по Директиви, корисно је изрећи још неколико података о овом интересантном и перспективном уговору, пре него што дођемо на наш законски потрошачки терен, пренормиран, тешко читљив и прилично нејасан.

У условима сталног повећавања цене смештајних услуга и ограничене понуде апартманског смештаја у угоститељству, тајмшеринг се јавља као временски лимитирано право коришћења смештајних капацитета, којим се испуњавају нови захтеви туриста. Корисници одмора желе да смештајну јединицу „поседују“, односно да је користе једну или више узастопних или одвојених седмица у години у оквиру укупног (дугогодишњег) периода закупа. Купци прихватају да инвестирају у коришћење одређеног туристичког објекта (смештајне јединице), да унапред улажу средства за остварење својих туристичких циљева.¹⁹

V Важећи Закон о заштити потрошача

Релевантна Директива ЕУ у области тајмшеринга не детерминише „пресликавање“ њених одредаба у национална законодавства. Напротив, како смо видели, она не захтева хармонизацију права и праксе у целини, већ само у одређеним обавезним елементима, као што су нужни састојци, форма уговора и сл. Према томе, Директива 94/47/ЕС оставља

19 М. Драгашевић, *нав. чланак*, стр. 426.

довољно широку слободу националним законодавствима за регулативу тајмшеринга, стипулисање варијантних решења, са нагласком да купац тајмшеринга (као слабија уговорна страна) не може бити лишен заштите и, с друге стране, да се продавац не може ослободити одговорности коју има по Директиви.

Претходни Закон о заштити потрошача уговору о тајмшерингу посветио је само два члана (41 и 42), прописујући форму и минималну садржину уговора, као и право потрошача на раскид уговора ако друга уговорна страна не испуњава своје обавезе.

Важећи Закон о заштити потрошача (у даљем тексту: ЗЗП), чини се, отишао је у другу крајност, регулативом уговора о тајмшерингу у непотребном обиму – 13 чланова.²⁰ Аутор верује да се наш законодавац (предлагачи и стручне службе), уместо да искористи слободу регулативе на коју упућује Директива, определио за најлакшу, истовремено најгору, варијанту преписивања одредаба Директиве.

Аутор неће у овом чланку парафразирати одредбе ЗЗП о тајмшерингу, верујући да је то непотребно (не жели да употребљава методу *copy paste*, без обзира што су њој склони законодавац, предлагачи закона и творци нацрта законског текста), већ ће указати на неколико најзначајнијих одредаба и извршити потребна упућивања на законску регулативу, а највише ће се критички осврнути на недостатке обимне регулативе.

Када правник започне читање 13 чланова које ЗЗП посвећује уговору о тајмшерингу неминовно је да се запита зашто првом одредбом није дефинисан уговор.²¹ Треба се досетити да савремену правно-техничку композицију у Србији све чешће започињу одредбе о „значењу израза“ употребљених у дотичном закону. Дефиницију уговора о тајмшерингу управо ћемо пронаћи у нормативном корпусу означеном као „значење појединих израза“.

20 Просечан српски потрошач, по правилу, не зна шта је тајмшеринг. С обзиром на сиромаштво, многи неће ни сазнати за благодети овог облика туристичког задовољства. Кад би сазнали, зачудили би се што њихов ЗЗП тајмшерингу посвећује чак 13 чланова. С друге стране, ЗЗП који би морао бити *lex popularis* (наш је најмање то, у неком сегментима нејасан је и аутору који је једини коментатор претходног ЗЗП у Србији), проблему рекламације производа посвећује само један члан од укупно 155 чланова, док је претходни ЗЗП иако упола краћи рекламацији посвећивао неколико чланова. Не треба посебно наглашавати да је питање рекламације најзначајније за потрошаче и да се потрошачка проблематика у пракси најчешће своди на рекламацију производа и остварење права поводом ње.

21 Ту неминовност аутор види у чињеници да Закон о облигационим односима, као матични закон у области уговарања, регулативу сваког уговора започиње његовом дефиницијом из које се могу извући и основни састојци уговора (битни елементи).

Уговор о временски подељеном коришћењу непокретности (тајм-шеринг) јесте уговор којим се трговац обавезује да потрошачу да на коришћење у два или више наврата једну или више непокретности у којима се може преноћити, а потрошач се обавезује да му за то плати накнаду и закључује се на рок од најмање годину дана или са могућношћу прећутног продужења.²²

Тајмшеринг се најчешће идентификује као дугорочно право коришћења (закупа) које је подељено на временске деонице у оквиру календарске године (најчешће се деоница поклапа са седмицом).

Из овог проистиче дугорочност као особина тајмшеринга. Може се рећи да се поента тајмшеринга састоји у дугорочности коришћења (закупа) смештајне јединице, најчешће апартмана. У томе је сигурност корисника. У оквиру дужег рока он има обезбеђену временску деоницу (на пример, од 1–8. јула), те је заштићен од тзв. пребукираности. Такође, корисник је заштићен од пораста цене смештајне јединице током дугорочног закупа.

Према дефиницији из нашег ЗЗП, уговор о тајмшерингу може се закључити и на једну календарску годину („рок од најмање годину дана“), што значи одсуство дугорочности тајмшеринга (закупа).

Већ у првој уводној одредби која дефинише тајмшеринг, ЗЗП је у колизији са одредбом о року тајмшеринга коју прописује Закон о основама својинскоправних односа. Сагласно одредби члана 85а ст. 2 тог закона, уговор о дугорочном закупу туристичког објекта може се закључити најкраће на пет, а најдуже на 30 година.

Дефиницијом овог уговора у ЗЗП дугорочност као битна особина тајмшеринга практично се може „конвертовати“ у краткорочност (најмање једна година). При томе, одговарајућа непокретност (читајте „апартман“) и када се уговор закључује на једну годину, потрошачу се даје на коришћење у „два или више наврата“. Оваквим дефинисањем, по схватању аутора, тајмшеринг је неадекватно појмовно опредељен, чак обесмишљен.²³

Апартман је типична смештајна јединица у систему тајмшеринга. Аутор сматра да је ноторна чињеница (или бар неборива претпоставка) да у апартману постоје кревети и због тога га чуди инсистирање нашег законодавца у дефиницији тајмшеринга да је његов предмет „непокретност у којој се може преноћити“ (?!).

22 Члан 5 тач. 30 ЗЗП.

23 Смисао тајмшеринга је закупити апартман на дужи рок, на пример на 10 година, у апартманском комплексу „Бабе“ у деоници од 1–8. јула, ради десетогодишњег уживања у лепоти Космаја, у исто време лепоте ивањског цвећа. Према дефиницији из нашег ЗЗП, „смисао“ тајмшеринга се може наћи и у закупу апартмана на једну годину, али у више наврата, тј. четири или више пута, а најмање двапут, у истој години.

Прве одредбе у диспозитивном нормативном корпусу тајмшеринга у ЗЗП гласе: „Трговац је дужан да потрошача у примереном року пре закључења уговора о временски подељеном коришћењу непокретности тачно и потпуно обавести о подацима наведеним у стандардним информативним обрасцима за уговор о временски подељеном коришћењу непокретности, уговор о трајним олакшицама за одмор, уговор о помоћи приликом препродаје и уговор о омогућавању размене. Ово обавештење трговац је дужан потрошачу да достави без накнаде, у писменој форми или на трајном носачу записа (трајном медијуму) који је лако доступан потрошачу, на јасан и разумљив начин.“²⁴

Да ли просечан српски потрошач наведене информације на трајном носачу записа (трајном медијуму) које су му доступне „на јасан и разумљив начин“, разуме и да ли су му јасне, аутору није познато, али сумња у ту разумљивост. Ово тим пре што аутору (као потрошачу, правнику и коментатору претходног ЗЗП који није био овако „компликован“) пре свега није јасна оваква несистематска и правно-технички недоследна регулатива уговора о тајмшерингу у ЗЗП.

Правно-техничка јединица која регулише тајмшеринг у ЗЗП има број 3 и назив „*Временски подељено коришћење нејокрејносџи (тајм-шеринџи)*“, што значи да њом треба да буде обухваћена регулатива једног уговора – Уговора о временски подељеном коришћењу непокретности (уговора о тајмшерингу).

Одмах испод назива правно-техничке јединице, већ у првој одредби (члан 111 ст. 1 ЗЗП), не помиње се само уговор о тајмшерингу, иако се то основано очекује, него још три уговора: 1) уговор о трајним олакшицама за одмор, 2) уговор о помоћи приликом препродаје (чега? предмет препродаје треба одредити, а не остављати га подразумевачу) и 3) уговор о омогућавању размене (чега?).

Ово је нова законодавна појава, недоследност и несинхронизација одредаба у оквиру норми истог закона, чак у истој материји. То је непожељан додатак све широј нехармонизацији између наших закона²⁵ под „плаштом“ хармонизације домаћих прописа са правом Европске уније.

Иако је у називима правно-техничких јединица (поглавље, одељак) у ЗЗП садржан само уговор о временски подељеном коришћењу непокретности (тајм-шеринг), у диспозитивној обимној регулативи нису нормирана питања везана само за уговор о тајмшерингу, него се „у пакету“ са њим регулишу још три уговора. Та три нормативно неспрет-

24 Члан 111 ст. 1 и 2 ЗЗП.

25 Аутор је већ указао на колизију одређених одредаба ЗЗП са одредбама ЗОО и Закона о основама својинскоправних односа.

но „уметнута“ уговора, попут уговора о тајмшерингу, дефинисана су у члану који регулише „значање појединих израза“.

Уговор о трајним олакшицама за одмор јесте уговор којим се трговац обавезује да потрошачу да попуст или друге привилегије или олакшице у погледу смештаја за одмор, посебно или уз друге туристичке услуге, а потрошач се обавезује да му за то плати накнаду и закључује се на рок од најмање годину дана или са могућношћу прећутног продужења.²⁶

Уговор о помоћи приликом препродаје јесте уговор којим се трговац обавезује да потрошачу пружи помоћ приликом куповине или продаје временски подељеног коришћења непокретности или трајних олакшица за одмор, а потрошач се обавезује да му за то плати накнаду.²⁷

Уговор о омогућавању размене временски подељеног коришћења непокретности јесте уговор којим се трговац обавезује да потрошача укључи у систем размене временски подељеног коришћења непокретности, с тим да потрошачи могу да уступе узајамно на одређено време права из уговора о временски подељеном коришћењу непокретности, а потрошач се обавезује да му за то плати накнаду.²⁸

Ова три „помоћна“ уговора закључују се у истој форми као „главни“ уговор о тајмшерингу – у писменој форми или на трајном носачу записа (трајном медијуму).

Иако се регулатива уговора о тајмшерингу из ЗЗП ослања на наведену Директиву ЕУ, индикативно је да наш закон обавезну садржину овог уговора регулише на крајње упрошћен и недовољан начин. Уговор о временски подељеном коришћењу непокретности (и три „помоћна“ уговора) мора да садржи: 1) податке о датуму и месту закључења уговора; 2) име, пребивалиште и потпис потрошача; 3) назив, односно име, пребивалиште односно седиште и потпис трговца, односно име, пребивалиште и потпис овлашћеног лица трговца.²⁹ Речи „мора да садржи“ из цитиране одредбе основано упућују на закључак да је цитираном законском нормом прописана обавезна садржина уговора о тајмшерингу. Ово није чак ни квазисадржина уговора, јер су оваквом „садржином“ обухваћене само тзв. генералије уговорних страна: име (чак без презимена) потрошача, његово пребивалиште и потпис; назив односно име, седиште (пребивалиште) трговца; датум и место закључења уговора. Ово су само почетак и крај текста уговора: идентификација уговорних страна, место и датум

26 Члан 5 тач. 31 ЗЗП.

27 Члан 5 тач. 32 ЗЗП.

28 Члан 5 тач. 33 ЗЗП.

29 Члан 113 ст. 6 ЗЗП.

закључења уговора. Просто је невероватно како ЗЗП прописује „садржину“ уговора о тајмшерингу са неколико административних података. Овде заправо уопште нема садржине уговора, јер њу чине битни уговорни састојци, те права и обавезе уговорних страна. О стварној садржини уговора у оваквој „садржини“ и то „обавезној“ нема ни речи. Оваква „садржина“ је непостојећа. Аутору преостаје неверица и чуђење што наш законодавац није преписао обавезну садржину уговора о тајмшерингу из Директиве, нарочито због тога што је читав концепт новог ЗЗП претежно заснован на преписивању 15 директива ЕУ.

Како смо видели у делу овог чланка о Директиви 94/47/ЕС, она прописује 11 битних елемената обавезне садржине уговора о тајмшерингу. Упркос великом обиму регулативе посвећене овом уговору, важећи ЗЗП „садржину“ уговора своди на неколико података (генералија). Невероватан нормативни промашај и назадак у односу на решење претходног ЗЗП.

Претходни ЗЗП садржину уговора о тајмшерингу регулисао је у седам тачака³⁰ која је у највећој мери саобразна обавезним елементима уговора о тајмшерингу из Директиве. Да је бар њих законодавац преписао у важећи ЗЗП, боље би поступио од оваквог прописивања „садржине“ у три административне тачке – генералије уговорних страна, датум и место закључења уговора.

Заиста, овде смо сведоци парадоксалне ситуације. Ни описа смештајне јединице (некретнине), ни битних елемената уговора (предмет и цена, шта цена обухвата и сл.), ни основних права и обавеза уговорних страна, а ЗЗП тобоже прописује „садржину“ уговора. Ако у ЗЗП нема стварне садржине уговора о тајмшерингу, има трајног носача записа (трајног медијума) и типизације у виду „обрасца за једнострани раскид уговора“. Образац за једнострани раскид уговора о временски подељеном коришћењу непокретности (и три „помоћна“ уговора) саставни је део уговора.³¹

30 У члану 41 претходног ЗЗП, било је прописано да уговор о тајмшерингу нарочито садржи: 1) назив и седиште правног лица, односно власника који издаје некретнину, име и адресу потрошача; 2) тачан опис некретнине (локацију, категоризацију, комуналну опремљеност и друге податке везане за његову употребу); 3) права потрошача у погледу услова, начина и времена коришћења некретнине; 4) податке о степену изграђености некретнине и о року завршетка градње, ако у време закључења уговора некретнина није завршена; 5) цену употребе некретнине, која обухвата цену коришћења некретнине и све трошкове које је потрошач дужан да плати у вези са коришћењем те некретнине (такса, одржавање, употреба заједничких просторија, уређаја и др.); 6) услове замене или продаје права на временски подељено коришћење некретнине, као и трошкове у случају да замену или продају тог права спроводи трговац, односно лице које он овласти; 7) услове и начин раскида уговора.

31 Члан 113 ст. 9 ЗЗП.

Закон не утврђује садржину обрасца за једностранни раскид уговора о тајмшерингу, што је очекивано. Ако ЗЗП не прописује стварну садржину самог уговора о тајмшерингу, у таквом пропусту било би нелогично и излишно да утврђује садржину једног његовог припатка – обрасца за једностранни раскид уговора. Међутим, оно што је неочекивано, прописивање садржине наведеног обрасца ЗЗП је издигао на невероватно висок државни ниво – његову садржину прописује Влада (?!).

Садржину обрасца за једностранни раскид уговора о временски подељеном коришћењу непокретности (и три „помоћна“ уговора) прописује Влада, на предлог министра надлежног за заштиту потрошача и министра надлежног за послове туризма.³²

Иако у насловима правно–техничких јединица ни у корпусу обимних 13 чланова које посвећује уговору о тајмшерингу не помиње туристичку димензију овог уговора (предмет уговора је „непокретност“), цитирана законска одредба је „упослила“, осим Владе и министарства надлежног за заштиту потрошача, и министарство надлежно за послове туризма и то тако „важним“ задатком као што је израда предлога једног обрасца.³³

Изјави о једностраном раскиду уговора о тајмшерингу ЗЗП посвећује још три члана (115–117). Просто невероватно, али толику регулативу закон посвећује само једном питању из садржине уговора (право на једностранни раскид), а пропустио је да регулише целину садржине уговора о тајмшерингу, укључујући његове битне елементе, права и обавезе уговорних страна, садржину услуге, опис тајмшеринг јединице која се изнајмљује, цену, пратеће садржаје, одржавање итд.

Из непотребно обимног комплекса регулативе уговора о тајмшерингу у ЗЗП, са местимичним „бујицама“ сувишних речи које замагљују недостатак суштинских одредаба, аутор ће указати само још на једну одредбу која га појачава у уверењу да је законска регулатива овог уговора веома лоша. Ако трговац није доставио потрошачу образац за једностранни раскид уговора у писменој форми или на трајном носачу записа (трајном медијуму), потрошач може једнострано да раскине уговор, односно предуговор о временски подељеном коришћењу непокретности, уговор односно предуговор о трајним олакшицама за одмор, уговор односно предуговор о помоћи приликом препродаје и уговор односно предуговор о омогућавању размене временски подељеног коришћења непокретности у року од годину и 14 дана од дана пријема закљученог уговора, односно предуговора.³⁴

32 Члан 113 ст. 10 ЗЗП.

33 Нажалост, ова регулатива има елемената фарсе. Влада и наведена министарства у области заштите потрошача имају много важнија питања, укључујући и стратешка, од израде и прописивања обрасца за једностранни раскид уговора о тајмшерингу.

34 Члан 115 ст. 1 ЗЗП.

Каква непотребно гломазна норма, са пет пута употребљеном речју „односно“! Како тежак законски стил и за правнике, а камоли за просечног српског потрошача. Какве бујице речи, са понављањима, а плодови се не назиру. Цитирана одредба је добар егземплар за нормативно тежак и садржински лош исказ у целом законском тексту. Лоше законске одредбе, односно веома лоше. Ни трага ни гласа од остварења потребе да ЗЗП буде разумљив свима, *lex popularis*.

Шта значи рок „од годину и 14 дана“ из цитиране одредбе? Аутор није кадар да другачије разуме тај рок осим овако: целина уговорног односа код тајмшеринга може да се успостави и на годину дана, с обзиром на прописани рок уговора од најмање годину дана (члан 5 тач. 30 ЗЗП), а потрошач потом једнострано може да раскине уговор у року од годину и 14 дана приде, рачунајући од дана пријема закљученог уговора (?!).

Аутор се повлачи пред изазовом даљег опсервирања и тумачења оваквих законских одредаба, чак и по цену потенцијалног епитета „интелектуалне и правно-језичке ограничености“ да схвати „рашомонске“ путање у тексту ЗЗП, донетог у процесу хармонизације са правом Европске уније.

VII Погодности тајмшеринга

Погодности тајмшеринга су велике. Оне су у функцији задовољавања туристичких потреба грађана (потрошача) и присутне су код обе уговорне стране.

Погодности за хотелијере (даваоце права тајмшеринга) огледају се нарочито у систему финансирања, кроз могућност поделе трошкова изградње хотелског објекта, апартманског насеља и сл. Учешће већег броја ималаца права тајмшеринга у структури финансирања олакшава изградњу како главних туристичких објеката, тако и објеката туристичке инфраструктуре, као што су: ресторани, базени, сауне, фитнес центри, тениски и други спортски терени, перионице, сушионице итд.³⁵

Погодности тајмшеринга појачавају интерес хотелијера за обезбеђење дугорочног пласмана смештајних капацитета. У условима опште туристичке конкуренције за даваоце тајмшеринга исказују се и следеће предности: у систему континуираног коришћења кроз непрекинути низ временских деоница туристички објекти се попуњавају и у вансезони; сталност коришћења има значајну мотивациону улогу да хотелијери стално обогаћују туристичке садржаје; увећање туристичког промета, како проширењем смештајних јединица и добијањем нових корисника,

35 М. Драгашевић, *нав. чланак*, стр. 438.

тако и чињеницом да су имаоци права тајмшеринга сигурна и верна клијентела.

С друге стране, тајмшеринг исказује низ погодности за потрошаче, односно имаоце права тајмшеринга. Између осталог, они за дужи период обезбеђују смештај на одабраној туристичкој локацији, а заштићени су од пораста цена туристичких аранжмана, што је нарочито значајно у случају инфлације.

Даље, тајмшеринг није обавезно и круто везивање за исту туристичку дестинацију на дуги период, са могућом опасношћу изазивања досаде и кајања код корисника тајмшеринга због закљученог уговора. Еластичност уговарању тајмшеринга, између осталог, даје то што постоји могућност замене права коришћења смештајних јединица са другим потрошачима (закупцима), као и могућност трајног или привременог уступања права коришћења трећим лицима.³⁶

Све ове погодности уговора о тајмшерингу не могу се лако извући из гломазних и лоше садржински опредељених одредаба ЗЗП о овом уговору, осим мукотрпним трагањем и повезивањем одредаба које регулишу уговор о тајмшерингу и три „помоћна“ уговора, посебно уговора о помоћи приликом препродаје права коришћења смештајне јединице и уговора о омогућавању размене права коришћења са другим потрошачима.

Предности тајмшеринга аутор је превасходно спознао путем истраживања других правних извора. На том путу, нажалост, одредбе важећег ЗЗП посвећене уговору о тајмшерингу нису му чак ни помогле.

VIII Закључак

Ни обимније, ни горе³⁷ регулативе посвећене једном уговору од оне коју ЗЗП садржи о уговору о тајмшерингу.

36 Д. Симоновић, *нав. дело*, стр. 323.

37 Иако је аутор један од ретких српских правника који у последњим деценијама пишу о језику права, мисли је да се у овој правној и правно-критичкој опсервацији уговора о тајмшерингу неће упустати у језичку димензију проблема. Ипак, овде чини изузетак. На то га је подстакла употреба речи „гори“. Реч „гори“ је компаратив придева „лош“. Још у првом стадијуму основне школе (до четвртог разреда), учећи компарацију – градацију придева, ђаци сазнају да придеви „добар“ и „лош“ представљају изузетке. Тако, компаратив и суперлатив придева „добар“ су „бољи и најбољи“ (а не „добрји и најдобрји“, што нико не грешти), а од придева „лош“ компаратив је „гори“, а суперлатив „најгори“ (а не „лошији и најлошији“). Просто је невероватно колико у пракси греше интелектуалци (државници, професори, новинари...) употребом погрешног компаратива „лошији“ (по процени аутора, у преко 90% случајева).

Овом уговору, по оцени аутора, ЗЗП посвећује преобимну регулативу, а веома лошу садржински, пуну непотребних и компликованих гомила речи, а са правним празнинама управо тамо где се оне не смеју појавити. У преобимној регулативи овог уговора правне празнине су довеле до тога да уговор о тајмшерингу у ЗЗП није ваљано нормиран. Невероватно, али то је уговор без прецизно опредељеног предмета, без прописане садржине (са неколико административних података), без прецизно утврђених права и обавеза уговорних страна, практично без битних елемената уговора... без онога што чини квалитетну регулативу уговора, а узор за то постоји у нашем матичном Закону о облигационим односима.

Да ли је за лошу регулативу овог уговора довољно оправдан разлог нужност хармонизације домаћег законодавства са правом Европске уније?

Аутор даје одречан одговор. То је више изговор, готово неубедљив као онај који се истиче као „лош превод са енглеског“.

Ако смо тајмшеринг „морали“ да хармонизујемо са одговарајућом Директивом ЕУ, отвара се ново питање: зашто то нисмо добро учинили? У Директиви је веома квалитетно уређена садржина уговора о тајмшерингу. Зашто то није тако у ЗЗП? Боља је и „ресавска школа“ у нужди од правне празнине код најважнијих сегмената уговора: садржине, битних састојака, предмета, права и обавеза уговорних страна...

Случајно или намерно, аутор подсећа да је за Двдесети сусрет правника у привреди (Врњачка Бања, 2011) написао рад *Ко пише законе у Србији?*

Заиста, ко пише законе у Србији?

Dragoljub SIMONOVIĆ
Attorney at Law, Belgrade

THE AGREEMENT OF TIMESHARING IN DOMESTIC LAW

Summary

The law defines this contract for the use of time-divided property. Because of the economy and the popularity of the foreign word “sharing”, the author will use the same word in this work.

This contract has experienced a true giant in our legislation, particularly regarding the scope of regulation.

This contract has been normatively returned to Serbia and has progressed in terms of volume – even 13 articles of the valid law on the protection of consumers (in the past – two articles). However, factually and in quality has declined. It is an example of bad contract regulation.

With this work the author would particularly like to express the view that there is no place in the consumer protection for the contract of timesharing.

Key words: *timesharing, agreement, tourism, law, consumer.*

Борко МИХАЈЛОВИЋ

сарадник у настави Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

КАКО ПОБОЉШАТИ ЗАШТИТУ ПОТРОШАЧА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ?

Резиме

Закон о заштити потрошача Републике Србије из 2010. године донећ је, пре свега, у циљу подизања области заштите потрошача на стандардни ниво и усклађивања српског законодавства са правом Европске уније. У Закон о заштити потрошача имплементирано је 15 кључних изв. потрошачких уједињава ЕУ, чиме је, барем на нормативном плану, извршено усклађивање нашег потрошачког права са правом ЕУ. Међутим, многе одредбе овог закона нису заживеле у пракси. Након нешто више од две године његове примене, постало је јасно да су измене и дојуне закона неминовност. Њихово усвајање очекује се у току 2013. године. У раду се указује на поједина питања која би требало да буду предмет најављених измена и дојуна и предлажу се промене у вези са тим питањима, а у циљу побољшања права заштите потрошача у Србији. Издвојена су следећа питања: потреба за проширењем појма потрошача и концепта уједињеног потрошача, унапређивање колективне заштите потрошача и потреба за ефикаснијим остваривањем права потрошача на образовање.

Кључне речи: *Закон о заштити потрошача, потрошач, уједињени потрошач, колективна заштита потрошача, право потрошача на образовање.*

I Увод

Закон о заштити потрошача Републике Србије из 2010. године¹ донет је, пре свега, у циљу подизања области заштите потрошача на стратешки ниво и усклађивања српског законодавства са правом Европске уније (у даљем тексту: ЕУ). Поред ових стратешких циљева доношења ЗЗП, основни практични разлози за доношење овог закона су тежња за вишим нивоом заштите потрошача у Србији, стварање модерног система заштите, увођење нових инструмената заштите, прилагођавање промењеном социоекономском окружењу и новим стандардима заштите, превазилажење непримењивости ранијих решења услед недоречености и нејасноћа итд.

У ЗЗП имплементирано је 15 кључних тзв. потрошачких упутстава ЕУ. Одредбе тих упутстава добрим делом постале су део права заштите потрошача Србије. На тај начин, барем на нормативном плану, извршено је усклађивање нашег потрошачког права са правом ЕУ, чиме је испуњен један од стратешких циљева доношења ЗЗП. Али, иако је доношењем закона постигнута формалноправна усклађеност са правом ЕУ, не може се рећи да је закон у пракси заживео. Многе његове одредбе су готово непримењиве. Више је разлога за то. Нека решења су само преузимана из права ЕУ, без сагледавања наше друштвене стварности и могућности, односно немогућности, примене таквих решења. У појединим областима видљива је тежња и за превазилажењем стандарда ЕУ, иако у друштвеној стварности још увек нису испуњени услови ни за остваривање минималних стандарда. Разлог за непримену ЗЗП је и присутност свих проблема карактеристичних за тржишта земаља у транзицији. Међу тим проблемима посебно се истичу: низак ниво свести/знања становништва о питањима заштите потрошача, немогућност разумевања уговорних одредаба, непостојање или неадекватно означавање цена, непотпуно означавање производа, информациона асиметрија, непостојање ефикасних механизма правне заштите потрошача у решавању спорова (неажурно судство, малобројна правна средства колективне заштите потрошача, неразвијено вансудско решавање потрошачких спорова) итд.²

Протоком времена од доношења ЗЗП, па надаље, захтеви за његовим изменама постајали су све учесталији и бројнији. Данас је сасвим јасно и извесно да до тих измена мора доћи, на њима се већ ради, а коначна реализација се очекује до краја 2013. године. Предмет овог

1 Закон о заштити потрошача (*Службени гласник РС*, бр. 73/2010; даље у фуснотама и у тексту: ЗЗП).

2 Влада Републике Србије, Нацрт Стратегије заштите потрошача Републике Србије (2013–2018), Београд, 2013, доступно на адреси: <http://civilnodrustvo.gov.rs/media/2013/03/NACRT-STRATEGIJE-ZASTITE-POTROSACA-ZA-PERIOD-2013-2018-godine-SA-AKCIONIM-PLANOM.pdf>, 2.4.2013.

рада су само нека питања, која би, по нашем мишљењу, свакако, требало узети у обзир при доношењу предстојећих измена, а то су: потреба за проширењем појма потрошача и концепта угроженог потрошача, унапређивање колективне заштите потрошача и потреба за ефикаснијим остваривањем права потрошача на образовање.

II Проширење појма потрошача

У праву ЕУ, као и у националним правима држава чланица и држава које претендују то да постану, појам потрошача дефинисан је углавном на исти начин. Постоје два конститутивна елемента појма потрошача: да је то физичко лице и да то физичко лице закључује потрошачки уговор у сврху која је ван његове пословне или професионалне делатности. Тако је и у ЗЗП потрошач дефинисан као физичко лице које на тржишту прибавља робу или услуге у сврхе које нису намењене његовој пословној или другој комерцијалној делатности.³ На тај начин и у нашем праву је прихваћена *рестриктивна* дефиниција потрошача.

Међутим, у правној литератури постоје неке недоумице у вези са појмом потрошача. Тако се поставља питање да ли се на правила о заштити потрошача могу позивати физичка лица код уговора које закључују делом у оквиру своје пословне делатности, а делом ван те делатности (тзв. мешовити послови). Затим, да ли та правила важе за физичка лица код уговора закључених уз ангажовање посредника коме је то професионална делатност, као и за физичка лица која су закључила уговор у циљу стицања добити, ако у тренутку његовог закључења нису обављала трговинску или професионалну делатност (оснивачи привредног друштва). Постоје, такође, мишљења да је појам потрошача потребно проширити на мала правна лица која закључују уговоре изван своје пословне или професионалне делатности (тзв. нетипични уговори малих правних лица).⁴ Тако су у складу са принципом минималне хармонизације, на којем је заснована већина тзв. потрошачких упутстава ЕУ, поједине државе чланице ЕУ, попут нпр. Аустрије, прошириле појам потрошача и на поједина правна лица. У пракси Европског суда правде (у даљем тексту: ЕСП), у циљу очувања правне сигурности, појам потрошача је примењен рестриктивно.

Најновије Упутство ЕУ о правима потрошача из 2011. године⁵ усваја поменути рестриктивну дефиницију потрошача. Међутим,

3 ЗЗП, чл. 5 тач. 1.

4 Драган Вујисић, „Заштита потрошача у праву Европске Уније и праву Србије“, *Право и привреда*, бр. 7-9/2011, стр. 204-210.

5 Directive 2011/83/EU of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the

проширење доноси тачка 17 образложења Упутства о правима потрошача, којом је предвиђено да се потрошачем сматра свако физичко лице које према целокупним околностима уговор није већински закључило у пословне сврхе. На овај начин дошло је до повећања заштите у односу на досадашњу праксу ЕСП, који је у случају мешовитих уговора заштиту пружао само када је пословна сврха „толико споредна“, да игра потпуно подређену улогу.⁶ Зато је потребно дефиницију потрошача и у нашем праву ускладити са најновијим променама у праву ЕУ и појам потрошача проширити на тзв. мешовите послове које физичко лице *већински* закључује ван своје пословне или професионалне делатности. Када ће се сматрати да је посао већински закључен изван пословне или професионалне делатности неког физичког лица фактичко је питање, на које ће одговор давати судови, уз уважавање релевантне праксе ЕСП.

ЗЗП води рачуна о посебним потребама угрожених потрошача, али само када је у питању пружање услуга од општег економског интереса. Угрожени потрошач је потрошач који због економског или друштвеног положаја, услова живота, посебних потреба или других тешких личних прилика, прибавља услугу од општег економског интереса под нарочито отежаним условима.⁷ Предвиђено је и постојање националног програма заштите угрожених потрошача, којим се утврђују мере подршке програмима трговаца за повећање приступачности услуга од општег економског интереса угроженим потрошачима, а који доноси Влада Републике Србије на предлог министра надлежног за послове заштите потрошача и министра надлежног за послове социјалне политике.⁸

У складу са тенденцијама које постоје на нивоу ЕУ, постојећи концепт угроженог потрошача треба проширити на све одредбе ЗЗП, тј. треба му дати значај општег начела о којем ће се водити рачуна приликом тумачења и/или спровођења свих одредаба ЗЗП.⁹ Широко коришћени концепт угроженог потрошача заснива се на идеји о угрожености као ендогеној појави и циља на хетерогене групе које се састоје од лица која се, на трајној основи, сматрају оваквим због њиховог психичког, физичког или психолошког инвалидитета, узраста, лаковерности или пола.

Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council.

6 Златан Мешкић, „Директива 2011/83/ЕУ о правима потрошача од 25. октобра 2011. године“, *Нова правна ревија*, бр. 1/2012, стр. 46.

7 ЗЗП, чл. 84 ст. 1.

8 ЗЗП, чл. 85 ст. 1 и ст. 2.

9 Thierry Bourgoignie, Татјана Јованић, „Листа предложених амандмана на Закон о заштити потрошача од 2010. године“, Београд, 2012, доступно на адреси: <http://www.zapotrosace.rs/CMS/download/lista-amandmana-na-zakon-o-zastiti-potrosaca.pdf>, 1.4.2013, стр. 8.

Концепт обухвата и угрожене потрошаче који се налазе у стању привремене немоћи која произилази из јаза између њиховог индивидуалног стања и карактеристика, с једне стране, и њихове спољашње средине, с друге стране, узимајући у обзир критеријуме као што су образовање, друштвена и финансијска ситуација (нпр. презадуженост), приступ интернету итд.¹⁰ Угроженим потрошачима обично се сматрају деца, старије особе, хендикепирана лица, потрошачи са ниским примањима, мигранти итд. Ипак, концепт угроженог потрошача не сме се схватити апсолутно. Примера ради, деца или старије особе неће се увек и у свакој ситуацији сматрати угроженим потрошачима. Судови би у сваком конкретном случају морали да процењују да ли се неко лице у том случају може сматрати угроженим потрошачем.

III Колективна заштита потрошача

Значај заштите колективних интереса потрошача на нивоу ЕУ уочен је још 1998. године, када је усвојено Упутство о судским и управним забранама за заштиту интереса потрошача (у даљем тексту: Упутство). Ово Упутство је било предмет вишеструких измена, да би 2009. године било усвојено ново Упутство са истим називом,¹¹ а у циљу систематизовања свих тих многобројних измена на једном месту. Српски законодавац је приликом доношења ЗЗП имао у виду и одредбе поменутог Упутства. Међутим, не може остати непримећено да је у овој области хармонизација нашег права са правом ЕУ на недовољно потребном нивоу. Зато би приликом разматрања даљег развоја колективне заштите потрошача у Републици Србији, најпре, требало узети у обзир релевантне одредбе Упутства. Од значаја за колективну заштиту потрошача у домаћем праву су и одредбе Закона о парничном поступку,¹² којим је, као један од посебних парничних поступака, регулисан поступак за заштиту колективних права и интереса грађана.

У чл. 137 ЗЗП предвиђено је да потрошач чије је право или интерес повређен може да поднесе захтев за покретање поступка: забране неправичних уговорних одредаба у потрошачким уговорима; забране непоштеног пословања; за одузимање противправно стечене користи.

10 European Parliament – Committee on the Internal Market and Consumer Protection, Report on a strategy for strengthening the rights of vulnerable consumers (2011/2272(INI)), Brussels, 2012, доступно на адреси: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2012-0155&language=EN>, 3.4.2013.

11 Directive 2009/22 /EC of the European Parliament and of the Council on 23 April 2009 on injunctions for the protection of consumer's interest.

12 Закон о парничном поступку (Службени гласник РС, бр. 72/2011; даље у фуснотама и у тексту: ЗПП).

Исти тај захтев могу да поднесу и удружења потрошача и њихови савези који испуњавају законом предвиђене услове, због *повреде колективних интереса потрошача*.¹³ Према томе, у нашем праву остваривање колективне заштите потрошача могуће је само у случају кршења законских одредаба о неправичним уговорним одредбама у потрошачким уговорима и непоштеном пословању. Анексом Упутства, пак, наведен је списак од 13 тзв. потрошачких упутстава ЕУ, чија повреда може да доведе до активирања механизма колективне заштите потрошача.¹⁴ Како је предмет колективне заштите потрошача, према ЗЗП, знатно ужи него предмет заштите одређен Упутством, требало би проширити тај предмет заштите, на начин на који је то учињено Упутством. С друге стране, прописивањем могућности подношења захтева за одузимање противправно стечене користи, која Упутством није предвиђена, може се рећи да је делом и проширена заштита потрошача у односу на право ЕУ.¹⁵ Међутим, остаје отворено питање како се овај захтев може реализовати у пракси, с обзиром да се у чл. 143 ЗЗП, којим су регулисане мере које суд може да донесе у поступку забране неправичних уговорних одредаба и забране непоштеног пословања, не помиње могућност изрицања мере одузимања противправно стечене користи.

Упутство уводи појам „овлашћени ентитет“ који означава тело или организацију која има законити интерес да се стара о поштовању колективних интереса потрошача и која је овлашћена за покретање поступка колективне заштите потрошача. У улози овлашћеног ентитета могу се појавити једно или више независних јавних тела (у државама у којима таква тела постоје, која су посебно одговорна за заштиту колективних интереса потрошача) или организације чија је сврха да штите интересе потрошача (потрошачка удружења и савези).¹⁶ Државама чланицама ЕУ остављена је потпуна слобода приликом одређивања овлашћеног ентитета у оквиру ове две врсте субјеката. У нашем праву тужбу за заштиту колективних интереса потрошача могу да поднесу овлашћена удружења и савези. Међутим, код нас потрошачка удружења и савези још увек нису довољно развијени и немају моћ да утичу на пословање нарочито

13 О појму колективних интереса потрошача види: Милена Јовановић Zattila, „Мере колективне заштите потрошача – *pro et contra*“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2011, стр. 223–224.

14 Упутство за заштиту потрошача у вези уговора склопљених ван пословних просторија, Упутство о пакет путовањима, пакет одморима и пакет аранжманима, Упутство о заштити потрошача у вези дистанционих уговора итд.

15 Душица Палачковић, „О судској грађанскоправној заштити потрошача према Закону о заштити потрошача Републике Србије“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2011, стр. 193.

16 Упутство, чл. 3.

великих компанија, које најчешће крше колективне интересе потрошача. Зато решење прихваћено у нашем праву није најцелисходније. Како механизам колективне заштите потрошача не би био препуштен још увек недовољно развијеним организацијама потрошача, за наше право је најприхватљивији тзв. *мешовити* приступ. Овај приступ подразумева да би потрошачке организације, свакако, остале субјект овлашћен за покретање поступка, али би то овлашћење поделиле са још неким субјектом, односно државним органом (нпр. посебно тело формирано унутар надлежног министарства).

У судском поступку по поднетом захтеву, надлежни суд може да: огласи ништавом сваку неправичну уговорну одредбу у потрошачком уговору и утврди да је одређено пословање непоштено, у складу са ЗЗП; наложи трговцу да без одлагања обустави уговарање неправичних уговорних одредаба у пословању са потрошачима и непоштено пословање са потрошачима; утврди обавезу трговцу да о свом трошку исправи део огласа који се према одредбама ЗЗП сматра непоштенем пословањем; наложи трговцу да у средствима јавног информисања о свом трошку објави да му је одлуком надлежног суда изречена мера забране неправичних уговорних одредаба у потрошачким уговорима или мера непоштеног пословања.¹⁷ Како је неопходно проширење предмета колективне заштите, што је напред поменуто, потребно је извршити и прилагођавање мера које суд доноси у поступку колективне заштите потрошача. Суду би требало дати и овлашћење да наложи трговцу да, уколико је то могуће, уклони штетне последице које су настале услед кршења релевантних законских одредаба. Тиме би могао бити решен проблем несклада врсте поступака из чл. 137, које могу да покрену законом овлашћена лица и мера које суд може да донесе према чл. 143 ЗЗП. Јер, усвајањем шире формулације „уклањање штетних последица“ била би обухваћена и могућност одузимања противправно стечене користи од трговца, која може бити једна, али не и једина, штетна последица недозвољеног понашања трговца. Уз све то, суд би ове мере морао да донесе у хитном поступку, као што је то предвиђено Упутством.¹⁸

Упутством је предвиђено да државе чланице ЕУ могу да уведу или задрже на снази одредбе по којима лице које намерава да тражи забрану недозвољеног понашања може да започне поступак само пошто је покушало да дође до прекида прекршаја кроз консултације са туженим или и са туженим и овлашћеним ентитетом. Трајање претходних консултација је ограничено. Уколико прекид прекршаја није постигнут у року од две недеље пошто је захтев за консултације примљен, подносилац захте-

17 ЗЗП, чл. 143.

18 Упутство, чл. 2 ст. 1(а).

ва може без даљих одлагања да покрене поступак за доношење судске забране.¹⁹ Према одредбама ЗЗП, подносилац захтева за покретање поступка забране неправичних уговорних одредаба у потрошачким уговорима и непоштеног пословања дужан је да пре подношења тог захтева позове другу страну да спор реше вансудским путем.²⁰ Поступак вансудског решавања потрошачког спора покреће се прихватањем предлога за вансудско решавање потрошачког спора друге стране, у зависности од врсте вансудског поступка у коме се решава потрошачки спор, на основу предлога потрошача, односно удружења потрошача или њиховог савеза.²¹ Према томе, у нашем праву су прихваћене тзв. обавезне претходне консултације у виду претходног покушаја вансудског решења спора. Међутим, у ЗЗП није одређено у ком року је трговац дужан да се изјасни о предлогу потрошача, односно удружења потрошача или њиховог савеза, о вансудском решењу спора. Ова неусклађеност нашег права са Упутством *de lege ferenda* може бити решена на два начина. Први начин је потпуно укидање тзв. обавезних претходних консултација, што би било у складу са решењима усвојеним у већини држава чланица ЕУ, у којима оне нису обавезне, зато што се страхује да би могле непотребно да развуку поступак колективне заштите потрошача. Други начин је задржавање тзв. обавезних претходних консултација, али не у виду вансудског решења спора, већ у форми обавезног писменог упозорења трговцу да ће бити покренут судски поступак, уколико у року од 14 дана не престане са недозвољеним поступањем. Наравно, странке у спору би и у једном и у другом случају имале могућност, на факултативној основи, да спор реше вансудским путем.

Упутством је, у циљу обезбеђивања извршења одлука надлежних органа, предвиђена мера којом се туженом, у случају да не поступи по одлуци суда у одређеном року, налаже да плати у јавне сврхе или кориснику одређеном националним прописима утврђени износ за сваки дан закашњења или други износ предвиђен националним прописима.²² ЗЗП је предвиђено да ако трговац против кога је донета правноснажна судска одлука не поступи по тој одлуци у остављеном року, свако лице које има за то оправдани интерес, може да поднесе суду захтев за доношење мере одузимања противправно стечене користи.²³ Употребом термина „одузимање противправно стечене користи“ за меру која има потпуно другачију суштину (санкција за неизвршење правноснажне судске пре-

19 Упутство, чл. 5 ст. 1.

20 ЗЗП, чл. 144 ст. 1.

21 ЗЗП, чл. 133.

22 Упутство, чл. 2 ст. 1(ц).

23 ЗЗП, чл. 146 ст. 1.

суде) од оне која произилази из њеног назива, законодавац уноси забуну и отвара дилему да ли постоји веза између ове мере и захтева за одузимање противправно стечене користи из чл. 137 ЗЗП. Оправдано је претпоставити да ове две мере нису у вези једна са другом и да имају различиту сврху, као и време примене (једна је део поступка, а друга следи након спроведеног поступка), а дилема би могла бити решена заменом термина „мера одузимања противправно стечене користи“ из чл. 146 другим адекватнијим термином. Алтернатива би могао бити термин „санкција за непоступање по одлуци суда“, који се користи у хрватском праву, а у правној литератури постоје и друге могућности.²⁴

У Стратегији политике заштите потрошача (2007-2013) Европска Комисија подвлачи значај накнаде штете потрошачима указујући да би требало размотрити спровођење широке акције усмерене на јачање механизма колективне накнаде штете за потрошаче услед повреде правила о заштити потрошача.²⁵ У француском праву направљена је разлика између два механизма колективне заштите: заштите колективних интереса потрошача и заједничке тужбе појединачно оштећених лица. У првом случају организација потрошача овлашћена је да поднесе тужбу због повреде колективних интереса потрошача, а сваки износ досуђен на име накнаде штете припада организацији потрошача. И у другом случају поступак воде овлашћене организације потрошача, али за разлику од претходног поступка, ова тужба се подноси у индивидуалном интересу потрошача. Тужба може бити поднета када је неколико познатих (именованих) појединаца претрпело индивидуалну штету, која има заједнички извор и коју је проузроковао исти трговац.²⁶ Накнада штете, утврђена у судском поступку, припада потрошачима/појединцима. У српском праву није направљена јасна разлика између ове две ситуације. Зато би се и за српско право могло предложити решење којим би се, по узору на француско право, направила разлика између два поменута механизма колективне заштите потрошача.

У домаћој судској пракси до сада нема случајева остваривања колективне заштите потрошача. Тек недавно покренути су неки поступци за остваривање ове врсте заштите. Иако је и раније било предлога за покретање поступка за остваривање ове заштите, исти нису реализо-

24 Види: Катарина Иванчевић, „Заштита интереса потрошача сагласно одредбама Директиве 98/27/ЕС у Европској унији и српском праву“, *Право и привреда*, бр. 7-9/2011, стр. 272.

25 Commission of the European Communities, EU consumer policy strategy 2007-2013, Brussels, 2007, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/consumers/overview/cons_policy/doc/EN_99.pdf, 5.4.2013.

26 Duncan Fairgrieve, Geraint Howells, „Collective Redress Procedures – European Debates“, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 58, issue 2, 2009, стр. 388.

вани углавном због недостатка финансијских средстава. Проблем недостатка финансијских средстава у будућности би, под условом да колективна заштита потрошача заиста заживи у пракси, могао бити решен на следећи начин. Накнада штете, која је настала повредом колективних интереса потрошача – потрошача чији се идентитет не може утврдити, требало би да припадне удружењима потрошача. Онда би се тако добијена средства у успешно окончаним парницама издвајала за трошкове који ће настајати у неким каснијим споровима. Ни на нивоу ЕУ механизам колективне заштите потрошача није постигао очекиване резултате, с обзиром да су потрошачи имали само ограничене користи од њега. При том, наилазили су на мноштво проблема који су им отежавали коришћење овог механизма, међу којима се као главни истичу, такође, трошкови поступка.²⁷

IV Образовање потрошача

Данас, у савременим условима живљења, образовање потрошача је изузетно актуелно и неопходно, а због чињенице да се потрошачи свих старосних доба, који припадају различитим друштвеним групама, суочавају са компликованим изборима са далекосежним последицама.²⁸ Савремено тржиште је комплексно и брзо се мења. Оно је под све већим утицајем савремене технологије, глобализације, нападаог рекламирања, иновативних производа и услуга. Уз то, различитих производа и услуга на тржишту је све више, они су све доступнији потрошачима. Уз бројне позитивне стране оваквог тренда развоја тржишта, постоји и једна негативна. Мноштво потрошача не може правилно да донесе одлуку о избору између свих тих бројних производа и услуга (нпр. просечан супермаркет који потрошачи скоро свакодневно посећују има око 26.000 артикала). Поједина истраживања у Великој Британији показују да се 41% потрошача сматра „преплављеним“ изборима који им се пружају.²⁹ Изазови су посебно велики, ако се узму у обзир опасности које са собом носе електронско пословање и куповина преко интернета.

Образовање потрошача се може дефинисати као планска активност подизања способности потрошача на виши ниво, унапређивања знања потрошача и модификовања понашања потрошача приликом

27 D. Fairgrieve, G. Howells, *нав. чланак*, стр. 401.

28 Carol Brennan, Katrina Ritters, „Consumer education in the UK: new developments in policy, strategy and implementation“, *International Journal of Consumer Studies*, volume 28, issue 2, 2004, стр. 98.

29 Carol Brennan, Martin Coppack, „Consumer empowerment: global context, UK strategies and vulnerable consumers“, *International Journal of Consumer Studies*, vol. 32, 2008, стр. 310.

доношења потрошачких одлука, закључивања уговора и евентуално приликом постављања захтева за накнаду штете.³⁰ Образован потрошач је онај потрошач који разуме информације које су му представљене, зна да преговара, правилно расуђује и доноси разумне одлуке, тј. одлуке које су у складу са његовим економским интересима, поставља питања, а када су му повређена права, зна да има право на жалбу и на који начин то право може да оствари. Исто тако, образован потрошач зна да располаже својим новцем, где може да добије савет, да разликује чињенице од преварних реклама и да разуме последице свог понашања. Концепт едукације потрошача има за циљ стварање таквих образованих потрошача, потрошача који покрећу тржишни развој и повећавају конкуренцију. Све то у крајњој линији може да доведе до квалитетнијих производа и услуга, који ће се продавати по нижим ценама, што је, свакако, један од основних циљева права заштите потрошача. Поред тога, информисан и образован потрошач најпре може да подстакне поштедно тржишно пословање и да спречи преваре трговаца, као и да сузбије понашања трговаца која за циљ имају недозвољен утицај, пре свега, на угрожене, лаковерне потрошаче.

Образовање потрошача је интегрални део политике заштите потрошача ЕУ. Оно има кључну улогу у оснаживању потрошача, помагању потрошачима да стекну вештине и знања која су им потребна да правилно доносе потрошачке одлуке у складу са својим економским интересима и да осигурају своје здравље и безбедност. Још 1986. године Европски Савет министара образовања усвојио је резолуцију о образовању потрошача у основним и средњим школама, указујући на значај познавања права потрошача код деце и младих. Међутим, то не значи да мере образовања потрошача треба усмерити само према деци и младима, већ образовање треба да постане континуирани процес у животу сваког појединца/потрошача. Стратегија заштите потрошача Европске комисије (2007-2013), као први од три главна циља, истиче оснаживање потрошача. Оснаженом потрошачу су потребни реални избори, тачне информације, транспарентно тржиште и поверење које произилази из ефикасне заштите и чврстих права потрошача.³¹ Тако су на нивоу ЕУ спроведене бројне акције у циљу образовања потрошача. Примера ради, у оквиру пројекта „Европски дневник – избор је на теби“ Европска комисија је промовисала едукацију потрошача у школама. У оквиру пројекта подељено је око 2.300.000 примерака промотивног материјала у 17.000 школа у свих 27 држава чланица ЕУ.³² Овакве акције

30 С. Brennan, M. Coppack, *нав. чланак*, стр. 308.

31 Commission of the European Communities, EU consumer policy strategy 2007-2013.

32 European Commission, Europa Diary – It's your choice, Brussels, 2007, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/consumers/cons_info/cons_diary2007-2008/agenda_mt.pdf, 7.4.2013.

могу да послуже као позитиван пример и за Србију, у којој до сада тако широка акција едукације потрошача није спроведена.

Једно од осам основних права потрошача гарантованих у ЗЗП је право потрошача на образовање – стицање основних права и вештина потребних за правилан и поуздан избор производа и услуга, као и знања о основним правима и дужностима потрошача и начину њиховог остваривања.³³ Међутим, закон само дефинише појам права на образовање, али не дефинише начин реализовања тог права. Овакав приступ није добар, поготово ако се има у виду да су оба наша ранија закона о заштити потрошача садржала одредбу којом је било предвиђено да се право на образовање остварује у образовним установама (предшколским установама, школама, факултетима), удружењима потрошача, организовањем посебних курсева, семинара, саветовања, у складу са програмом надлежног органа, као и путем средстава јавног информисања (радио, телевизија, штампа итд.).³⁴ Значај остваривања права на образовање не може се посматрати одвојено од права потрошача на обавештеност. Може се рећи да је остваривање права потрошача на обавештеност условљено претходним остваривањем права на образовање. Јер, неспорно је да информисање само по себи није довољно и да су потрошачима неопходне способности да обавештења која добију претворе у ефективно знање, на основу кога ће доносити рационалне потрошачке одлуке.³⁵ И док су остваривању права потрошача на обавештеност посвећене бројне одредбе ЗЗП, дотле је остваривање права на образовање у другом плану. Једино је прописано да активност удружења потрошача и њихових савеза, између осталог, нарочито обухвата информисање, образовање, саветовање и помоћ потрошачима у решавању проблема потрошача.³⁶

Нацртом Стратегије заштите потрошача Републике Србије од 2013. до 2018. године као једна од активности која би требало да буде спроведена у наведеном периоду предвиђена је већа информисаност и подизање свести јавности о правима и интересима потрошача. Предложене су и мере за спровођење те активности: организовање активности и кампање подизања свести о кључним питањима у области заштите потрошача; организовање догађаја којима се обележава Светски дан права потрошача; подршка активностима удружења за заштиту потрошача у складу са правилима њихове репрезентативности и одређеним критеријумима; унапређење интернет странице којом управља Одељење за заштиту потрошача као платформе за пружање информација потро-

33 ЗЗП, чл. 2 тач. 7.

34 Закон о заштити потрошача (*Службени гласник РС*, бр. 79/2005), чл. 57 ст. 2.

35 С. Brennan, М. Corrack, *нав. чланак*, стр. 307.

36 ЗЗП, чл. 128 ст. 1. тач. 1.

шачима, трговцима и другим актерима, као и средство за интерактивну комуникацију; увођење емисија о заштити права и интереса потрошача у телевизијске и радијске програмске шеме.³⁷

Имајући у виду све напред речено о значају образовања потрошача, а узимајући у обзир да се у Србији овом питању не посвећује одговарајућа пажња, чини се да је од великог значаја за остваривање високог нивоа заштите потрошача у нашој земљи предузимање мера усмерених на унапређивање образовања потрошача. У том процесу кључну улогу морају да одиграју удружења потрошача. Пре свега, неопходно је увођење потрошачких тема у наставне планове и програме основних и средњих школа. Тиме би се дугорочно обезбедило едуковање грађана о њиховим основним правима која имају као потрошачи. Затим, пожељна је израда посебне националне стратегије, која би се односила само на питања образовања потрошача. Та стратегија треба да буде резултат заједничког рада свих удружења потрошача. Приликом њене израде треба имати у виду да сваки потрошач има своје индивидуалне потребе и способности и да треба пронаћи различите начине како би мере образовања допреле до сваког појединачног потрошача. Ту се посебно мисли на специфичне потребе угрожених потрошача и чињеницу да би њиховом образовању требало посветити већу пажњу и имати другачији приступ у односу на просечне потрошаче. Од удружења потрошача се очекује што чешћа организација масовних акција усмерених на упознавање потрошача са њиховим правима и начинима остваривања истих. Али, да би удружења такве акције могла да спроведу неопходно је обезбедити им адекватна финансијска средства из буџета Републике Србије намењена за те потребе.

V Закључак

У складу са проширењем појма потрошача које доноси ново Упутство ЕУ о правима потрошача из 2011. године, потребно је најављеним изменама и допунама ЗЗП проширити појам потрошача и у нашем праву на тзв. мешовите послове које физичко лице *већински* закључује ван своје пословне или професионалне делатности. Поред тога, концепт угроженог потрошача који се сада примењује само у вези са остваривањем права потрошача у области услуга од општег економског интереса потребно је поставити као хоризонтално правило, о којем ће се водити рачуна приликом тумачења и/или спровођења свих одредаба ЗЗП.

37 Влада Републике Србије, Нацрт Стратегије заштите потрошача Републике Србије (2013–2018).

Како у ЗЗП није направљено јасно разграничење између заштите индивидуалних и колективних интереса потрошача, потребно је, пре свега, одредбе о заштити колективних интереса потрошача издвојити у посебно поглавље. Највећи ограничавајући фактор остваривања колективне заштите потрошача у досадашњој пракси – проблем недостатка финансијских средстава, треба решити усмеравањем новчаних средстава, која су припала удружењима потрошача у успешно окончаним споровима, за финансирање трошкова у неким будућим споровима. Такође, тежиште треба ставити на тзв. превентивну колективну заштиту потрошача, јер судски поступак, који за собом вуче значајне трошкове и дугачак временски период трајања, ипак, треба да представља последње средство борбе против несавесних трговаца.

У циљу ефикаснијег остваривања права потрошача на образовање потребно је увођење потрошачких тема у наставне планове и програме школског образовања. Удружења потрошача треба што чешће да спроводе масовне акције усмерене на упознавање потрошача са њиховим правима и начинима остваривања истих. Коначно, како би се образовање потрошача одвијало плански, потребно је усвајање посебне националне стратегије која би се односила само на питања образовања потрошача. Остваривањем права на обавештавање и образовање на прави начин избегава се судски поступак, јер *обавешћени и образовани потрошачи* једноставније и брже решавају све проблеме на које наилазе на тржишту.

Borko MIHAJLOVIĆ

Junior Faculty Member at the Faculty of law University of Kragujevac

HOW TO IMPROVE THE CONSUMER PROTECTION IN THE REPUBLIC OF SERBIA?

Summary

Consumer Protection Act of the Republic of Serbia in 2010 was adopted primarily in order to increase consumer protection at the strategic level and to harmonize Serbian legislation with EU law. Fifteen key consumer directives of EU were implemented in the Consumer Protection Act, and, at least at the normative level, the harmonization of our consumer law and EU law was achieved. However, many of the provisions of this law are not habituated in practice. After more than two years of implementation, it became clear that the amendments to the law are inevitable. Their adoption is expected in 2013. The paper points

to some questions that should be subject to the announced amendments and proposed changes in relation to these issues and to improve consumer protection law in Serbia. The following issues are selected: the need to expand the concept of the consumer and the concept of vulnerable consumers, promotion of collective protection of consumers and the need for effective implementation of the rights of consumers of education.

Key words: *Consumer Protection Act, the consumer, the vulnerable consumer, the collective protection of the consumer, the consumer's right to education.*

МЕЂУНАРОДНО ПРИВРЕДНО ПРАВО

др Александар ЂИРИЋ

редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

ТРАДИЦИОНАЛНА И САВРЕМЕНА УЛОГА ДРЖАВЕ КАО СУБЈЕКТА МЕЂУНАРОДНИХ ТРГОВИНСКИХ ОДНОСА*

Резиме

Аутор је посветио свој рад анализи положаја и улози државе као субјекта међународних трговинских односа (МТО), савлађујући је, најпре, у фокус њене улоге у традиционално познатим друштвеним условима. У првом делу рада се анализира поимање државе као субјекта МТО, у оквиру кога се указује на њену улогу као субјекта оштрих међународних пословних односа. Након тога, посебна пажња посвећена је променама положаја државе у условима глобализоване привреде света.

Аутор констатира да се механизам балансирања („trade off device“), између система слободније трговине, установљене правом Свешке трговинске организације, с једне стране, и класичној сувереној права држава чланица да регулаторним мерама остварују заштитну социјалних јавно-правних интереса, са друге стране, заснива на примени изв. „принципа пропорционалности“. У раду је образложена суштина примене „двосмислености шеста“ овој темељној начела у јавно-правној сфери МТО.

У закључцима о новом положају државе и функцији њеној циља, констатира се да највише пораста тема свих промена фаворизује оне које

* Рад је резултат истраживања на Пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу, бр. 179046, који финансира Министарство образовања и науке Републике Србије.

су погодне за брзу примену, као и постојеће које се могу лако адаптирати. Глобализација у њом контексту, више поједује установама грађанској друштва, као и транснационалним команијама, а мање државама и међувладиним организацијама. У целини то доводи до слабења улоге влада појединих држава, као и националних система вредности. Стратешке одлуке о даљем развоју света, укључујући и међународну привину, све више ће се доносити на планетарној основи. Полако, помало, али све сигурније, установавају се начела контролисаног привредног развоја појединих делова наше Планете, не на државном, већ на светском, суверанационалном, нивоу.

Кључне речи: држава, међународни провински односи, Светска провинска организација, принцип пропорционалности, шест пропорционалности.

I Уводне напомене

Разумевање положаја државе, као субјекта међународних трговинских односа (МТО), подразумева анализу њене позиције и државног циља, сагласно начелима њене привредне и трговинске политике. При томе се сопствени економски и други интереси, који су уско повезани са националним, политичким и општим функцијама државе, као организоване друштвене заједнице, традиционално сматрају легитимним објектом заштите.

Ефикасност државне функције у односу на сопствено грађанско друштво се може посматрати са два полазишта: објективног и субјективног. Објективни допринос државе се процењује, на основу њеног деловања, на општи и заједнички развој друштва. Субјективни допринос државе се мери резултатима њеног учешћа у конкретним односима уговорне и друге природе. Сагласно томе, потребно је разликовати државни циљ од државне функције. Прва категорија је фундаменталнија и шира, док је друга специјалнија и ужа.¹ Све функције државе су усмерене на реализацију њених бројних циљева, који утичу на развој друштва сагласно његовим концептуалним, нормативним, организационим и другим карактеристикама.

У традиционалном смислу, свака држава у својству субјекта МТО, иступа као учесник општих односа у оквиру којих остварује своју оригиналну или деривативну регулаторну функцију, или као учесник непо-

1 Радомир Лукић, *Политичка теорија државе*, Београд, 1962, стр. 203-206.

средних пословних односа. То потврђује да су МТО део система економских односа једне земље са иностранством, који зависи од националне спољнотрговинске политике и од међународно усвојених норми у области трговинског промета робом и услугама.

У модернизованим условима одвијања међународне трговине, многобројна питања се више не решавају само на нивоу националних држава, већ се она стављају у фокус глобалних процеса. Савремени свет, готово у свим областима, а пре свега у сектору међународних трговинских односа, егзистира на закономерностима глобализације, а светска привреда показује тенденцију ка сопственом профилисању у јединствен комплекс. Институционални оквир глобализоване међународне привреде је Светска трговинска организација (*World Trade Organization – WTO*).

Међузависност структуре у светској привреди, данас, за разлику од ранијег периода, не допушта једностране одлуке националног карактера. Прописи које у оквиру своје законодавне надлежности доносе државе на унилатералној основи, не могу да задовоље нормативну функцију у односу на бројне и разноврсне међународне трговинске односе.

Савремени међународни трговински правни поредак све више карактерише процес хармонизације и унификације правних правила. Она постају независна од политичких, идеолошких, или економских интереса појединих држава, на чијим се територијама налазе седишта њихових субјеката и учесника међународних пословних операција.

Вредност униформности правних норми заснована је и на аргументу да ће трговачка активност расти и по обиму и по структури, уколико буду уклоњене баријере настале због правне несигурности, узроковане упоредним разликама у законодавствима појединих држава.

Рад треба да одговори на питање да ли се и у којој мери положај државе, као субјекта међународних трговинских односа, у савременим условима, променио. Да ли се сужава њен ниво самосталности у вођењу економске и трговинске политике, унилатералног националног карактера и које последице из тога могу проистећи?

II Традиционално поимање државе као субјекта МТО

1. Држава као субјект општих МТО

Правило, са класичним, традиционалним призвуком, је да државе ступају у МТО у складу са начелима своје привредне политике, тежећи реализацији општих економских интереса, који су уско повезани и са

политичким циљевима. Каталог економских права и обавеза држава на међународном плану је утврђен у Повељи о економским правима² и обавезама³ држава из 1974. године.

Превасходни задатак државе, у својству јавно-правног учесника МТО, је да у границама своје законодавне власти, определи окви-ре за оптималан наступ својих привредних субјеката на међународном тржишту. Она уређује статус пословних субјеката који се налазе под њеним суверенитетом. Поред тога, држава одређује нормативне услове за обављање МТО и привредних делатности у иностранству својих субјеката, као и страних привредних организација у реализацији њиховог делокруга рада на њеном унутрашњем тржишту. При томе, национални извори права појединих држава у наведеним областима, показују изразиту међусобну сличност (енгл. *Common core*). Они су по свом пореклу национални, али се примењују и на правно регулисање међународног трговачког промета.

Држава учествује у МТО у својству носиоца суверених овлашћења (јавне власти – *iurae imperii*) и чиниоца међународне заједнице. У тој

- 2 Према Повељи државе имају право да: а) изаберу свој привредни и економски систем, форме и средства привредног развоја, искоришћавање ресурса, спровођење реформи; б) слободно остварују суверенитет над својим природним богатствима и ресурсима; в) спроводе национализују, експропријацију, као и да регулишу и контролишу иностране инвестиције, делатност транснационалних компанија (ТНК) на својој територији; г) учествују у МТО и другим видовима привредне сарадње; д) да закључују двостране и мултилатералне споразуме у области међународне привредне сарадње; њ) учествују у субрегионалној, регионалној и међурегионалној сарадњи у циљу привредног развоја; е) као земље у развоју имају право да пружају трговачке преференцијале другим земљама у развоју, без обавезе да их примењују у трговинским односима са привредно развијеним државама.
- 3 Обавезе, од којих су за МТО од посебног значаја, су:
 - а) предузимање мера у циљу развоја међународне трговине, на основама узајамне користи, једнаких могућности и узајамног признавања статуса најповлашћеније нације; б) учвршћивање принципа универзалности у МТО; в) уздржавање од доношења норми унутрашњег правног поретка које су препрека међународној трговини; г) уздржавање од свих облика дампинга; д) јачање мултилатералног трговинског система и поштовање дисциплине у оквиру система права СТО; њ) забрана предузимања мера које су усмерене на повреду суверених права других држава, у циљу прибављања користи; ж) сарадња у оптималном искоришћавању ресурса, који припадају већем броју држава; е) забрана предузимања принудних мера у циљу прибављања повољнијег режима за иностране инвестиције; и) обезбеђење реалне компензације у случајевима национализације, експропријације имовине страних држава и њихових правних и физичких лица; ј) забрана подвргавања других држава дискриминацији; к) примена система преференција развијених држава у корист земаља у развоју; л) сарадња у процесу либерализације светске трговине и уклањања препрека њеном развоју; љ) вођење политике у оквирима субрегионалних, регионалних и међурегионалних интеграција у складу са интересима међународне трговинске и привредне сарадње, уз уважавање интереса трећих држава; м) очување и заштита човекове околине.

улози она закључује међународне трговинске споразуме са другим државама и међународним организацијама.

Поред уговорне активности, држава и бројним другим мерама подстиче делатност својих привредника на међународном плану. У својству субјекта општих трговинских односа, она учествује у раду међународних трговинских и других организација привредног карактера, како на универзалном, тако и на регионалном плану. Државе уређују своје односе на подлози посебних споразума о чланству, прихватајући општа правила појединих међународних организација, или учествујући у њиховом раду, у својству нечланица, на *ad hoc* основи.

2. Држава као субјект међународних пословних односа

У циљу задовољења својих потреба, држава иступа у својству уговорне стране у појединим привредним уговорима и пословима МТП имовинско-правне природе. Тиме она и сама непосредно ступа у пословне односе и то како са другим државама, тако и са осталим субјектима МТП. У том смислу је она носилац имовинских права и обавеза (лат. *iurae gestionis*) и непосредни је пословни субјект МТП. У пословима ове врсте држава закључује уговоре чији је предмет промет робе, вршење услуга и промет новца. Карактеристични послови из ове групе су уступање различитих имовинских права, којима држава располаже (уступање права искоришћавања одређеног обновљивог или необновљивог природног добра-концесија, јавно-приватно партнерство и сл.). Држава, код уговора о међународној продаји, може бити у улози купца, или продавца различите врсте робе, која јој је неопходна у вршењу њених јавних функција (аутомобили, авиони, бродови, житарице, опрема, сировина, наоружање, уговори о грађењу резиденцијалних и других објекта и сл.). Посебно је значајна њена улога у пружању гаранција по основу уговора које њени привредни субјекти закључују са међународним финансијским организацијама.

Нема правних сметњи да држава буде уговорна страна и код низа других послова МТП: уговора о трампи, закупу, послузи, уговора о зајму и сл. У свим односима ове врсте, држава, по правилу, има једнак правни положај као и друга уговорна страна која може бити трговачко друштво, или други пословни субјект. Дакле, држава у односима ове врсте не иступа као носилац јавне власти (*iurae imperii*), већ као субјект са правима и обавезама приватно-правне природе (*iurae gestionis*).

III Промена положаја државе у условима глобализоване привреде света

Ваља подвући да је атрибут јавно-правног деловања, који карактерише улогу државе у савременим МТО, попримио нове садржаје. Државе све интензивније остварују своје националне трговинске политике на нивоу међународних организација и у сарадњи са другим државама. Такав процес је данас познат као институционализација и мултилатерализација МТО. Државе настоје не само да усагласе садржаје својих привредних и трговинских политика (енгл. *Commercial policies*), већ оне теже реализацији заједничких тржишта, царинских унија, зона слободне трговине и других облика дугорочне трговинске сарадње.

Самосталност држава у области трговинске и законодавне политике у сфери МТО се сужава на рачун права међународних трговинских институција, пре свега, Светске трговинске организације. Преузимањем права и обавеза по основу чланства у међународним организацијама, држава на деривативан начин обавезује своје субјекте, који учествују у МТО, на поштовање међународног регулаторног оквира.

У савременим међународним односима све је израженији супранационализам, као метод политичког одлучивања, који карактерише поверавање међународним организацијама доношење одлука већином гласова. Суштинска карактеристика одлучивања супранационалном методом је у чињеници да држава, чији представници у међународној организацији нису гласали за одређену одлуку, може бити приморана да је спроводи, јер ју је већина чланица усвојила.

Тако је, на пример, општи правни постулат права *WTO* заснован на тзв. „заштити интереса очекивања“. Полази се од колективне обавезе свих држава чланица, међу којима се остварује око 98% целокупне трговинске размене у свету, да поштују правила и принципе установљене споразумима донетим у оквиру *WTO*. Уколико било која чланица својим мерама повреди „интерес очекивања“ било које друге чланице, чланица, чији су интереси повређени, има право да покрене процедуру решавања спора.⁴ Одлуке надлежних органа за решавање спорова указују на

4 *Ratio* ове заштите може се илустровати следећим примером. Држава А је дала концесије држави Б на увоз текстила. Олакшице нису од значаја у моменту када су одобрене, већ имају значај у будућности. Произвођачи текстила из других држава чланица заснивају, на тако преузетој обавези државе А према држави Б, сопствене пословне одлуке у погледу обима и квалитета производње, инвестиција и територијалне дистрибуције робе. Наведена обавеза државе А је „мултилатерализована“ применом начела највећег повлашћења (енгл. „*Most Favoured Nation Principle*“ – „*MFN*“). Дејство овог начела, из чл. I *GATT*-а, је мултилатерализовано, тако што је обавеза, коју је држава А преузела приступањем СТО, постала обавеза према

уважавање става да систем права *WTO* штити „интерес очекивања“, заснован на „колективистичком и мултилатерализованом карактеру обавезе држава чланица“. Тако је, у извештају Органа за решавање спорова *WTO*, у спору „*EC-Computer Equipment*“⁵, истакнуто да, „без обзира што је обавеза државе чланице заснована на споразуму о узајамним трговинским концесијама, закљученим са другом конкретном државом чланицом, таква обавеза је мултилатерализацијом, постала заједничка обавеза према свим државама чланицама“ (пар. 159 Извештаја).⁶

Појава *WTO*, као институционалног оквира светске трговине, је и сама резултат процеса глобализације, који је захватио све области живота и све углове наше Планете. Она подразумева промене у друштвима, култури и светској привреди, које доводе до наглог пораста међународне размене (у трговини, култури, људима, идејама и сл.). Глобализација се често примарно посматра са аспекта привреде и тада се у први план ставља њен учинак на либерализацију трговине односно на развој „слободне трговине“. Међутим, глобализација обухвата много шире аспекте друштва.⁷

Уједињене нације под глобализацијом, у привредном смислу, подразумевају смањење и уклањање баријера између државних граница како би се олакшао проток роба, услуга, капитала и радне снаге.⁸

свим државама чланицама СТО, а не само према држави Б. Из наведеног примера јасно је да обавеза државе А (мултилатерализована дејством клаузуле највећег повлашћења), има дејство на правну ситуацију других држава чланица СТО: оне ову обавезу „присвајају“ као премису чију примену очекују у односу на привредне субјекте под својим суверенитетом, који такође, на подлози исте вере, доносе своје пословне одлуке. Овакво „очекивање“ (односно интерес очекивања – „*expectation interest*“), заслужује правну заштиту. Ту правну заштиту обезбеђују норме садржане у систему споразума СТО. Видети: Александар Ђирић, *Међународно трговинско право, Општи гео*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2010.

5 Видети: „*EC – Customs Classification of Certain Computer Equipment*“, *WT/DS62/AB/R*, adopted 5 June 1998, para 109; „*United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*“, *WT/DS285/AB/R*, adopted 7 April 2005 (пар. 159–160. Извештаја), доступно на адреси: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/285abr_e.doc, 1.4.2013.

6 Исти став је заузет и у спору „*India-Patent Protection*“, видети: „*India – Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products Report of the Panel*“, 5. септембар 2007, *WT/DS50/R* (пар. 5. 20. Извештаја), доступно на адреси; http://www.tripsagreement.net/documents/PanelDecisions/WTDS50R_E.doc, 1.4.2013. Видети више у: Предраг Цветковић, „О праву Светске трговинске организације: асиметрија права и обавеза као кључна детерминанта“, *Теме*, бр. 2/2009, стр. 499.

7 Видети: www.wikipedia.org.

8 *Summary of the Annual Review of Developments in Globalization and Regional Integration in the Countries of the ESCWA Region by the United Nations Economic and Social Commission for Western Asia*, доступно на адреси: <http://en.wikipedia.org/wiki/Globalization#Definitions>, 2.2.2011.

Међународни монетарни фонд дефинише глобализацију као „стално растућу економску међузависност држава кроз повећање обима међудржавног промета добара и услуга, слободнијег протока капитала, и све бржег и ширег простирања нових технологија“.

На основу дефиниције Светске банке, глобализација значи широку „могућност појединаца и корпорација да успоставе међународне послове са лицима из других земаља“.

У теорији се глобализација привреде дефинише као „блиска интеграција држава и народа која води енормном смањену трошкова транспорта, комуникација и руши вештачке баријере прекограничних токова робе, услуга, капитала, знања и радне снаге“.⁹

Дакле, глобализација, са привредног аспекта, представља тенденцију преображаја светске привреде у јединствено тржиште робе, услуга, капитала и радне снаге. У том контексту је дошло до либерализације и до тзв. треће фазе интернационализације међународне трговине.¹⁰

Дакле, резултати привредне глобализације се испољавају у чврстим привредним везама на глобалном нивоу, уз истовремено сужавање сувереног капацитета држава у области привреде.

1. Неопходност баланса државних и глобалних интереса

Сходно променама улоге државе и нових захтева савремених међународних трговинских односа, дошло је и до појава нових руководних идеја на којима се заснива баланс интереса државе и глобализованог светског тржишта. Међу њима је свакако најважнија примена принципа пропорционалности. Он представља својеврсно средство балансирања („*trade off device*“), између система слободније трговине,¹¹ установљене

9 О томе: Thomas Friedman, *The Lexus and the Olive Tree: Understanding Globalisation*, First Anchor Books, 2000, стр. 9.

10 Прву фазу интернационализације међународних односа (50–60-их година XX века) карактерише кључна улога трговине у економским развојним процесима. Брз раст трговине, уз ограничавање трговинских рестрикција, омогућава компанијама да лакше приступе страним тржиштима, као и да развију међународно пословање (плитка интеграција – *shallow integration*).

Другој фази (70–80-их година) основно обележје даје рецесија изазвана нафтном кризом која доприноси увођењу процеса дерегулације, приватизације, интеграције финансијских тржишта уз значајан раст кретања капитала.

Доминација капиталних над трговинским токовима долази до пуног изражаја средином 80-их и у 90-им годинама, када наступа трећа фаза глобализације са доминантном улогом страних директних инвестиција. Обим, динамика инвестиционих кретања добијају обележје основне моторике економских збивања савременог развојног тренутка и основног фактора растућих облика међународне међузависности.

11 Начело слободније трговине постаје руководни принцип у раду WTO. Њени споразуми чине систем правила отворене конкуренције, који треба да одвоји корек-

правом *WTO*, с једне стране, и сувереног права држава чланица да регулаторним мерама остварују заштиту сопствених јавно-правних интереса, са друге стране.

Дакле, циљ система пропорционалности се исцрпљује у успостављању равнотеже између остваривања начела слободније трговине и очувања права држава чланица да сопственим мерама штите јавне интересе. Са тог аспекта његова примена у праву *СТО* не само да није спорна, већ је и нужна. У основи принципа пропорционалности је идеја „оптимизације“ деловања правних норми, што га чини предметом интересовања теоретичара заокупљених разматрањем улоге правних начела у различитим правним системима. Принцип се не помиње изричито у споразумима из оквира *WTO*, али егзистира под другим називима (неопходност – „*necessity*“; мере са мање рестриктивним трговинским дејством – „*last trade restrictive measures*“). Са друге стране, одсуство

тно од некоректног понашања учесника у *МТО*. Основни инструменти слободније трговине у *СТО* су: начело најповлашћеније нације; начело националног третмана; избегавање ван царинске заштите; колективно снижавање царина (кроз рунде преговора); међусобне консултације чланица о значајним трговинским мерама; транспарентност трговинских политика држава-чланица.

СТО прокламује принцип либерализације, односно слободније трговине, а не потпуно слободне трговине. Слободнија трговина подразумева обавезу држава чланица да преговорима стално настоје да постепено смањују препреке у међусобној трговини. У односу на постигнуте договоре примењује се институт консолидације, који подразумева обавезу чланица да поштују постигнуте споразуме о царинској либерализацији и другим питањима од значаја за развој начела слободе трговине. Процес либерализације и слободније трговине, који своје упориште налази у *GATT*-у, подразумева:

- а) обавезу држава да уклоне, или сведу на допуштени ниво, препреке за обављање *МТО*, као што су забране и ограничења увоза или извоза, уз право на примену царинских дажбина, пореза, такси;
- б) обавезу снижавања висине царинских оптерећења, као и избегавање примене пореских дажбина према иностраној роби, које имају дискриминациони, протекционистички или фискални карактер;
- в) право држава на узајамно снижење царинских дажбина;
- г) инсистирање чланица на уклањању незаконитих трговинских забрана и ограничења, као и право на примену контра мера;
- д) иницирање држава-чланица на учешћу у изради нових мера у циљу отклањања постојећих препрека у *МТО*.

Слободнија трговина обухвата и право на слободну и фер конкуренцију свих трговинских субјеката на међународном тржишту, уз обезбеђење истих услова за све учеснике *МТО*. Начело либералне и слободније трговине *СТО* подразумева право на заштиту легитимних националних интереса сваке државе чланице, али и право да друге државе чланице, учествујући у међународној трговинској размени, поштују правила понашања установљена нормама *СТО* система, као и обезбеђење правног механизма за усаглашавање разлика ставова држава чланица у процесу успостављања и реализације конкретних *МТО*.

његовог номиновања није спречило панелисте у споровима пред форумима СТО да га идентификују и примене његову садржину.

Начело има дводелну структуру и подвргава се тзв. „двостепеном тесту пропорционалности“. Тест је лакмус за утврђивање истовременог постојања:

- а) јавно-правног националног интереса, који се штити административном мером државе чланице и
- б) „интереса очекивања“ других држава чланица да ће конкретна држава поштовати њихова права, сагласно правилима СТО.

Најпре се анализом утврђује легитимност и допуштеност предузетих мера државе у интересу остварења њених протекционистичких циљева „*in abstracto*“. Након тога се цени неопходност (*necessity*) конкретно предузетих мера. Утврђује се чињеница да ли су конкретни легитимни интереси државе, могли да се реализују применом мера које у мањем обиму отежавају реализацију начела слободе трговине (друга фаза теста пропорционалности – процена „*in concreto*“). Тест треба да покаже да ли, чланом XX Општег споразума о царинама и трговини (GATT), изузетно допуштене унилатералне мере државе, у конкретним околностима угрожавају „интересе очекивања“ других држава чланица WTO.

Државе су дужне да своје трговинске прописе учине јасним и транспарентним,¹² тежећи њиховој унификацији и хармонизацији. У том смислу, унификацију ваља разумети као метод изградње јединствених супститутивних међународних извора права, изједначавањем постојећих државних националних норми, без маргине у разликама. Предмет унификације су материјалне, процесне и колизионе норме, којима се уређују како општи, тако и пословни МТО. Истиче се да државни прописи не могу да задовоље регулативну функцију за масу међународних трговинских односа, при чему је поштовање заједничких правила предуслов изласка националних привреда на светско тржиште. Она све више попримају глобални карактер, са снажним утицајем на сужавање националног законодавног капацитета држава. Истовремено, унификација правила међународне трговине је само један, и то врло значајан инструмент савремених промена, које воде у денационализацију и „глобализацију“ правне мисли.

12 На пример, члан 3 Општег споразума о трговини услугама (GATS), предвиђа да ће свака чланица објавити одмах или, у ванредним околностима, најкасније даном њиховог ступања на снагу, све релевантне мере опште примене које се односе на извршење или утичу на Споразум. Такође ће бити објављени међународни споразуми у којима је земља чланица уговорна страна, а који се односе или утичу на трговину услугама. Више видети: А. Ђирић, *нав. дело*.

Таква појава се често критикује, уз аргумент да она води стварању „опне за заштиту корпоративних интереса“.¹³ Са друге стране, када се ради о „јавно-правном сегменту, занемарени су интереси потрошача, малих и средњих пословних ентитета“, неразвијених и држава у развоју. Истина је да тенденција унификације, привилеговањем приватне на рачун сфере јавно-правног регулаторног утицаја националних држава, води денационализацији капитала и његовом издвајању из сфере утицаја националних власти. Овакав процес је у складу са реконфигурацијом појма суверенитета држава у условима глобализације. Процес унификације правних правила међународне трговине је само један, али врло значајан сегмент глобализационог процеса. Бенефити које он доноси су неспорни и доприносе ефикасности трговинске размене. Као правни феномен, унификација је у функцији „глобализације правне мисли“.¹⁴ Стога су унификација и хармонизација суштински одраз процеса глобализације, коме оне дају легитимацију као реално постојећем феномену.

2. Нови положај државе и функција њеног циља у условима глобалних промена

Нагли пораст темпа свих промена фаворизује учеснике међународних трговинских односа који су прилагођени брзим променама и адаптацији захтевима новог времена. Глобализација у том контексту, погодује установама грађанског друштва, транснационалним компанијама (ТНК), а мање државама и међувладиним организацијама. У целини то доводи до слабљења улоге влада појединих држава, као и националних система вредности. Глобалне промене умногоме превазилазе објективне и субјективне способности контроле, њиховог правног и другог нивоа уређивања, као и укупног прилагођавања. Услед тога настају последице у виду распада институционалних система у појединим областима, заостајања у привредном развоју, као и негативног државног националног биланса у трговинској размени са светом.

Стратешке одлуке о даљем развоју света, укључујући и међународну трговину, све више се доносе на планетарној основи. Полако, помало, али све сигурније, установљавају се принципи контролисаног

13 Видети: Allan E. Farnsworth, „Unification and Harmonization of Private Law“, *Harmonization and Change, Workshop Papers from the Twenty-fifth Annual Workshop on Commercial and Consumer Law*, Faculty of Law, University of Toronto, 1995, стр. 82–88.

14 Видети: Joseph Perillo, „UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: The Black-letter Test and Review“, *Fordham Law Review*, Vol. 63, No. 2/1994, стр. 292. Аутор ову тврдњу износи у контексту UNIDROIT начела за међународне трговинске уговоре.

привредног развоја појединих делова наше Планете, не на државном, већ на светском, супранационалном, нивоу.

Слободнија трговина подразумева обавезу држава чланица да преговорима стално настоје да постепено смањују препреке у међусобној трговини.¹⁵

По мишљењу антиглобалиста, глобализација подрива државни сектор и слаби систем социјалне помоћи.¹⁶ На форуму *WTO* у Сиетлу постављено је питање избора између „слободне трговине“ и „националног суверенитета“, при чему се указивало на противуречности тих института. Било је радикалних предлога да се напусте све шеме „глобализације“ у интересу повратка мерама државног „протекционизма“, које су се примењивале после Другог светског рата, посебно до 1958. године, сагласно Бретонвудским споразумима.¹⁷

У процесу међународне поделе рада, паралелно са међународним, егзистира и међуклановски, међукорпоративни правни поредак. Геополитички и геоекономски односи у свету снажно утичу на трансформацију садржине привредне улоге државе, као субјекта тих односа, аутоматски јој мењајући обележја њеног политичког и привредног суверенитета. Држава, као субјект креирања права, доведена је у позицију да ту своју улогу делимично делегира бројним другим субјектима. У том смислу, све сигурније долази до установљавања новог модела светског правног система, који је резултат процеса глобализације и нових односа у свету.¹⁸

15 Светислав Табороши, „Светска трговинска организација и СРЈ“, *Право и привреда*, бр. 5-8/1996, стр. 562.

16 На плакатама демонстраната, антиглобалиста у Сиетлу поводом отварања форума *WTO* 2002. године појавио се натпис: *WTO – World Thieves Organization* (Светска Лоповска Организација), што је илустрација читавог спектра привредно-економских, политичких, социјалних, национално-етичких и других бројних противуречности, које притискају свет у целини, али и поједине државе и регионе.

17 Предлагане су следеће мере: а) напуштање монетарног система уз примену пливајућег курса и увођење фиксне паритетне вредности валута, по систему „златног важења“, што би омогућило каматне ставке за дугорочне кредите (5-30 година) намењене развоју на нивоу око 1%; б) обезбеђење унутрашње финансијске контроле кретања капитала и валутних курсева на подлози суверености националних влада; в) успостављање механизма споразума о царинама и трговини којима би се штитио пољопривредни и индустријски развој на нивоу држава, који би био у функцији развоја међународне привредне и трговинске сарадње.

18 Савремени процес глобализације показује тенденцију брисања баријера у промету робе, услуга, новца, капитала, радне снаге и знања. Главни носиоци тог процеса су транснационалне корпорације (ТНК). Реч је о мегакорпорацијама, које су значајно утицале и на креирање делокруга рада међународних институција (Међународни монетарни фонд, Светска банка, Светска трговинска организација), преко којих одлучујуће утичу на ток МТО. Основ глобализације чини мрежа ТНК, која је до-

Глобализација међународне трговине, тражи одговор на питање: како обезбедити одговарајући правни оквир међународне трговинске размене? Питање се мора сагледати у светлу чињенице да у свету не постоји „супер суверен“, који дефинише политичке основе на којима почивају циљеви чијем остварењу глобализација служ.¹⁹ Покушаји да се такав недостатак супституише вољом одређених, па и најмоћнијих држава („*prax americana*“), на крају прве деценије овог Века, резултирао је институционалном и структуралном кризом која је угрозила вредности остварене либерализацијом међународне трговине у последњих двадесет година. Економисти и правници су дужни да потраже одговор који лежи у вишем нивоу сарадње и искрености држава у решавању кључних проблема савременог света. Виши ниво привредног развоја и његова равномерност свакако су од пресудног утицаја на успех овог процеса који, ипак, у крајњем зависи од јасне и трајне политичке воље за његово адекватно спровођење.

Посебан значај у процесу савремених тенденција има делатност *WTO*, која чини основни инструмент правне надградње трговинске и привредне глобализације. Привредна глобализација би требало да омогући процес стварања амбијента слободног од препрека и ограничења наметнутих државним прописима.²⁰

Привредни субјекти различитих националности слободније ступају у пословне односе са партнерима ван граница сопствене државе, уверени у стандарде поступања не само своје, него и влада држава у којима обављају привредну активност, или са чијим субјектима остварују одређене трговинске интересе.²¹ У том смислу се успоставља специфичан међународно-правни режим примене унутрашњих правних система појединих држава. Квалитет закона једне земље, без обзира на

вела до глобалне поделе ресурса, на основама новог начина управљања глобалним развојем и међународним односима у целини. Саша Ђорђевић, „Транснационалне корпорације у улози носилаца процеса глобализације“, *Пословна јолијшика*, бр. 3/2007, стр. 47–53.

19 Питање је препознато још 1998. године, дакле у време које се може назвати „Периклеово доба“ глобализације. Видети више у: Jeffrey Sachs, „Globalization and the Rule of Law“, *Yale Law School Occasional Papers*, 1998, доступно на адреси: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent, 1.4.2013>.

20 Њено деловање се одвија на два колосека: универзалном и регионалном. На глобалном нивоу, њен резултат је стварање *WTO*, док га на регионалном, прати појачана законодавна активност регионалних организација, успостављање царинских унија и зона слободне трговине. Међународна трговина, данас, није више ни капиталистичка, ни социјалистичка. Она је по свом карактеру међународна и као таква не познаје границе. Она егзистира у данашњем свету, који је уједно и веома богат и веома сиромашан, и који са тим својим особинама у значајној мери утиче на изградњу новог формално-правног оквира МТО.

21 О овоме: П. Цветковић, *нав. чланак*, стр. 501–502.

њихов национални карактер, подвргава се оцени повезаности, како националног и упоредног, тако националног и међународног. „Државно-правни национализам“ у смислу пренебрегавања савремених кретања на овом плану је погубан. Нужно је да се остваривање националних привредних интереса усклади са условима и реалним захтевима не само међународног тржишта, већ и међународног регулаторног оквира. Тај оквир све сигурније опредељују регионалне и универзалне међународне организације као што су ЕУ и Светска трговинска организација. Тако, на пример, у ст. 1 члана 1 Закона о спољнотрговинском пословању Републике Србије се истиче: „Овим Законом уређује се спољнотрговинско пословање, у складу са правилима Светске трговинске организације и прописима Европске уније.“²² На тај начин право СТО и прописи ЕУ постају елементи спољнотрговинског режима Србије.

У функцији реализације интегративних циљева државе у савремене светске привредне токове, очигледна је неопходност сталног усаглашавања државних правних норми у овој области са изворима права међународног карактера. Међузависност целокупне структуре у светској привреди, данас, не допушта једностране одлуке националног карактера.

IV Завршне напомене

На основу традиционалне теорије апсолутног државног суверенитета, државе су имале неограничено суверено право да регулишу услове обављања спољнотрговинске делатности. Оне су, у својству субјеката општих МТО, самостално прописивале национални нормативни оквир и, претежно, на основама узајамних билатералних споразума, уређивале своје међународне трговинске односе.

Државе, које су дужи низ година у фази преласка са планске ка тржишној привреди, карактерише специјални статус, назван „транзиција“. Данас се међународни трговински правни поредак заснива на балансу

22 Видети: Закон о спољнотрговинском пословању Републике Србије (*Службени гласник РС*, бр. 36/2009, 36/2011 - др. закон и 88/2011). У Закону о царинској тарифи Србије (*Службени гласник РС*, бр. 62/2005, 61/2007 и 5/2009), члан 3-а, се наводи: „Сврставање робе у Царинску тарифу представља одређивање тарифног става за ту робу, у складу са овим Законом и прописима донетим на основу Закона.“ Одлуке о сврставању које је донео међународни Комитет за Хармонизовани систем (*Harmonized System Committee*), а које је као класификациона мишљења у складу са чл. 8 ст. 2 Међународне Конвенције о Хармонизованом систему назива и шифарских ознака робе (*Службени листи СФРЈ – Међународни ујовори*, бр. 6/87, 14/91 и *Службени листи СРЈ*, бр. 2/97), потврдила Светска царинска организација, обавезне су за примену. Одлуке о сврставању објављене у *Службеном листу Европске уније (Official Journal of the European Union)*, обавезне су за примену.

међународних тржишних механизма, оличеним у праву Светске трговинске организације, с једне, и националне државне регулативе, са друге стране. То стање се одражава у противречностима процеса мултилатерализоване либерализације међународних трговинских односа и њиховог националног протекционизма.

Државе се међусобно споразумевају о правним и многим другим аспектима живота у међународној заједници, користећи форму удруживања и сарадње у оквиру међународних организација. Оне им добровољно приступају, обавезујући се на понашање које произлази из таквог чланства, сужавајући при том део сопственог суверенитета. Са друге стране, међународне организације изграђују заједничка правила понашања и старају се о њиховој примени у међународним оквирима. Оне, као и државе, у својству субјеката међународних трговинских односа, остварују значајне функције, које су од интереса за робну размену, промет услуга и циркулацију новца на међународном плану, чиме остварују процес институционализације међународне трговине.

Развој права *WTO* је рефлексија тежње за успостављањем глобалног правног система и представља његову најактивнију даљу развојну компоненту. Оно омогућава универзализацију МТП и унификацију система унутрашњег права држава-чланица *WTO*. Правни систем *WTO* афирмише дејство међународно-правног режима и приоритета међународно-правних норми над националним.²³

Нови положај државе, под утицајем савремених глобализованих изазова и захтева данашњег времена, може имати позитиван, али и негативан утицај на развој међународне трговине. Сталне тенденције урушавања националних система вредности, ограничавање суверених овлашћења државе и слабљење њеног положаја, заснивају се на преферирању приватне на рачун јавно-правне функције држава. То води денационализацији капитала и његовом удаљавању из сфере државног утицаја, што још више јача корпоративну хегемонију. Са своје стране, таква врста хегемоније, доводи до увећања богатства у свету, али и до његове неравномерне алокације и неправичне прерасподеле имовинских вредности на нашој Планети. То води реалној могућности скретања са већ усвојеног правца привредног развоја, заснованом на мултилатерализацији и либерализацији међународних трговинских односа. У том би се случају цртале нове националне и међународне, државне и корпоративне мапе привредног кретања, са новим и неизвесним стратешким правцима, не искључујући могућност повратка класичној протекционистичкој улози државе и субјекта заштите националних привредних интереса. Како ће се тај процес даље одвијати, зависиће од његових учесника и односа моћи у свету.

23 О овоме детаљније видети: А. Тирић, *нав. дело*.

Aleksandar ĆIRIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Niš

TRADITIONAL AND MODERN STATE ROLE AS A SUBJECT OF INTERNATIONAL TRADE RELATIONS

Summary

The author has dedicated this work analyzing the status and role of the state as a subject of international trade relations (ITR), placing the focus firstly on its role in the traditionally well-known social conditions. Primarily, the concept of the state as a subject of ITR is considered, within which is indicated its role as a subject of general and international business relations, as well, and afterwards special attention is paid to changes in the position of the state in terms of the globalized world economy.

On the background of the research the author concludes that the application of the principle of proportionality represents a sort of balance or trade-off device between the system of freer trade, established by the law of WTO, on the one hand, and traditional sovereign right of member states to achieve regulatory measures protecting their own public law interest, on the other hand. This paper presents the application of the principle of proportionality and explains the essence of two-stage test of proportionality.

The conclusions on the new position of the state and its objectives noted that the sharp increase in the pace of changes favors those suitable for rapid application, and the current that can be easily adapted. Globalization in this context is more convenient to the institutions of civil society and transnational corporations and less to the states and intergovernmental organizations. In general this leads to weakening of the role of national governments and national systems of values, as well. Strategic decisions about the future development of the world, including international trade, frequently will be made on a planetary basis. Now and then, slowly but certainly, are established the principles of controlled economic development of certain parts of the planet, not in the state, but in the world or supranational level.

Key words: *state, international trade relations, World Trade Organization, principle of proportionality, proportionality test.*

др Небојша ЈОВАНОВИЋ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

ПРАВНИ РЕЖИМ СТРАНИХ УЛАГАЊА У СРБИЈУ КАО „БАНАНА ДРЖАВУ“*

Резиме

У овом раду писац разматра правни режим страних улагања у Србију, који је усвојен Законом о страним улагањима из 2002. год. У разматрању се нагласак ставља на појам страног улагача, изједначење нејосредних и јосредних страних улагања, јовласнишће и ојраничења за страног улагача, „стабилизациону клаузулу“ и својину страног улагача на земљишћу. Ујоређивањем правила Закона о страним улагањима са законима друћих земаља у наведеним јићтањима, указује се на шћејиносћ срској јравној режима јо домаћу јривреду. Сћоја се закључује да јшај закон није јребало доносићи, јше да би ја јребало шћо јре укинући.

Кључне речи: *страног улагање, страни улагач.*

І Увод

У свету се разликују две групе држава зависно од слободе за страна улагања, коју допуштају својим прописима.¹ Једне су затворене за

* Реферат се објављује у оквиру пројекта „Развој правног система Србије и хармонизација с правом ЕУ (правни, економски, политички и социолошки аспекти)“ Правног факултета Универзитета у Београду (нап. аут.).

1 Richard Schaffer, Beverley Earle, Filiberto Agusti, William McCarty, Erika Brown, *International Business Law and its Environment*, West, Cincinnati, Ohio, 1999, стр. 575, 576; Радован Вукадиновић, *Међународно јословно јраво*, Крајуевац, 2012, стр. 248;

страна улагања, јер су она могућа само уз доволу домаћег државног органа (нпр. владе, министарства).² Ова група држава страхује од страних овладавања њиховим привредама, а тиме и њима самима. Друге државе су отворене за страна улагања, јер су она, начелно, слободна. Ова група држава преовлађује данас.

Међу државама које су отворене за страна улагања, постоје два става у упоредном праву зависно од озбиљности њиховог приступа у правном уређивању страних улагања. Један негују озбиљне државе са самопоштовањем према себи, својим грађанима и привреди. Други став негују слабашне државе без довољно самопоштовања, које не воде озбиљно рачуна о својим интересима.

Став озбиљних држава према страним улагањима почива на снази и предностима њихове привреде на светском тржишту, због чега страна улагања правно уређују тако да их што више искористе за јачање своје привреде. Међу озбиљним државама постоје две њихове групе, зависно од положаја који „дарују“ страним улагачима на свом тржишту. У једну групу спадају веома развијене државе, као што су земље западног света, укључујући и „азијске тигрове“ (нпр. Јапан, Сингапур, Јужна Кореја). Оне својим прописима начелно изједначавају положај страних улагача на домаћим тржиштима са домаћим лицима (национални третман), осим у прописаним изузецима. У другу групу спадају државе са растућим привредама (нпр. Русија, Индија, Саудијска Арабија, Аргентина), које страним улагачима дају чак одређене повластице на домаћим тржиштима, али под одређеним условима (нпр. само за велика непосредна страна улагања), којим штите своје националне интересе у привреди. Заједничко за обе ове групе држава је да строго воде рачуна да њиховим привредама не овладају странци и друге државе.

Став слабашних држава према страним улагањима се састоји у повлашћивању страних улагача у односу на домаће на домаћим тржиштима. Заједничко за њих је да су им привреде неразвијене, да не воде много рачуна о интересима своје привреде и грађана, те да су њиховим привредама углавном овладале стране моћне компаније. Оне су зависне у свом постојању и понашању од страних привредних и политич-

Витомир Поповић, Слађана Марић, „Страна улагања и њихов значај за развој привреде“, *Правни животи*, бр. 12/2009, стр. 506.

2 Вид. Закон о страним улагањима Кубе из 1995, чл. 21-24 (даље у фуснотама: ЗКУБ); Закон о страним улагањима Републике Малдиви из 1979, чл. 2 (даље у фуснотама: ЗМАЛД); Законик о страним улагањима Краљевине Саудијске Арабије из 2000, чл. 2 (даље у фуснотама: ЗСА); Закон о страним улагањима Киргизије из 1991, чл. 13 (даље у фуснотама: ЗКИР). О систему дозволе и нормативном систему страних улагања вид. Радован Вукадиновић, „Међународна правна заштита страних инвестиција“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2002, стр. 455.

ких „моћника“, а њихове политичке елите су корумпиране, затворене у својим „коровима“, те врло улизички и понижавајуће настројене према странцима, нарочито оним богатим, без обзира на њихове људске и моралне вредности, чак и кад су злонамерни према домаћој држави. Стога се оне подругљиво зову „банана државе“. Тај надимак је наденут почетком 20. века у САД малим државама Јужне Америке (нпр. Хондурас, Костарика), због банана, као њиховог главног извозног производа на светском тржишту. Касније се тај назив проширио на све сличне државе у свету са малим бројем производа које су у стању да понуде у извозу.

II Где је Србија?

Став државе према страним улагањима лако се сазнаје разматрањем њихових правних режима о страним улагањима. Стога ваља да се размотри правни режим Србије о страним улагањима, како би се схватило у коју групу она спада. Основна питања тог правног режима су појмови страног улагача и улагања, положај страног улагача, ограничења за страна улагања, повластице за страна улагања, заштита од одузимања имовине (експропријација), заштита од неповољне измене прописа и својина на земљишту.

III Систематика прописа

Држава може да систематизује своја правила о страним улагањима на два начина. Први је да буду обједињена у једном пропису намењеном искључиво страним улагањима, чији је назив обично „закон о страним улагањима“. Други начин систематизовања је да правила буду расута у више прописа којим се уређују поједина питања у пословању, а која су значајна и за страна улагања (нпр. о компанијама, спољној трговини, царинама, девизном пословању, стварним правима). Развијене земље, које су редовно и извознице капитала, обично немају „наменски“ закон о страним улагањима, сматрајући да за тим нема потребе.³ Насупрот томе, земље увознице капитала, без обзира да ли им су привреде

3 Дијана Марковић Бајаловић, „Нови Закон о страним улагањима“, *Привредник*, бр. 128/2002, стр. 92; Michael Wendler, Bernd Tremml, Bernard Buecker, *Key Aspects of German Business Law*, Springer, Berlin, 2008, стр. 33; Јелена Перовић, „Правни аспекти страних улагања“, *Право и привреда*, бр. 1–4/2002, стр. 124. Ни Хрватска и Словенија немају наменски закон о страним улагањима, иако нису развијене земље. Вид. Закон о трговачким друштвима Хрватске из 1993. год. (*Народне новине*, бр. 111/93, ..., 152/2011; даље у фуснотама: ЗТДХ), чл. 612–620; Закон о господарских дружбама Словеније из 1993. (*Урадни лист*, бр. 30/93, ..., 42/2006; даље у фуснотама: ЗГДС), чл. 559–568.

растуће или су слабашне, обично имају посебан закон. Тиме покушавају да стране улагаче у једном правном акту упознају са целим режимом страних улагања, како би им олакшале одлуку да уложе у њихове привреде. Покушавајући да привуку што више страних улагача земље увознице капитала се међусобно надмећу, дајући им често превелике повластице, на штету домаћих улагача, а тиме и на сопствену штету.⁴

У Србији, као земљи увозници капитала, важи Закон о страним улагањима из 2002. год. (даље: Закон).⁵ Тај закон, међутим, не уређује детаљно сва питања страних улагања, већ само нека основна, док у осталим питањима упућује на друге законе и прописе, што би могло да се назове комбинованим системом уређивања страних улагања.⁶

Закони о страним улагањима, у већини држава које су их донеле, систематизовани су тако што се на почетку одређује положај страног улагача на домаћем тржишту (нпр. национални третман, највеће повлашћење), затим се он „убеђује“ у сигурност свог улагања уређивањем мера „појачане“ заштите у домаћој држави (нпр. заштита од експропријације, заштита од неповољне промене прописа), да би се на крају уредила одступања од „почетног“ (начелног) положаја. Одступања су у два „смера“, јер му се дају одређене повластице (нпр. пореске, девизне, спољнотрговинске), али му се намећу и одређена ограничења (нпр. забрањене делатности и подручја за улагање) у односу на домаћа лица. Слична је систематика и српског Закона.⁷

4 О конкуренцији међу државама увозницама капитала вид. Стратегија подстицања и развоја страних улагања Србије (Сл. гласник, бр. 22/2006), стр. 8; Мирослав Пауновић, „Елементи за упоредно-правну анализу југословенског режима страних директних инвестиција“, *Право и привреда*, бр. 5-8/98, стр. 207, „Привлачност правног режима за стране директне инвестиције“, *Привредник*, бр. 125/2001, стр. 60. Супротан став заступа Ј. Перовић, тврдећи да се национална права о страним улагањима уједначавају (вид. „Правни аспекти...“, *Право и привреда*, бр. 1-4/2002, стр. 116).

5 Сл. лист СРЈ, бр. 3/2002, 5/2003 (даље у фуснотама: ЗСУ). Први прописи којим су допуштена страна улагања у социјалистичкој Југославији донети су 1967. год. изменама тадашњег Закона о средствима радних организација. Затим су уследила два Закона о улагањима страних лица у домаће организације удруженог рада из 1973. (Сл. лист СФРЈ, бр. 22/73) и 1978. (Сл. лист СФРЈ, бр. 18/78), па „Марковићев“ Закон о страним улагањима из 1988, па Закон о страним улагањима Савезне Републике Југославије из 1994. год. (Сл. лист СРЈ, бр. 79/94). О овим законима више вид. Зоран Антонијевић, *Привредно право*, Београд, 1986, стр. 157; М. Пауновић, у: *Право страних улагања у Југославију*, Службени преглед, Београд, 1995, стр. 5, те „Могућа побољшања система и праксе страних улагања у нас“, *Право и привреда*, бр. 5-8/97, као и у „Елементи за упоредно-правну анализу...“, *Право и привреда*, бр. 5-8/98, стр. 397-305; Радоје Прица, *Организациони облици директних страних инвестиција*, Београд, 1976, стр. 330-340, Светислав Табороши, „Циљна функција Закона о страним улагањима“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2002, стр. 428.

6 Дара Миленовић, „Правни режим страних улагања према новом Закону о страним улагањима“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2002, стр. 464.

7 Ј. Перовић, „Правни аспекти...“, стр. 116, 122.

IV Појам страног улагача

У Србији је страни улагач, пре свега, страно лице. То је правно лице са седиштем ван Србије, као и страни држављанин. Овај појам се проширује и домаћим држављанином који има пребивалиште или боравиште у страни држави дуже од годину дана.⁸ Циљ проширења појма страног улагача јесте да се омогући домаћим држављанима који дуже живе у иностранству да уживају у Србији повластице у погледу свог улагања као страна лица, како би се привукли да уложе своју уштеђевину у домаћу привреду.

Овако одређен појам страног улагача је преширок и нејасан. Он је преширок, јер укључује и страну државу, међународне организације и друге стране јавноправне субјекте (нпр. федералне јединице, градове и општине).⁹ Иако се страни јавноправни субјект ретко јавља као улагач, јер обично не обавља привредну делатност, ризик ипак постоји. Уосталом, Европска инвестициона банка се појавила међу првима у Србији као улагач у домаће банке после коначног слома комунистичког режима 2000. год.¹⁰ Стога је страни јавноправни субјект требало да буде искључен

8 ЗСУ, чл. 2.

9 Има држава које изричито законом укључују страну државу (владу) у појам страног улагача. Оне, међутим, примењују систем дозволе за страна улагања, тако да се тиме штите од неповољног утицаја стране државе, као улагача. Осим тога, у тим земљама је обавезно, кад домаћи орган изда дозволу за страно улагање, да држава закључи са страним улагачем посебан уговор о страном улагању, којим се детаљно уређују права и обавезе уговорника (нпр. ЗМАЛД, чл. 1).

За разлику од тога, Србија примењује систем слободе страног улагања, не тражећи ни узајамност са страном државом, као улагачем, као ни са државом порекла страног приватног улагача. Тиме јој је битно умањена могућност заштите од штетних, па и непријатељских, страних улагања. У њих можемо да убројимо и улагање Ју Ес Стила у смедеревску железару. Чини се да је тај страни улагач уложио у Србију више због политичког задатка, који је добио од државе свог порекла (да се претопи вишак нашег наоружања), него из економских разлога (стицање добити). Штета коју је изазвао српској привреди и држави је више стотина милиона евра, за колико је задужио железару за мање од 10 година, колико јој је био власник. Напомиње се да ју је купио у стечају без динара дуга. Врло је могуће да су великим делом повериоци железаре чланице групације Ју Ес Стила широм света.

10 Задатак Европске инвестиционе банке (даље: ЕИБ), као „државне“ банке чланица ЕУ, између осталог, јесте да буде „претходница“ приватним улагачим (приватним банкама) из ЕУ при улагању у банке у „ризичним“ државама ван ЕУ. Тиме се олакшава финансијско потчињавање држава и привреде ван ЕУ интересима чланица ЕУ. Наиме, ако је делатност банкарства у некој држави ван ЕУ ризична, али и изгледно профитабилна, онда у њу најпре улаже ЕИБ, како би приватни улагачи из чланица ЕУ избегли ризик. Ако се улагање касније покаже неуспешним, ризик сноси Европска инвестициона банка, што значи државе чланице ЕУ, или тачније, њихови порески обвезници. Али, ако буде успешно, онда она своје учешће у домаћим банкама повољно продаје приватним банкама из држава чланица ЕУ. Тренутно је ЕИБ чет-

из појма страног улагача у Закону, и то из три разлога. Први је тај што се тиме омогућава страном носиоцу власти да врши власт у домаћој држави (*ius imperium*), без обзира што би се он појављивао у приватно-правном својству (тј. као носилац *ius gentium*-а). То је неприхватљиво, јер се тиме ограничава суверенитет домаће државе и угрожава њен опстанак.¹¹ Други разлог је тај што страним јавноправним субјектима, због њихове економске и политичке моћи, није потребно давати повластице и посебну заштиту у домаћој држави, као што их уживају страни приватни улагачи. Осим тога, ако домаћа држава и допусти страном јавноправном субјекту улагање у домаће привреду, то се обично уређује међудржавним уговорима за велике привредне системе (нпр. железнице, нафотводи, гасоводи). Трећи разлог су могуће непријатељске намере стране државе према домаћој држави, јер јој се слободом страног улагања шири могућност непријатељског деловања на домаћој територији. Значи, страног држави треба законом допустити „улагање“ у домаћу земљу само за потребе њеног дипломатског представљања. Другом страном јавноправном субјекту (нпр. јавно предузеће) треба да се допусти страног улагање само ако обавља пословну делатност, и то искључиво уз дозволу домаће државе у сваком поједином случају улагања и на основу уговора са њим, уместо по систему слободе страног улагања који тренутно важи у Србији.

Додуше, ако се упореди српски појам страног улагача са тим појмом у неким законима других држава, онда се може рећи да је Србија сачувала мало националног достојанства. Ово због тога што није дала положај страног улагача лицима која се при здравом разуму морају сматрати домаћим. Рецимо, Закон о страним улагањима Црне Горе из 2000. год. удворички проширује појам страног улагача и на предузеће са седиштем домаћој држави, ако је „учешће страног капитала веће од 25%“, као и на „предузеће које је страног лице основало у Републици“

вртински акционар у неколико преосталих српских банака са већинским домаћим капиталом (нпр. Комерцијална банка, Чачанска банка). Тиме ЕУ показује намеру да потпуно финансијски овлада Србијом. У циљу ослобађања од финансијске потчињености Влада Мађарске тренутно разматра могућност национализације у банкарству, тако да домаћи капитал постане већински.

- 11 Колико се озбиљно схвата својина стране државе на домаћој територији показује спор Кине и Јапана поводом острва Дијаоу (јап. Сенкаку) у Источном кинеском мору. Та острва су до 1895. год. припадала Кини, али их је тада себи припојио Јапан после ратне победне. Када их је јапанска држава у септембру 2012. год. купила од њиховог приватног власника, Кина је уложила оштар протест, иако нема власт над њима, нити су правно на њеној територији, сматрајући да јавна својина јапанске државе угрожава њен територијални суверенитет. Вероватно би у Србији у сличној ситуацији на исти начин размишљали Карађорђе и Књаз Милош Велики, али се то не може очекивати ни од једног тренутно водећег нашег политичара.

(чл. 2).¹² Није јасно шта бива у случају кад предузеће, које је у тој земљи основао странац, након оснивања купи домаће лице. Језичко тумачење налаже да предузеће и после тога остаје страни улагач, јер је по закону довољно да га је странац основао, а не и да му буде власник. Тиме се законом проширују повластице у спољној трговини, девизном пословању, царинама и порезима на домаћа „предузећа“ са већинским домаћим капиталом. То је заиста озбиљно ниподиштавање и понижење домаћих улагача. И Закон о страним улагањима СРЈ из 1994. год. је предвиђао да се страним улагачем сматра предузеће са седиштем у домаћој земљи, али се захтевало да оно има већинско ућешће странца. Осим тога, био је примењен систем дозволе у важним делатностима (нпр. оружје, системи веза, јавно информисање), као и систем претходне пријаве страног улагања држави у осталим делатностима, што је требало да буде заштита од изигравања закона и других злоупотреба (чл. 2, 21, 22).

На слична, али мања, понижења домаћих улагача спремне су и сиромашне државе Далеког истока. Рецимо, Закон о страним улагањима Филипина, одређује да се страним улагачем сматра и компанија са седиштем на Филипинима, ако је учешће страног улагача у њеном капиталу веће од 40% (одсек 3). Али, компанија са седиштем у иностранству у искључивој својини Филипинаца сматра се домаћим улагачем, чиме се покушава спречити изигравање закона и „незаслужено“ остваривање повластица намењених страним улагачима.

Појам страног улагача у српском закону не само да је преширок, већ је нејасан, јер није уређен положај апатрида и бипатрида, што је правна празнина. Док су апатриди ретки, те је штета због нејасноће појма занемарљива, бипатриди у Србији се све чешће појављују, нарочито након распада Југославије. Рецимо, многи држављани Србије са пребивалиштем у Србији узимају хрватско или мађарско држављанство да би, као Хрвати или Мађари, имали мање сметњи на граничним прелазима у међународним путовањима. Ако се неко од њих одлучи на улагање у Србији, није јасно да ли се сматра домаћим или страним улагачем. У упоредном праву страних улагања се апатриди обично сматрају странцима, и кад живе у домаћој држави, док се бипатридима даје право да изабере да ли да буду домаћи или страни улагачи. У Србији је бипатрид са српским држављанством српски држављанин.¹³ Није, међутим, јасно

12 Овај закон је и доказ нелојалности ове мале државе заједници са Србијом док је још била у оквиру тадашње Савезне Републике Југославије. Наиме, она је тај закон донела већ 2000. год. (Сл. лист ЦГ, бр. 52/2000; даље у фуснотама: ЗЦГ), а то значи шест година пре распада савезне државе, иако је то била законодавна надлежност савезне државе.

13 Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља из 1996. (Сл. лист СФРЈ, бр. 43/82, 72/82, 46/96), чл. 11.

да ли се такав бипатрид сматра домаћим држављанином и у погледу страног улагања, ако инсистира на страном држављанству, показујући страни пасош, при регистрацији оснивања друштва или свог учешћа у друштву у регистру привредних субјеката у Србији.

V Појам страног улагања

Теоријски гледано, страно улагање је правни посао којим страни улагач уноси имовинско добро у домаћег пословног субјекта.¹⁴ Закон га дефинише као улагање у домаће „предузеће, којим страни улагач стиче удео или акције у основном капиталу“ предузећа, али и као „стицање сваког другог имовинског права страног улагача којим он остварује своје пословне интересе“ у домаћој држави (чл. 3). Страни улагач може имовинско добро да уложи у ново домаће друштво, при његовом оснивању, или у постојеће друштво (чл. 4). Кад га уноси у постојеће друштво, он може да га да непосредно друштву (нпр. да купи акције друштва у емисији), чиме се његов капитал повећава, или да га да власнику (члану) друштва (нпр. да купи акције од постојећег акционара), чиме се не повећава капитал друштва, нити се ишта доприноси обављању његове делатности.¹⁵

Оваквом појмовном одређењу српског закона могу да се ставе две замерке.

Прва замерка је да је појам страног улагања сувише широк. Он обухвата уношење сваког имовинског добра у имовину привредног друштва у Србији, што је уреду. То добро може да буде новац, ствари (нпр. машине) или права (нпр. права индустријске својине, трајбине, хартије од вредности), који се трајно улаже у обављање делатности привредног друштва. То може да буде и знање (енгл. *know-how*) и имовинска пракса (пословне везе улагача), јер је и оно обухваћено изразом „имовинско право страног улагача којим он остварује своје пословне интересе“. Такво одређење је оправдано, јер се тиме доприноси побољшању домаће привреде, што је циљ прописа о страним улагањима.¹⁶ Међутим, он обухвата и привремено уношење новца у привредна друштва у Србији, као што је зајам или рачунцијско (шпекулативно) улагање. Таква врста улагања свакако не

14 Небојша Јовановић, *Приручник за сйечажне уйравнике*, Интермекс, Београд 2004, глава 3, стр. 132; Упореди са Р. Вукадиновић, *Међународно пословно йраво*, стр. 235; Р. Прица, *нав. дело*, стр. 14.

15 Татјана Јевремовић, „Страна улагања и правни режим хартија од вредности“, *Право и йривреда*, бр. 5-8/2000, стр. 618, 622.

16 О циљевима прописа о страним улагањима вид. Стратегија подстицања и развоја страних улагања Србије, стр. 3; Р. Вукадиновић, „Међународна правна заштита...“, стр. 455; С. Табороши, *нав. чланак*, стр. 427, 429, 435.

заслужује целовит систем заштите, који јој је признат Законом, као што га заслужује трајно улагање у обављање делатности. Привремена улагања су улагања нижег ранга са становишта интереса домаће државе, јер су мање корисна за домаћу државу, а рачунцијска улагања могу да буду и изузетно штетна.¹⁷ Стога су њима довољна заштита мере слободе уношења и изношења новца из домаће државе и национални третман улагача, уз заштиту од експроприације. Додатне повластице које Закон даје таквом улагачу нису потребне, те је таква улагања требало издвојити у посебну врсту улагања у Закону и ускратити им слободу спољне трговине, пореске и друге повластице. У пракси се, у разради повластица из Закона путем других прописа (нпр. пореских, девизних), тако и поступило.¹⁸ Проблем је, међутим, што је такво поступање наше државе преварно према страном улагачу који се поузда у правила Закона о страном улагању, јер се тиме он доводи у заблуду да има већа права него што му наши правни прописи заиста признају.¹⁹

Појмовној збrcи у нашем праву доприносе и правила о страним улагањима у Закону о девизном пословању из 2006. год.²⁰ Тај за-

17 Доказ штетности рачунцијских улагања јесте слом Београдске берзе 2009. год., кад су страни шпекулативни инвестициони фондови нагло престали да купују акције наших друштава, пошто су их претходно продали домаћим улагачима по преви-соким ценама, које су дуже време пре тога дизали изнад њихових стварних вредности. Престанком куповине изазвали су нагли пад курсева акција у берзи, чиме су уједно оштетили домаће улагаче, јер су ови изгубили могућност да их продају по иоле пристojним ценама. Тиме су битно нарушили њихово поверење у берзу, због чега ће јој много година требати да га поврати (аут. нап.).

18 Рецимо, Уредбом о условима и начину привлачења директних инвестиција Србије из 2012. год. (Сл. гласник, бр. 20/2012) улагачима (домаћим или страним) признају се права на добијање средстава из буџета само за „директне инвестиције“, и то оне замaшније у производњи и туризму (чл. 2, 4, 5, 11–19). Зависно од броја бодова које оствари привредно друштво у Србији, по прописаним критеријумима (нпр. величина улагања, број запослених), држава му додељује по сваком новом радном месту са сталим запослењем од 4.000 до 10.000 евра, с тим што укупан обим додељених државних средстава не може прећи петину укупне вредности улагања. Чини се да ова уредба није у складу са Законом о контроли државне помоћи Србије (Сл. гласник, бр. 31/2009), јер се не уклапа ни у један случај у којем је тим законом допушена додела помоћи државе привредном субјекту (чл. 4. и 5).

19 Рецимо, Законом о страним улагањима Македоније из 1993. год. (чл. 1), Зеленортских острва из 1993. год. (чл. 2; даље у фуснотама: ЗЗРО) и ЗСА (чл. 1) поштено се каже да се примењује само на непосредна улагања. За разлику од тих закона, Законом о страним улагањима Перуа из 1991. (чл. 8; даље у фуснотама: ЗПЕР) и ЗКУБ (чл. 4) изједначавају се непосредна и посредна улагања. Закон о страним улагањима Русије из 1999. год. дефиницијом страног улагања обухвата и посредна и посредна улагања, али повластице, и то само у виду пореске стабилизационе клаузуле на време од седам година, даје само за замaшнија непосредна улагања (чл. 2. и 10).

20 Сл. гласник, бр. 62/2006, ..., 119/2012.

кон познаје само непосредна страна улагања, те само за њих улагачима признаје девизне повластице (нпр. слобода уношења и изношења девиза). По њему је непосредно улагање („директна инвестиција“) улагање резидента у иностранству и нерезидента у Србији у правно лице са циљем да се укључи у управљање пословима тог правног лица. При томе се захтева да оно буде веће, јер се тражи да улагач стекне бар 10% учешћа у основном капиталу друштва. Најзад, непосредно улагање обухвата и кредите који доспевају најкраће за пет година, под условом да се њихов давалац (улагач) намирају у евентуалном стечају корисника кредита након осталих поверилаца (субординирани кредит).²¹ На овај начин се појам страног улагања у новцу битно сужава у односу на појам из Закона о страним улагањима, јер се њиме обухватају само већа и трајнија страна улагања, а искључују мања улагања и краткорочни кредити. То сужење појма страног улагања у нашим девизним прописима је у складу са упоредним правом озбиљних држава увозница капитала, јер се повластице страном улагачу дају само за замашнија непосредна улагања. Међутим, упркос тој оправданости, није добро што Србија збуњује стране улагаче неусклађеношћу својих прописа.

VI Изједначење непосредних и посредних улагања

Друга замерка појму страног улагања у Закону јесте што се њиме изједначава правни режим непосредних и посредних страних улагања. Теоријски гледано, према томе ко је прималац страног улога, разликује се непосредно (директно) и посредно (индиректно, портфолио) страна улагање. Непосредно је оно у којем страни улагач улаже имовинско добро у привредни или други пословни подухват.²² Ако не обавља лично пословни подухват (нпр. преко огранка у домаћој земљи, или као предузетник у домаћој земљи), онда страни улагач даје улог непосредно друштву које је носилац подухвата (нпр. купује акције у емисији од издаваоца), постајући власник носиоца (нпр. акционар). Посредно улагање је оно у којем страни улагач не даје добро (нпр. новац) носиоцу подухвата непосредно (нпр. акционарском друштву у емисији акција), већ власнику носиоца, те се каже да посредно улаже у подухват. У ствари, тиме улагач своје имовинско добро (нпр. новац) не улаже у подухват (нпр. не оснива друштво, нити му повећава капитал), већ га даје постојећем власнику (нпр. акционару) његовог носиоца, што свакако није улагање у подухват. Услед посредног улагања постојећи власник излази из по-

21 Закон о девизном пословању, чл. 2 став 1 тач. 11 и чл. 11.

22 Пословни подухват је свако обављање делатности у намери постизања унапред одређеног циља (нпр. стицања добити; нап. аут.).

духвата, а улагач у њега улази на место постојећег власника (нпр. купац постаје акционар уместо продавца у друштву).

У прописима о страним улагањима се, међутим, проширује појам непосредног улагања и на посредна улагања под два услова. Први је да оно буде *већег обима* (обично најмање 10%), а други услов је да улагач тиме стекне трајније право *учешћа у управљању* носиоцем подухвата. Да би се таквој врсти улагања признале повластице за непосредна страна улагања прописима се не захтева да страни улагач стекне контролу над носиоцем подухвата (тј. да одлучујуће утиче на одлуке у носиоцу), али се захтева да има *намеру* да учествује у управљању носиоцем подухвата и да *активно учествује* у томе. Да би се избегло давање повластица у домаћој држави и занемарљивим улагањима прописима се сужава теоријски појам непосредног улагања само на *већа улагања*. било да су непосредна или посредна, на основу којих улагач стиче право учешћа у управљању у носиоцу подухвата.²³

Док је оправдано сужење појма непосредног улагања путем искључивања из његове дефиниције малих и краткотрајнијих непосредних улагања, чини се да је проширење тог појма на посредна улагања неоправдано. Оно је неоправдано због тога што домаћа држава нема ваљаних користи од посредних улагања, пошто се њима не повећава капитал којим располаже носилац подухвата. Корист од посредног улагања добија преносилац удела (нпр. продавац акција) у носиоцу подухвата, који добијеним средствима (најчешће новцем) може слободно да располаже. Ако је преносилац удела домаће лице које живи у домаћој држави, онда је вероватно да ће вредност посредног улагања да остане у домаћој држави, те да јој, ипак, остане нека корист (нпр. да се у њој потроши, да се поново уложи у други подухват). Међутим, ако је преносилац удела страном лице које је настањено у иностранству, онда је вероватно да ће га он изнети из домаће државе, која тада нема баш никакве користи од посредног улагања.

23 О појму непосредних улагања вид. R. Schaffer и др., *нав. дело*, стр. 576; Пето издање Приручника за уравнотежена плаћања (*Balance of Payments Manual*) Међународног монетарног фонда из 1993. год., пар. 359, 385 (<http://www.imf.org/external/pubs/ft/bopman/bopman.pdf> од 6. марта 2013); Основна дефиниција ОЕЦД-а за страном непосредно улагање (*OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*), 4. изд. 2008. год., стр. 48, 49 (<http://www.oecd.org/industry/inv/investmentstatisticsandanalysis/40193734.pdf> од 6. марта 2013); ЗРУС, чл. 2; Р. Прица, *нав. дело*, стр. 14–25; И. Бесаровић, *Пословно право*, Интермекс, Београд, 2004, стр. 92; Р. Вукадиновић, *Међународно пословно право*, стр. 235, 238; М. Пауновић, *Право страних улагања*, стр. 11; Тања Кнежевић, „Правно институционални оквири за страна улагања у СРЈ“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2002, стр. 561; Ј. Перовић, *нав. чланак*, стр. 121, 122; Витомир Поповић, Слађана Марић, „Страна улагања и њихов значај за развој привреде“, *Правни животи*, бр. 12/2009, стр. 504–508.

Ако такве користи нема, јавља се питање разлога због којих домаће државе прописима повлашћују и посредна улагања. Чини се да су два разлога таквог повлашћивања. Први је улизивање малих земаља богатим земљама (извозницама капитала), како би привукле њихове богатше да уложе у њихову слабашну и ризичну привреду. Ово улизивање је редовно изавано нужношћу домаће државе за страним улагањима, јер су њени владаоци обично уништили домаћу привреду својим недوماћинском, расипничком и корумпираном владавином. Други разлог је притисак богатих земаља на неоправдане уступке малих земаља које су од њих економски зависне. Тај притисак се појачава и преко међународних финансијских и трговинских организација, којим углавном владају богате земље (нпр. Светска банка, Међународни монетарни фонд и Светска трговинска организација).²⁴

VII Узајамност

Закон Србије не захтева страном улагачу да између његове државе порекла и Србије постоји узајамност у страним улагањима, односно да национална држава страног улагача допушта страна улагања српским улагачима у своју привреду. Тако поступа већина слабашних држава

24 Није јасно настојање владајућих кругова у Србији да је учлане у Светску трговинску организацију (скр. СТО), која ју је искључила из чланства деведесетих година 20. века. Ово настојање није јасно, због тога што је учлањење Србије у СТО противно њеним интересима. Та међународна организација намеће својим правилима равноправност страних трговаца са домаћим на домаћим тржиштима у свим државама чланицама. Стога интерес за учлањењем у њу имају државе чије су привреде конкурентне на светском тржишту, а то су државе које су изнадпросечно или бар просечно развијене на светском тржишту. То су, по правилу, државе чији је извоз већи него увоз, јер је њима потребно што шире тржиште у свету да би њихови произвођачи и трговци могли лакше да продају своју робу. Како је Србија исподпросечно развијена земаља, са великим увозом, а малим извозом, сигурно је да се учлањењем њен положај на светском тржишту погоршава, јер мора да допусти слободу увоза, ниске царине и равноправност страних привредних субјеката из свих других држава чланица са домаћим на свом тржишту. Како су наши привредни субјекти економски слаби, свакако да се не могу одупрети у слободној тржишној утакмици економски јачим страним привредним субјектима. Значи, учлањењем у СТО Србија битно повећава ризик економске пропасти домаћих привредних субјеката, па и целе привреде, јер не би смела да им пружа заштиту (нпр. спољнотрговинским мерама, вишим царинама), док економски не ојачају, коју има право да им пружа док није чланица те организације. Кад се томе дода висок износ чланарине, коју мора да плаћа свака чланица овој организацији (можда чак десетак милиона евра годишње за земљу као што је наша), као и трошкови домаћих државних представника ради учешћа у раду органа СТО, онда се закључује да је учлањење Србије у овом тренутку, док довољно не развије своју привреду, неисплативо и погубно по њене интересе.

као што је Србија, које се налазе у тешком привредном стању. Стога је оправдано укидање тог услова у важећем закону и Уставу из 2006. год. (чл. 84), који је иначе постојао у ранијем закону, па и у Уставу СРЈ из 1992. год. (чл. 70).²⁵ Међутим, из разлога заштите српских улагача у иностранству, али и из разлога самопоштовања, било је потребно предвидети меру узвраћања (реторзије) за случај да се држава порекла страног улагача понаша дискриминаторски према српским улагачима у својој привреди. У том случају је законом требало предвидети овлашћење Владе да предузме исте мере према страним улагачима у Србији, који имају националност такве стране државе. Рецимо, Законом о страним улагањима Бугарске из 1997. године предвиђа се реторзију, иако се не захтева узајамност (чл. 3).

Типичан пример дискриминације српских улагача у иностранству је понашање Хрватске, чији управни органи, па и приватна лица, предузимају разне противзаконите мере и радње против српских привредних субјеката ради спречавања или отимања улагања, а судови чак отворено пристрасно суде штитећи противзаконите радње домаћих лица. Оваква пракса постоји у Хрватској упркос томе што је Србија допустила хрватским привредним сујектима слободу улагања и пословања исто као и домаћим лицима (нпр. Идеа, Певец, Подунавље, Гомекс), што значи да је испунила услов узајамности за страна улагања из хрватског права.²⁶

VIII Повластице

У Србији страни улагач има исти положај као и домаћи улагач, као и што друштво са страним учешћем у капиталу има исти положај у пословању као и друштво без страног учешћа (национални третман).²⁷

25 Закон о страним улагањима СРЈ из 1994, чл. 1. Негативан став према услову узајамности има и М. Пауновић (*Право страних улагања*, стр. 14). За разлику од Србије Хрватска захтева узајамност (ЗТДХ, чл. 613).

26 Пословним субјектима у Србији је добро позната дискриминација коју трпе у Хрватској. Српска јавна гласила су обавештавала о већем броју таквих случајева.

27 ЗСУ, чл. 8. Многе државе увознице капитала не дају страном улагачу национални третман, већ само право на обављање делатности, све слободе потребне за пословање (унос, износ и располагање средствима), заштиту од експропријације, а понекад и пореске олакшице. Осим тога, оне законом обавезују стране улагаче и друштва са страним учешћем да запошљавају домаћу радну снагу и да користе домаће сировине за потребе своје производње. То су углавном државе које су затворене за страна улагања, али и оне које су за њих отворене, а које имају природна богатства о која се „отимају“ страни улагачи (нпр. нафта). Вид. ЗЗРО (чл. 11, 13,14), ЗСА (чл. 7, 8, 11, 14), ЗКИР, ЗМАЛД (чл. 6, 10–14) и ЗКУБ (чл. 38–44).

Осим тога, страном улагачу и друштву са страним учешћем су Законом призната посебна права, која нема домаћи улагач и друштво без страног учешћа (повластице, „подстицаји“). Тиме се страном улагачу признаје повлашћен положај у Србији у односу на домаћег улагача. Повластице страног улагача су бројне.

Прва повластица је право страног улагача само на повољнију измену прописа. Наиме, страном улагачу држава не сме накнадно изменом прописа да „сузи права“ која је стекао у часу уписа улагања у регистар (стабилизациона клаузула), иако домаћем улагачу то сме (нпр. да повећа порезе). Ако држава измени прописе повољније за страног улагача, онда он ужива новопризнате погодности. Друга повластица је право страног улагача да слободно купује страну валуту за домаћу и обратно, и онда кад домаћи улагач то право нема по девизним прописима. Трећа повластица је слобода друштва са страним учешћем да обавља плаћања у међународним пословним односима, и кад домаћа лица то право немају по девизним прописима. Четврта повластица је право друштва са страним учешћем да води своје књиге и саставља финансијске извештаје по међународним рачуноводственим стандардима, поред обавезе да их води и саставља по домаћим прописима, а друштво без страног учешћа нема то право. Пета повластица је слобода страног улагача да изнесе из Србије у страну валуту новац и имовину које оствари по основу свог улагања (нпр. учешће у добити, удео у ликвидационој или стечајној маси, новац добијен продајом удела у друштву), по измирењу прописаних дажбина, што домаћим улагачима, разумљиво, није признато. Шеста повластица је право страног улагача на додатне повластице које му нису признате Законом, ако су оне предвиђене међународним уговором Србије са државом националности улагача (повољнији третман), што немају домаћи улагачи. Седма повластица је слобода уношења ствари у Србију по основу страног улога, ако су у складу са прописима о заштити животне средине, без обзира што су можда те исте ствари на увозном режиму дозволе или континента за домаћа лица. Осма повластица су царинске и пореске олакшице, ако су признате царинским и пореским прописима. Девета повластица је право страног улагача да увезе у Србију опрему по основу улога без плаћања царине, осим путничких моторних возила и аутомата за забаву и игре на срећу. Право на бесцарински увоз опреме има и друштво са страним учешћем у року од две године од регистрације страног улога. Реч је о случају кад страни улагач унесе новчани улог у домаће друштво, а оно за тај новац купи у иностранству опрему за обављање своје делатности. Домаћим улагачима и друштвима без страног учешћа право бесцаринског улагања није признато ни кад у Србији нема произвођача од којег би опрему могли

да набаве, иако тада нема оправдања за царинском заштитом домаћих произвођача.²⁸

Повластице страних улагача су доказ слабости Србије и њене неспособности да сопственим снагама развија своју привреду, као што су доказ њеног понижења и зависности од страних држава и богаташа. Тиме се она сврстала у ред „банана“ држава у међународној заједници. Несумњиво је, међутим, да су те повластице противне уставном начелу по којем страном лице не може у домаћој држави да има више права од домаћих лица. Пошто се њима домаћи улагачи и друштва без страног учешћа стављају у лошији положај у односу на стране улагаче и домаћа друштва са страним учешћем на домаћем тржишту, вређа се и уставно начело равноправности учесника на тржишту.²⁹ Стога су правила Закона која се односе на повластице страног улагача неважећа, те би Уставни суд требало да их поништи, и то по службеној дужности, како би заштитио уставни поредак.³⁰ У пракси страних држава (нпр. Молдавија) дешавало се да су домаћа лица, подстакнута повластицама за стране улагаче, оснивала друштва у суседним државама, приказујући се домаћим органима као страни улагачи, како би се примениле и на њих.³¹

За разлику од Србије и других „банана“ држава, озбиљне државе које имају потребу за страним капиталом, својим законима себе не понижавају. Рецимо, Русија даје национални третман страним улагачима, али пореске повластице и право на заштиту од неповољне измене прописа даје само за велика непосредна улагања. То су страна улагања од најмање 50.000.000 € (милијадру рубаља) или улагања са домаћим улагачима, али са учешћем страног улагача у подухвату од најмање 5.000.000 € (100.000.000 рубаља).³² Индија је дуго била затворена за страна улагања

28 ЗСУ, чл. 9–16. О повластицама страних улагача у упоредном праву више М. Пауновић, *Право страних улагања*, стр. 126, 127.

29 Устав Србије из 2006. год. (*Сл. гласник*, бр. 1/2006), чл. 17, 84.

30 Слично Thomas Meyer, „Protection of Investment Through Stabilization of the Legal System and a Stable Judiciary“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2002, стр. 40; Д. М. Бајаловић, *нав. чланак*, стр. 92.

У пракси је домаћим друштвима без страног учешћа нарочито сметала повластица бесцаринског увоза опреме, макар и половне, за страног улагача и друштво са страним учешћем са седиштем у Србији, у случајевима кад су желела да увезу опрему из иностранства без царине за своју делатност, а царински органи им то нису допуштали. Оваквим оправданим протестима држава је удовољавала повременим доношењем уредби којим им је допуштала увоз опреме без царине, али само под условом да није могла да се набави од домаћих произвођача. Услов немогућности набавке опреме од домаћих улагача у уредбама је оправдан, јер се тиме штите домаћи произвођачи, али би такав услов требало да важи и у бесцаринском увозу опреме страних улагача (аут. нап.).

31 Т. Meyer, *нав. чланак*, стр. 40.

32 ЗРУС, чл. 2, ст. 6, чл. 6, 9. и 13.

из страха да не потпадне под страну економску зависност. Због тога је дуго примењивала систем дозволе уз дискрецију одређеног централног државног органа, који је процењивао страну улагање пре давања дозволе. Индија је, међутим, 1993. год. укинула систем дозволе за страна улагања мања од 120.000.000 \$ у 34 законом набројане делатности, под условом да страни улагач има највише 51% учешћа у капиталу друштва. Тиме је подстакла прави „талас“ страних улагања, што је битно допринело развоју њене привреде.³³ Јужна Кореја предвиђа систем слободе страних улагања, али не мањих од 100.000 \$. Аргентина предвиђа двојни систем допуштања страних улагања. За улагања до 5.000.000 \$ није потребна дозвола државе, осим ако странац стиче већинско учешће у подухвату. За улагања преко 20.000.000 \$ захтева се дозвола председника државе.³⁴

IX Ограничења

Домаће државе по правилу законом намећу одређена ограничења страном улагачу, пре свега из разлога заштите своје безбедности, као и из разлога спречавања свог економског подређивања страним лицима. Различити су системи заштите домаћих интереса.

Један од најпаметнијих и најделотворнијих примењује *Швајцарска*. Тамо компаније могу да издају акције на име и акције на доносиоца, при чему обе врсте акција могу да буду у јавној трговини. Међутим, акције на име мора да чине већину укупног броја издатих акција у основном капиталу издаваоца. Како само Швајцарци имају право да буду имаоци акција на име, обезбеђено је да домаћа лица владају домаћом привредом.³⁵

Већина држава, међутим, примењује систем забране страних улагања у законом набројаним делатностима, које су значајне за домаћу државу, или њихове допуштености по систему дозволе и у ограниченом обиму у домаћим друштвима која се баве тим делатностима. *Русија* забрањује Закоником о ваздухопловству да учешће странца у авио компанији буде веће од 49% њеног капитала.³⁶ Поред тога, Закон о страним улагањима из 1999. год. се не примењује на ванпривредне организације у делатностима образовања, добротинства, науке и религије, на које се примењују посебни прописи о ванпривредним организацијама (чл. 1). Ова држава се штити и системом регистрације

33 R. Schaffer и др., *нав. дело*, стр. 581,

34 Р. Вукадиновић, *Међународно њословно љраво*, стр. 249.

35 R. Schaffer и др., *нав. дело*, стр. 580.

36 Hiroshi Oda, *Russian Commercial Law*, Martinus, Leiden, 2007, стр. 130.

страног улога у Министарству правде пре његовог уношења у земљу, уз право Министарства да одбије регистрацију из разлога заштите уставног поретка, јавног морала, јавног здравља, права и интереса других лица, као и одбране и безбедности државе.³⁷ И моћне САД забрањују да страни улагач има више од 25% увчешћа укапиталу компанија у војној индустрији, ваздухопловству, сателитским системима веза и системима краткоталасних радио веза.³⁸ Куба забрањује било какво страно улагање у здравство, образовање и војну индустрију.³⁹ Саудијска Арабија чак законом не набраја забрањене делатности за страна улагања, већ само овлашћује владу да донесе листу делатности у којим су она забрањена.⁴⁰ Филипини забрањују страно улагање у делатности одбране земље, јавног здравства, производњи опасних лекова, коцкања, ноћних клубова, барова, пивница, плесних дворана, сауна и кућа за масажу. Осим тога, странцима је забрањено улагање у мала и средња предузећа (она са капиталом до 200.000 \$), осим у случају кад им је улог у облику развијене технологије или кад запосле најмање 50 лица уз улог од најмање 100.000 \$.⁴¹

Србија има три ограничења за стране улагаче, која не важе за домаће.

Прво се тиче новчаног улога страног улагача. Он може да буде само у страној конвертибилној валути, а не и у динарима.⁴² Ово ограничење је оправдано кад улагач уноси улог у Србију. Међутим, оно је бесмислено кад страни улагач поново улаже („реинвестира“) у домаћу привреду добит коју је остварио у динарима у Србији по основу свог улагања. Дословним језичким тумачењем закона закључује се да и у том случају може да уложи само страну конвертибилну валуту, што би значило да мора прво да је купи за динаре, да би их поново уложио у домаћу привреду. Како је ово правило бесмислено, реч је о законотписачкој омашци. Стоба би требало да се Закон системски и циљно тумачи, у смислу да је странцу допуштено да поново улаже и динаре, ако их је остварио својим пословањем у Србији (нпр. дивиденда, продаја удела, ликвидациони вишак).⁴³

37 ЗРУС, чл. 20.

38 R. Schaffer и др., *нав. дело*, стр. 580.

39 ЗКУБ, 10.

40 ЗСА, чл. 3.

41 ЗФИЛ, чл. 8.

42 ЗСУ, чл. 6.

43 У вези са страном валутом има мишљења да би требало допустити да номинална вредност акција домаћих друштава буде изражена у страној валути у Србији, а не само дужничких вредносница (нпр. обвезница (вид. Т. Јевремовић, *нав. чла-*

Друго ограничење се тиче статусноправног облика страног улагања. Већина држава допушта страном улагање путем оснивања новог друштва (нпр. изградња фабрике; тзв. *greenfield investment*), уношења улога у постојеће друштво (нпр. повећање његовог капитала, куповина удела од постојећег члана), куповину постојеће имовине (нпр. фабрике) у домаћој земљи (тзв. *brownfield investment*), установљавања огранка и стицања концесије. Мањи број држава допушта страном улагачу да буде предузетник на њеном тржишту, и то само под условом да добије дозволу за стално настањење. Готово ниједна држава не допушта страном лицу да из иностранства непосредно обавља делатност на домаћем тржишту. Србија допушта све облике страног улагања, осим огранка, предузетника и непосредног пословања.⁴⁴ Утисак је да је основни разлог забране огранка страног друштва у Србији незнање писаца Закона како ово питање да правно уреде, али и жеље да заштите домаћа лица у Србији од преварних радњи страних лица у пословању на домаћем тржишту преко огранка без правног субјективитета и имовине.⁴⁵ Облик

нак, стр. 624). Циљ оваквог допуштења би требало да буде да се страном улагачу не обезвредни улог у страном валути издавањем акција које гласе на динар услед инфлације. Такав став је неоснован, јер сваки улагач, укључујући и страног, стицањем акција губи право на повраћај новца од издаваоца. Стога он сноси ризик неуспеха у пословању издаваоца, те му је свеједно да ли му акције гласе на динаре или на страну валуту. Такво допуштење и повластица страним улагачима била би озбиљно угрожавање монетарног суверенитета Србије.

- 44 ЗСУ, чл. 4 и 5. Огранак страном друштву допушта: ЗРУС (чл. 21); ЗЦГ (чл. 5); Закон о страним улагањима Бугарске (чл. 7; даље у фусногама: ЗБУГ); ЗТДХ (чл. 612, 613); ЗГДС (чл. 561).

О корисности страног огранка и примедбама на важеће ограничење у Србији вид. Предраг Шулерић, „Филијала правног лица као облик страног улагања“, *Право и њивреда*, бр. 5-8/2003, стр. 569, 570; Гордана Илић Попов, „Пословање преко сталне пословне јединице у СРЈ“, *Право и њивреда*, бр. 5-8/2002, стр. 490, 498; Т. Кнежевић, *нав. чланак*, стр. 566. О огранку страног улагача у упоредном праву вид. М. Пауновић, *Право страних улагања*, стр. 42.

- 45 Пример ваљаног правног уређивања огранка страног лица у домаћој земљи је немачко право. Оно разликује независан и зависан огранак. Независан је огранак страног друштва који нема правни субјективитет, али у домаћој земљи послује самостално са великим прометом, при чему је географски и организационо одвојен од „централне“. Он има своју унутрашњу структуру, руководиоце и организацију, обавезан је да води и своје књиге, али послује под именом друштва, које му је власник. Страно друштво је дужно да га региструје у домаћој држави. За спорове који настану у његовом пословању надлежни су национални судови страног друштва, али и судови домаће државе. Зависни огранак, који, такође, није правни субјект, може да успостави домаће друштво, као и страном друштво у домаћој земљи, ако је у њој већ регистровало независни огранак. Зависни огранак је прост организациони део друштва, који географски обавља послове ван седишта друштва. Он нема самосталност у пословању као независни огранак, нити се региструје. Вид. Wendler, Tremml, Buecker, *нав. дело*, стр. 34-37.

предузетника је у Србији забрањен Законом о условима за заснивање радног односа са страним држављанима из 1978. год. Овај закон страном држављанину допушта само да буде запослен у Србији (не и самозапослен као предузетник), под условом да добије дозволу за настањење и за заснивање радног односа од надлежног органа (чл. 2).⁴⁶

Треће ограничење је мотивисано заштитом безбедности земље. Њиме је страном улагачу забрањено да улаже у делатност производње и промета оружја (не и војне опреме), као и на подручјима која су проглашена забрањеним зонама. Ипак, и ту му је допуштено да улаже, али само уз дозволу (сагласност) министарства одбране. Ако му министарство изда дозволу, онда он не сме да стекне већинско учешће у управљању друштвом у које улаже.⁴⁷

Чини се да су српска ограничења страних улагања из разлога заштите безбедности земље преслаба, а да су правила која их уређују штетна по Србију. Који разлози наводе на такав закључак?

Први разлог се тиче „храбрости“ наше државе да допусти неограничену слободу страног улагања у делатностима у којим је битно ограничавају и најмоћније државе света, као што су безбедносне системи веза и ваздухопловство. Ако велике државе, као што су САД и Русија, ограничавају улагање у ваздухопловне компаније, као и у безбедносне системе веза, свакако да је још већи ризик таквог улагања у малим земљама, као што је Србија. Србија чак улизички предвиђа претпоставку давања дозволе за страном улагање у случају да министарство не донесе одлуку у року од 30 дана по пријему захтева страног улагача. Значи, забрану страног улагања је требало проширити на још неке области које су ризичне по безбедност државе, као и што је требало установити претпоставку негативне одлуке у случају „ћутања управе“.

Други разлог штетности тиче се величине учешћа страног улагача. Србија допушта да страни улагач и у случајевима у улагања по систему дозволе, ипак, стекне учешће у капиталу домаћег друштва, под условом да тиме не стекне већинско учешће у његовом управљању. Значи, страном улагачу је допуштено чак половинско учешће (50%) у управљању домаћим друштвом у делатности наоружања или са седиштем у забрањеној зони. У поређењу са САД, као најмоћнијом државом, света, која допушта у војној индустрији само 25% учешће странца, наша граница допуштеног учешћа за странца је свакако превисока. Превисока је из разлога што страном улагачу омогућава, при једнаком учешћу са домаћим улагачем, да блокира одлучивање у органима друштва у свим питањима за која се захтева не само увећана већина (нпр. 2/3,

46 Сл. гласник, бр. 11/78, ..., 101/05.

47 ЗСУ, чл. 19.

3/4), већ и натполовична већина гласова. Тада сваки члан друштва има право да захтева судску ликвидацију друштва.⁴⁸ То је одличан начин за непријатељске државе да нам униште војну индустрију, а тиме и одбрану земље. Ово тим пре што ми сматрамо пријатељским и државе које се отворено понашају непријатељски према нама у међународним односима (нпр. САД, Британија, Немачка). Стога би границу учешћа странца у оружарским друштвима и забрањеним зонама требало битно снизити, или такво учешће потпуно искључити у Закону.

Трећи разлог штетности тиче се нејасности правила о ограничењу страног улагања из разлога безбедности земље, које омогућава различита тумачења и, тиме, њихово изигравање. Правила су нејасна из више разлога. Први је тај што се забрана стицања већинског учешћа у управљању у друштву везује само за једног страног улагача, јер је установљена одредбом која користи јединину („страни улагач“), а не множину („страни улагачи“). Значи, језичким тумачењем се закључује да је забрањено једном страном улагачу да стекне већинско учешће у управљању друштвом, али да га више њих заједно могу стећи. Стога се забрана може изиграти улагањем већег броја странаца у наше оружарско друштво, тако да свако од њих има мањинско учешће, али да збир њихових учешћа у управљању буде већински. Тиме се у Закону занемарује ситуација да у друштву може да буде већи број страних улагача. Поред тога, у Закону се занемарује и ситуација у којој поред више ситних домаћих чланова друштва, који заједно имају већинско учешће, постоји један велики страни улагач, чије је учешће највеће у поређењу са појединачним учешћима осталих чланова друштва. Тада он свакако може да одлучујуће утиче на управљање друштвом, нарочито у случају кад су остали чланови друштва међусобно несложни. Стога би правилима о ограничењу величине страног учешћа у домаћем оружарском друштву и забрањеној зони требало да се уреде и наведене занемарене ситуације.

Ризик превеликог учешћа странаца по домаће интересе у питању одбране земље се донекле умањује тиме што је Законом заведен систем државне дозволе за страна улагања у оружарску делатност и у забрањене зоне. Чини се да то, ипак, није довољна заштита, ако се има у виду традиционална српска лакомисленост, неслога, подмитљивост, а нарочито попустиљивост и снисходљивост у међународним односима. Те наше особине су очигледне у текућим преговорима са Шиптарима са Косову, који се воде под притисцима Европске уније и САД да признамо његову независност.

48 Закон о привредним друштвима Србије из 2011. год. (Сл. гласник, бр. 36/2011), чл. 469.

Х Заштита од неповољне промене прописа

Државе увознице капитала често законима или међународним уговорима „обећавају“ страним улагачима да након уношења страног улога у домаћу земљу неће мењати своје прописе на штету страних улагача (нпр. повећање пореза и других дажбина, неповољна измена спољнотрговинског режима). То чини и Србија, тако што предвиђа Законом да „права страног улагача стечена у моменту уписа страног улагања у судски регистар *не моју бити сужена* накнадном изменом закона и других прописа“ (чл. 9, ст. 2). Овакво правило се уобичајено зове „стабилизациона клаузула“, по одредби која се често ставља у двостране међународне уговоре о страним улагањима.⁴⁹ Њиме домаћа држава уверава страног улагача у стабилност свог правног поретка, чиме жели да избегне утисак код страних улагача да је повољан режим по њих успоставила само да би их привукла, а онда их преварила, намећући им накнадно неповољне услове пословања.⁵⁰

Свакако да овакво законско правило не може да важи вечито, већ само неко време након страног улагања у домаћу државу (нпр. првих неколико година). Оно не може да важи вечито из два разлога. Први је тај што би то значило да се држава одриче права да мења прописе на својој територији под утицајем од промењених околности, што би било укидање дела њеног суверенитета у односу на стране улагаче. То је нарочито неприхватљиво општим правилом о забрани измене неповољне прописа у односу на сва питања и права у вези са страним улагањем, како је то учињено српским законом. То би домаћу државу ономогућило да предузима мере у привреди које су нужно изазване промењеним околностима, што повећава ризик привредне кризе, која би била штетна и за стране улагаче. Други разлог се тиче ситуације у којој би држа-

49 Владимир Стојиљковић, *Међународно привредно право*, Јустинијан, Београд, 2003, стр. 122; Александар Ђирић, Предраг Цветковић, „Стабилизациона клаузула у државним инвестиционим споразумима као инструмент заштите страних инвеститора“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2005, стр. 714 итд.; М. Пауновић, *Право страних улагања*, стр. 109–106; као и „О гаранцији стабилности правног режима за стране улагаче“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2000, стр. 603.

50 О заштити од експропријације и осталим начинима заштите страних улагања вид. Петар Ђундић, „Право на регулисање страних улагања“, *Правни животи*, бр. 11/2008, стр. 381–393; Александар Ђирић, „Правни оквири заштите страних директних инвестиција“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2002, стр. 470–489; Љубиша Дабић, „Правна заштита страних инвестиција“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2002, стр. 502–521; Драгана Раденковић Јоцић, „Заштита страних инвестиција у Југославији и земљама источне и централне Европе“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2002, стр. 522–531; Љиљана Рајновић, „Нови прописи и заштита страних инвеститора“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2002, стр. 546–557.

ва неповољно изменила прописе, али би из измене изузела стране улагаче. Тиме би се на домаће улагаче примењивали измењени, по њих неповољнији прописи, а за стране улагаче би и даље важили стари, по њих повољнији прописи. Овакав поступак државе би био повреда начела да странац у домаћој држави не може да буде у повољнијем положају од домаћег лица, као и повреда начела равноправности свих учесника на тржишту. Стога је и стабилизациона клаузула у Закону противуставна и неважећа.

Стабилизациона клаузула у Закону је не само противуставна, него и штетна по Србију. Штета се огледа у ризику да страни улагач покрене судски поступак за заштиту својих стечених права по основу стабилизационе клаузуле против државе (нпр. управни спор за укидање пореског решења које му намеће већу пореску обавезу по новим прописима). Ако изгуби у тим поступцима пред домаћим судовима, он има право да тражи заштиту пред Европским судом за људска права због повреде права на имовину или другог права (нпр. на правично суђење), јер је Србија прихватила Конвенцију о заштити људских права. У том случају је ризик да Србија изгуби тај спор и да буде принуђена да исплати велику накнаду штете страном улагачу.

Стилизација одредбе Закона којим је уређена заштита страног улагача од неповољне промене прописа указује на незнање законописаца, њихову недомисљатост и неумешност у уређивању овог питања. Ако се већ одлучно захтевало да се таква неуставна одредба унесе у Закон, онда је требало да се њена примена бар тројако ограничи. Прво, требало ју је ограничити само на велика страна улагања (нпр. бар 10 милиона евра), јер се тада држави бар мало исплати ризик одрицања од права измену својих прописа о пословању привредних субјеката. Друго ограничење је требало да буде временско, тако да се држава одриче свог права на измену прописа само на одређено време након регистрације страног улога (нпр. до три године). Треће ограничење би требало да буде предметно, што значи да се стабилизациона клаузула ограничи само на порезе, царине и спољнотрговински режим, уместо да буде свеобухватна, како је написана у Закону.⁵¹ Оваквим ограничењима би се држава заштитила

51 Њена свеобухватност је била разлог протеста лизинг кућа са учешћима странаца у Србији (углавном ауто кућа), кад им је држава изменила прописе о лизинг делатности пре неколико година. Наиме, Народна банка Србије је утврдила да лизинг куће у Србији изигравају смисао прописа у лизинг пословању због њихове недоречености и нејасности. Због тога је предложила да се измени режим остваривања права лизинг кућа и страних улагача у тој делатности, али да им се права не укидају, нити умањују. Усвајањем предлога измена закона у Скупштини, отежано је остваривање права лизинг кућама, због строжег надзора њиховог пословања, који је онемогућавао дотадашња изигравања прописа. Лизинг куће су сматрале да

од извољевања страних улагача, маколико били мали, за сваку ситну измену прописа.

Паметан начин уређивања права на заштиту стечени права страних улагача осмислила Русија. Страни улагач је тамо изузет од промене прописа само под следећим условима: 1) да учествује у „приоритетном инвестиционом пројекту“ (оном који вреди најмање 50.000.000 € или у који је страни улагач уложио бар 5.000.000 €); 2) да се измена односи на порезе, доприносе за пензије, царине или на режим увоза или извоза ствари од којих се састоји страни улог; 3) да је учешће страног улагача најмање 25% основног капитала друштва које је носилац пројекта; и 4) да су ствари које су улог страног улагача ушле на царинско подручје Русије пре него што су прописи измењени. Тада страни улагач има право да се на његово страно улагање примењују стари прописи, али само ограничено време. То је време од часа док добит коју странац оствари пословањем у Русији достигне вредност његовог улога у пројекат, али најдуже седам година од часа почетка уношења улога у пројекат.⁵²

Слична правила има и Перу. Тамо страни улагач има право на примену старих прописа у вези свог улагања само под следећим условима: 1) да је пре регистрације свог улога закључио посебан споразум о томе са надлежним државним органом; 2) да се измена тиче само пореза, девизних права и националног третмана; 3) да је страни улог у новцу од најмање 2.000.000 \$ или мање, али не мање од 500.000 \$ под условом да страни улагач одмах отвори више од двадесет сталних радних места или да у следеће три године оствари најмање 2.000.000 \$ добити у из-

је то отежање уједно и сужавање њихових права, протетујући и позивајући се на стабилизациону клаузулу из ЗСУ.

- 52 ЗРУС, чл. 2 и 9. Поводом стабилизационе клаузуле у Русији се водио велики спор између Руске Федерације и домаћег друштва са страним учешћем, који је окончан 2001. год. Два руска друштва и једно страно основали су ново друштво за истраживање и црпљење нафте у једној руској аутономној области. Страно друштво је уложило 40.000.000 \$ и стекло 40% учешћа у новом друштву. У време оснивања новог друштва накнада за коришћење „подземља“, по прописима аутономне области, била је 32% од остварене добити страног улагача, а порез на добит је био 10%. Годину дана након почетка подухвата аутономна област је изменила прописе, тако што је повисила и накнаду и порез. Страни улагач је тражио од владе аутономне области да ново друштво буде изузето из повишице, те да за њега важе и даље стари прописи. Влада аутономне области је удовољила захтеву, тако што је новом друштву снизила накнаду на 5%, уједно га изузевши од обавезе плаћања извозних царина за три године. Државни тужилац Руске Федерације је ту одлуку владе оспорио, те је поднео тужбу суду, тражећи да се она поништи. Туженици су били влада аутономне области и ново друштво. Туженици су оспорили тужбени захтев позивајући се на стабилизациону клаузулу из ЗРУС (чл. 9). Врховни трговински суд Русије је уважио приговор туженика као основан, те је одбио тужбени захтев државног тужиоца. Вид. Н. Oda, *нав. дело*, стр. 55, 432.

возу по основу свог улагања. Тада му се признаје право да послује по старим прописима и после измене, али само у времену утврђеном споразумом са државом, које не може да буде дуже од две године од дана закључења споразума.⁵³

У поређењу са системима стабилизационе клаузуле Русије и Перуа наша стабилизациона клаузула делује као неозбиљно обећање праве „банана“ државе, што је срамота за Србију. Ово тим пре што се такво правило не може ни замислити у правима развијених земаља.⁵⁴ Чак и Закон о страним улагањима малене Зеленортске Републике нема стабилизациону клаузулу.

XI Својина на непокретностима

Последња крупна мана, па и варка, Закона тиче се права својине на непокретностима страних улагача у Србији. Она се састоји у томе што се страном лицу, физичком и правном, даје право на стицање „својине на непокретностима у складу са законом“ (чл. 20). Ово правило је нејасно из три разлога. Први је што се странцу овим законом изричито даје право само да „стиче“, али не и да располаже непокретностима у Србији. Стога може да буде спорно да ли странац који је стекао својину на непокретностима има право накнадно да њима располаже (нпр. да их отуђи, zaloжи). Друго, није јасно да ли има право да стиче својину на непокретностима само у вези са својим улагањем, или неограничено као да је домаће лице. Треће, није јасно на који закон упућује правило о праву странца да стиче својину на непокретностима. Неупућени странац у наш правни систем може да помисли да постоји посебан закон о својини страних лица на непокретностима у Србији. Како таквог прописа нема, примењује се општи закон о стварним правима. Тим законом се страном лицу, физичком или правном, које обављају делатност у Србији допушта стицање својине на непокретностима у Србији, али само под условом узајамности и у обиму који му је неопходан за обављање његове делатности. Страно физичко лице може, под условом узајамности, да стиче својину на стану и стамбеној згради као и домаће лице, иако не обавља делатност, док то право нема правно лице.⁵⁵

Основни проблем у вези са правом својине страног лица на непокретностима у Србији, међутим, није нејасноћа Закона у том питању, већ правна судбина непокретности у случају ликвидације друштво са

53 ЗПЕР, чл. 10.

54 Ђирић, Цветковић, 275.

55 Закон о основама својинскоправних односа СФРЈ из 1980. год. (Сл. лист, бр. 6/80, ..., Сл. гласник, бр. 115/2005), чл. 82а.

страним учешћем, које је њен власник. Друштво са седиштем у Србији и учешћем странца не сматра се страним лицем, већ домаћим. Стога има неограничено право да стиче својину на непокретностима у Србији. Међутим, ако престане да постоји, јавља се питање права својине страног члана друштва на непокретностима после његовог престанка. Ако друштво банкротира, обично му се имовина распродаје, те купци те имовине стичу својину на његовим непокретностима у стечају по општим правилима нашег стварног права. Међутим, у ликвидацији друштва не мора да се изврши продаја његове имовине, нарочито кад је ликвидација добровљна, а оно је у ликвидацији испунило у целости своје дугове. Тада власници друштва могу да међу собом поделе остатак имовине друштва у натури, ако тако одлуче.⁵⁶ Ако остане непродата непокретност, страни улагач по важећим стварноправним прописима може да се суочи са немогућношћу стицања својине на непокретностима које би требало да му припадну по компанијском праву у случају да не испуњава услове из општих стварноправних прописа (нпр. узајамност, обављање делатности). Осим тога, ако је страни члан ликвидираниог друштва физичко лице, њему се не признаје право да стиче својину на земљишту, већ само на зградама. Стога је правило Закона о праву својине страних улагача на непокретностима у Србији не само нејасно, већ је и варљиво за стране улагаче. Оно може да их доведе у заблуду да имају право да стекну својину на непокретностима, које им, у ствари, општи стварноправни прописи ускраћују. Наравно да се тиме ствара ризик одговорности државе да их обештети. Стога Србија мора што пре да уреди питање заштите оваквих страних улагача у ликвидацији, јер би, иначе, посреди била нека врста експропријације.

Ризик овог проблема се већ јавља у Србији са најављеним улагањем Сауда у пољопривреду током ове године. Додуше тај ризик ће се ускоро смањити у односу на странце из Европске уније, јер се Србија обавезала да призна субјектима њених држава чланица право на стицање својине на непокретностима у Србији као да су домаћа лица.

ХII Посебно о плодном земљишту

Плодно земљиште је природно богатство Србије, које је „мамац“ за стране улагаче, као што их мами нафта у арапским и другим земљама које је имају. У њега спадају пољопривредно земљиште, као и шумско земљиште са шумама. Осим тога, шуме су изузетно значајне за одбрану државе. Стога би Србија требало прописима да уреди право својине страних лица на плодном земљишту, тако да њихова својина површин-

56 Закон о привредним друштвима Србије (Сл. гласник, бр. 36/2011), чл. 541.

ски не превлада у односу на својину домаћих лица, нарочито у граничним подручјима.⁵⁷ Плодно земљиште је вероватно, поред географског положаја, један од ређих разлога због којих је ЕУ вољна да Србију прими у чланство. Како су тамо земљопоседници економски знатно моћнији од српских, те како је тренутно плодно земљиште у Србији врло јефтино за „европљане“, допуштањем слободног и неограниченог права на стицање својине лицима из ЕУ на плодном земљишту Србије већ у 2014. год. вероватно ће изазвати његово нагло и велико поскупљење, које ће битно превазићи економску моћ домаћих пољопривредника. Стога је нужно да Србија што пре одложи примену своје обавезе према ЕУ у вези са својином на плодном земљишту.

ХИИ Закључак

Упркос преовлађујућој повољној оцени у стручној јавности, Закон о страним улагањима је један лош и по Србију штетан закон.⁵⁸ Основна мана српског правног режима страних улагања је повлашћивање страних улагача и друштава са страним учешћем у односу на домаће улагаче и друштва без страног учешћа. Та повлашћеност је штетна по домаћу привреду и целу земљу не само са правничког становишта, јер је противуставна, већ и са економског, јер дестимулише домаће улагаче дискриминишући их у односу на стране. Јадна је земља која очекује да јој странци развијају привреду и која више цени странце и њихов новац него своје грађане и своју валуту. То је прави пут да наши грађани постану слуге страном капиталу у сопственој земљи. Тако се у Србији коначно обистињује оно чиме су комунисти после укидања Краљевине Југославије дуго плашили народ за време своје владавине, а то је економска зависност од страног капитала.

Законом о страним улагањима Србија је показала да је неозбиљна држава која не води рачуна о својим интересима. Њиме се сврстала у „банана државе“, без довољно самопоштовања, чиме служи за подсмех озвиљним државама, нарочито оним великим и моћним. И без мноштва нејасних и противуставних правила, Закон о страним улагањима више делује као економско-политички памфлет, него као закон, јер је празан. Празан је пошто углавном упућује на примену других закона, при чему

57 Бугарска уопште не допушта страним лицима својину на земљишту, већ само на заградама. У пограничним зонама, као и у другим зонама значајним за безбедност, ова држава допушта својину на зградама страним лицима само уз дозволу централног државног органа (ЗБУГ, чл. 23). Вид. Д. Р. Јоцић, 526.

58 Повољну оцену дају нпр. С. Табороши, *нав. чланак*, стр. 435; Ј. Перовић, 125; Д. Р. Јоцић, *нав. чланак*, стр. 531; Д. Миленовић, *нав. чланак*, стр. 470; супротно Т. Меуер, *нав. чланак*, стр. 39.

су му многа правила у пракси непримењива. Недоумицу у погледу потребе за њим исказују и неки његови писци, тврдећи да је, ипак, потребан за прво време, како би се страни улагачи упознали са режимом страних улагања у Србији.⁵⁹

Несумњиво је да је Закон о страним улагањима писан је без довољног удубљивања у проблематику страних улагања, а са великом жељом да се што пре и што више привуку страни улагачи.⁶⁰ Пошто је штетан по Србију, треба га што пре укинути, јер га није требало ни доносити. Поготово данас, кад више нема Савезне Републике Југославије, у оквиру које је донет, тај закон делује архаично са придевима и прилозима „југословенски“. Оно мало примењивих правила што садржи, може да се „пренесе“ у друге законе. Кад се занемаре противуставна правила о повлашћењу страних улагача и стабилизационој клаузули, мало правила остаје за пребацавање у друге законе. Појмови страног улагача и страног улагања, облици страног улагања и национални третман страних улагача могу да се уреде законом којим се уређују привредна друштва. Заштита од експропријације је већ уређена прописима о експропријацији, па и Уставом, те није ни било потребе за њеним уређивањем у Закону о страним улагањима. Регистрација страног улога је уређена прописима о регистрацији, а ограничења страних улагања могу да се уреде посебним законима за поједине области (нпр. одбрана земље, безбедност, информисање, ваздухопловство).

Nebojša JOVANOVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

LEGAL REGIME OF FOREIGN INVESTMENTS IN SERBIA AS A “BANANA STATE”

Summary

In this paper the author contemplates legal regime of foreign investments in Serbia, which was established by the Foreign Investment Act from 2002. He

59 J. Перовић, *нав. чланак*, стр. 124–126.

60 Стога је Закон писан пристрасно у корист страних улагача, а на штету домаћих. У његовом писању је важну улогу имао члан стручне групе, који је у то време био адвокат једне од највећих светских мултинационалних компанија за њене послове у Србији. Због сукоба интереса у којем је био, није смело да му се допусти ни да учествује у законописачкој групи (аут. нап.).

particularly analyses the notion of the foreign investor, his privileges and limitations, equalization of direct and indirect foreign investments, stability clause and ownership on land. Comparing rules of the Foreign Investments Act with laws statutes of other countries in the above-mentioned questions, the author points that Serbian legal regime of foreign investments is detrimental for domestic economy. For that reason, he thinks that the Act should not have been brought and that it should be repealed as soon as possible.

Key words: *foreign investment, foreign investor.*

др *Предраг* Н. ЦВЕТКОВИЋ*
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

др *Срђан* ГОЛУБОВИЋ**
редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

САМОИНИЦИЈАТИВНИ ПРЕДЛОГ КАО ИНСТРУМЕНТ РЕАЛИЗАЦИЈЕ ЈАВНО-ПРИВАТНОГ ПАРТНЕРСТВА

Резиме

Самоиницијативни предлог (даље и: „предлог“) инститиуи је којим се јача моћност јавног тела за реализацију пројеката на иницијативу приватног актера. Предлог садржи оригинално решење које је развио приватни сектор за уређивање питања од јавног интереса. Понуђено решење мора поседовати доказиву „додаћу“ вредности у остваривању таквог интереса. Усвех предлога зависан је од испуњења економских, правних и политичких претпоставки, укључујући и изричит услов елиминације конкурентске вредности коју аутор предлога има у односу

* Истраживач на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (179046) који се реализује на Правном факултету Универзитета у Нишу, уз подршку Министарства за науку и технолошки развој Републике Србије.

Истраживач на пројекту *Одрживости идентитета Срба и националних мањина и пограничних околностима источне и југоисточне Србије* (179013) који се реализује на Универзитету у Нишу-Машински факултет, а финансира га Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

** Истраживач на пројекту *Одрживости идентитета Срба и националних мањина и пограничним околностима источне и југоисточне Србије* (179013) који се реализује на Универзитету у Нишу-Машински факултет, а финансира га Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

на друге иницијалне приватне партнере. Елиминација наведене предности сироводи се *ex ante*, у иницијалу иријере предлоја, ири чему се приватни актиер користи абдуктивним закључивањем и иницијира вредности систем јавног партнера (у циљу структурирања предлоја). Тиме иницијативна предлоја и правда кључни разлој свој установања: канализање иновативних решења приватног сектора с циљем квалитативног иробоја на иољу реализације јавног иницијера.

Кључне речи: јавно-приватно партнерство, иницијативни предлој, јавни иницијер, асиметричност информација, абдуктивно закључивање.

I Уводна разматрања

Самоиницијативни предлог, у смислу Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама, означава предлог заинтересованог приватног актера (потенцијалног приватног партнера) надлежном јавном телу за спровођење, односно реализацију пројекта ЈПП који се *не иницијира* као одговор на јавни позив јавног тела у оквиру поступка доделе јавног уговора.¹ Реч је о институту којим се омогућава да јавно тело које самостално нема услове да се упусти у правно, економски, социјално и политички компликоване пројекте ЈПП, добија могућност да реализује такве подухвате на иницијативу приватног актера.² Кроз наведену реализацију јавна тела изграђују и сопствену експертску базу.

1 Видети: чл. 19 Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама (*Службени Гласник РС*, бр. 88/2011; даље у фуснотама: Закон о ЈПП). Јавно-приватно партнерство (енгл. *Public-Private Partnership*; даље у фуснотама: ЈПП) представља оквир за заједничку акцију јавног сектора (оличеног у држави и њеним различитим еманацијама) и приватног капитала са циљем обезбеђења функционисања делатности од општег интереса, те ефикасног и економски одрживог развоја инфраструктуре. Тензију и контроверзу јавно-приватног партнерства генерише супротност базичних карактеристика јавног и приватног сектора. Први је својом структуром и начином функционисања усмерен ка заштити, остваривању и развијању општег (јавног) интереса. Потоњи је, пак, утемељен на приватној иницијативи усмереној ка остваривању добити. Ова разлика кључна је за разумевање структурирања и реализације јавно-приватног партнерства. Видети више у: Предраг Н. Цветковић, Тамара Миленковић-Керковић, „Јавно-приватно партнерство: полазна разматрања“, *Право и иривреда*, бр. 4–6/2011, стр. 758–770.

2 Дефиницију института „јавног тела“ видети у чл. 4 ст. 1 тач. 7 Закона о ЈПП; дефиницију института „приватног партнера“ видети тач. 10 ст. 1 истог чл. Закона. Приватни партнер (у даљем излагању користиће се и назив „приватни актер“ у делу у коме се анализирају питања која претходе ЈПП пројекту, при чему „приватни актер“ још увек није и „приватни партнер“) има, *exempli causa*, више модалитета иступања: 1. модалитет „спонзора“ (развија пројекат, умрежава различите интересе,

С друге стране, како би и предлагач-приватни актер (потенцијални приватни партнер) имао мотив да покрене поступак на основу самоиницијативног предлога, Закон о ЈПП омогућава му да суму коју је уложио у израду таквог предлога (израда документације, истраживања и сл.) наведе у самоиницијативном предлогу како би му она била наднађена.

Два су модалитета обезбеђења надокнаде за подносиоца самоиницијативног предлога:

- у случају да подносилац самоиницијативног предлога добије право на реализацију пројекта јавно-приватног партнерства, сума која је у предлогу наведена као сума утрошена за израду пројекта биће укључена у трошкове приватног актера који више није само предлагач, већ и приватни партнер (ради се о трошковима које ће приватни партнер наплатити из добити од обављања делатности од јавног интереса);
- уколико подносилац самоиницијативног предлога не добије право реализације пројекта ЈПП (а пројекат добије други приватни актер-конкурент чија је понуда повољнија), суму уложу у израду предлога надокнадиће приватни партнер који реализује пројекат или јавно тело.³

Предуслов за покретање поступка на основу самоиницијативног предлога јесте да јавно тело коме је предлог упућен заузме став да је поднети предлог у јавном интересу.⁴ Позитивно мишљење јавног тела услов је за активирање процедуре доделе јавног уговора која се примењује и

проналази финансијере, у изузетним околностима и и финансира пројекат); 2. модалитет „власника“ (енгл. „shareholder“) пројекта (при чему је могућно преклапање функције спонзора и власника); 3. модалитет „управљача-оператера“ (subjekta koji upravlja i odrzava postrojenje ili objekat koji je predmet JPP; upravljac je obично subjekt различит од спонзора и власника); 4. модалитет „грађевинског предузимача“ (енгл. „construction contractor“ – учесник пројекта који има обавезу пројектовања, градње и предаје објекта); 5. модалитет „кредитора-финансијера“ (енгл. „lender“); реч је о приватном субјекту који финансијски подржава пројекат-банка, фонд или слично.

3 Видети: чл. 19 ст. 2 Закона о ЈПП.

4 О значају јавног интереса за ЈПП видети више *infra* у намени 20 овог рада. Поступак за реализацију пројекта ЈПП предвиђа да предлог пројекта (код ЈПП без елемената концесије) односно предлог концесионог акта (код ЈПП са елементима концесије) мора добити претходну сагласност јавног тела и то: Владе Републике Србије (уколико је јавни партнер Република Србија или њено друго јавно тело); Владе аутономне покрајине (уколико је јавни партнер аутономна покрајина или друго јавно тело аутономне покрајине); скупштине јединице локалне самоуправе (уколико је јавни партнер локална самоуправа или друго јавно тело локалне самоуправе). Видети чл. 26 и 29 Закона о ЈПП.

код реализације ЈПП без самоиницијативног предлога (пројекта ЈПП са или без елемената концесије).⁵ Иницијатор предлога има право да учествује у наведеном поступку, уз услов да његово учешће у припреми предлога пројекта не нарушава конкуренцију; дакле, да нема конкурентску предност у односу на друге потенцијалне приватне партнере. Обавеза јавног тела је да конкурентску предност неутралише.⁶

Институт самоиницијативног предлога за реализацију пројекта ЈПП требало би да омогући превазилажење две карактеристике јавно-приватног партнерства као концепта сарадње јавног и приватног сектора: „асиметричности“ информација између приватног и јавног актера, и, што је последица ове асиметричности, „некомплетности“ јавног уговора⁷ као инструмента на коме се заснива конкретан пројекат јавно-приватног партнерства.

5 Видети: чл. 19 ст. 4 Закона о ЈПП. Поступак доделе јавних уговора (односно, доделе права на реализацију пројекта ЈПП, с обзиром да јавни уговор представља обавезну правну форму ЈПП; видети *infra* напомену 7. овог рада) уређен је Законом о ЈПП и концесијама и Законом о јавним набавкама (*Службени гласник*, бр. 124/2012) на који Закон о ЈПП упућује. Закон о јавним набавкама, дакле, представља индиректну садржину Закона о ЈПП. Из формулације Закона о ЈПП и концесијама изводи се следећи закључак: поступак доделе јавног уговора којим се реализује ЈПП без елемената концесије спроводи се у складу са одредбама Закона о јавним набавкама; поступак доделе јавног уговора којим се реализује ЈПП са елементима концесије спроводи се у складу са одредбама Закона о ЈПП и концесијама. Видети: Предраг Цветковић, Слађана Средојевић, *Јавно-приватно партнерство: приручник за спровођење на нивоу локалне самоуправе*, Стална конференција градова и општина – Савез градова и општина Србије, Београд, 2012, стр. 49.

6 „Предлагач има право да учествује у поступку доделе уговора ако његово учешће у припреми предлога пројекта не нарушава конкуренцију; ако лице из ст. 5 овог чл. има конкурентску предност, јавно тело свим другим заинтересованим лицима или понуђачима обезбеђује све информације потребне да се неутралише таква предност“ (чл. 19 ст. 4 и 5 Закона о ЈПП). Видети и излагање *infra* у тач. 4 дела III овог рада.

7 Закон о ЈПП дефинише јавни уговор као уговор о јавно-приватном партнерству са или без елемената концесије, закључен у писаном облику између јавног и приватног партнера односно јавног или приватног партнера и друштва за посебне намене, којим се у циљу реализације пројекта јавно-приватног партнерства, уређују међусобна права и обавезе уговорних страна (видети чл. 4 ст. 1 тач. 3 Закона). Закон у чл. 46 предвиђа 28 елемената јавног уговора. Рок трајања јавног уговора не може бити краћи од 5 нити дужи од 50 година. При томе је дискреција јавног тела у погледу рока на који се закључује јавни уговор лимитирана условом да овај рок „не ограничава тржишну утакмицу више него што је то потребно да се обезбеди амортизација улагања приватног партнера и разуман повраћај уложеног капитала, истовремено узимајући у обзир ризик који је повезан са комерцијалним коришћењем предмета уговора“ (видети чл. 18 ст. 1-2 Закона).

II Асиметричност информација јавног тела и приватног актера

За креирање уговорног односа јавног и приватног партнера, карактеристична је тзв. „асиметричност“ информација.⁸ Описана асиметрија постоји како код јавног, тако и код приватног актера.

Асиметричност информација у корист јавног тела у поређењу са приватним актером заснована је на чињеници да јавно тело располаже знањем о квалитету постојеће инфраструктуре (нпр. код водоснабдевања локалне самоуправе имају сопствено, „приватно“ знање о квалитету инфраструктуре-пумпних и мерних система, цевовода и слично). Описано знање је у асиметрији са знањем приватног актера, који у одсуству транспарентних и доступних података о квалитету инфраструктуре одустаје од провере информација о карактеристикама и структури постојећих објеката или подручја (земљишта, природних ресурса) на којима се ЈПП пројекат реализује. Разлог одустајања најчешће лежи у трошковима таквог испитивања.⁹

Асиметрија информација у корист приватног актера заснована је на чињеници његове „експертске“ (епистемолошке) легитимације. Наиме, приватни актер, за разлику од јавног (при чему је недостатак експертске на страни јавног тела посебно еклатантан код држава у транзицији) поседује посебна знања у погледу начина финансирања и технолошког аспекта одређеног пројекта. Јавни партнер, пак, нема пуно сазнање о нивоу технолошких могућности приватног актера, структури његових трошкова, нити очекиваним нивоом продуктивности пројекта (што су знања која поседује приватни партнер).

Дакле, обе стране имају „предност у информацијама“ у одређеним сегментима; тачније, ниво информисања у односу на поједина питања

8 Видети више у: Oliver Hart, „Incomplete Contracts and Public Ownership: Remarks and an Application to Public-Private Partnerships“, *MPO Working Paper Series No. 03/061 Harvard University, July 2002*, доступно на адреси: <http://cosmic.rrz.uni-hamburg.de/webcat/hwwa/edok03/f10886g/wp61.pdf>, 1.4.2013; Linda Lobner, „How well do Public-Private Partnerships work?“, *Diplomarbeit, angestrebter akademischer Grad Magistra der Sozial- und Wirtschaftswissenschaften (Mag.rer.soc.oec.) Wien, im Juni 2009, Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 140, Studienrichtung: Diplomstudium, Volkswirtschaft Betreuer: Ao. Univ.-Prof. Mag. Dr. Wolfgang Weigel*, доступно на адреси, http://othes.univie.ac.at/5764/1/2009-06-29_0401537.pdf сѝр. 24-67, 1.4.2013.

9 Степен могућности превазилажења асиметрије информација у корист јавног партнера условљен је предметом ЈПП пројекта у питању. Тако је испитивање квалитета структуре за водоснабдевање превелики финансијски терет за приватног партнера, уколико је уопште и могуће, с обзиром да су цевоводи испод земље; код других пројеката, попут изградње постројења за производњу електричне енергије, ова је могућност већа, имајући у виду видљивост инфраструктурних мрежа на којима се заснива систем преноса електричне енергије.

је асиметричан. Асиметричност се отклања кооперацијом укључених актера. При томе, не треба бити у заблуди: у односу заснованом на усклађивању супротних интереса (јавни партнер настоји да обезбеди јавну услугу оптималног обима и квалитета, а приватни партнер профит), стране ће у међусобним преговорима чувати сопствене информације у покушају да заштите своје интересе и обезбеде најповољнију могућу позицију. Кооперација јавног и приватног актера, посебно у фази преговора, последица је економског разлога (при чему је очекивани развој да легитимизација ЈПП концепта доведе и до постепене трансформације етике јавног и приватног сектора и вишег нивоа међусобног разумевања).

Последица асиметричности информација јесте „некомплетност“ уговора између јавног и приватног актера о реализацији ЈПП пројекта. „Некомплетан споразум“ назив је за уговор чијим се одредбама, због сложености предмета и дуготрајности спровођења (што је карактеристика уговора о ЈПП), у тренутку закључења не могу предвидети све околности које прате његову реализацију. Наиме, јавни партнер зна који циљ жели да постигне конкретним пројектом (на пример, виши ниво квалитета даљинског грејања, уштеда електричне енергије, ефикасност градског осветљења, модерна паркинг гаража). Знају о циљу, међутим, није комплементарно знање о методама, параметрима и финансијским односно логистичким ресурсима неопходним за његову реализацију. За приватноправног партнера ова некомплетност последица је већ описане асиметрије информација о карактеристикама инфраструктуре које су „приватно знање“ јавног актера.¹⁰

III Услови успеха самоиницијативног предлога

Асиметричност информација и са њоме повезана некомплетност уговора карактеристике су које опредељују методе и процедуре настанка и реализације јавно-приватног партнерства. У том смислу, самоиницијативни предлог (заједно са конкурентским дијалогом)¹¹

10 „Некомплетност“ споразума може се превазићи коришћењем одговарајућих, у међународноправним односима заснованим на страним инвестицијама прихваћених и верификованих метода, попут клаузуле поновног преговарања. Видети више у: Предраг Цветковић, *Међународно право страних инвестиција*, Задужбина Андрејевић, Београд, 2007, стр. 138.

11 Институт „конкурентског дијалога“ предмет је регулисања новог Закона о јавним набавкама Републике Србије (видети чл. 37 Закона о јавним набавкама: на конкурентски дијалог изричито упућује Закон о ЈПП у чл. 23 ст. 2 тач. 2). Наведени поступак преузет је из релевантних директива ЕУ. Намењен је за спровођење сложених јавних набавки. У контексту ЈПП концепта, јавни актер користи овај поступак

релевантан је метод избора приватног партнера за реализацију ЈПП пројекта.

Успех реализације ЈПП пројекта кроз самоиницијативни предлог захтева кумулативно испуњење три групе услова:

- политичких,
- економских,
- правних,

уз услов елиминације конкурентске предности коју „аутор“ самоиницијативног предлога неоспорно има.

1. Политички услов успеха самоиницијативног предлога

Политички контекст функционисања самоиницијативног предлога јесте да се њиме отвара простор и храбри приватни сектор да са јавним телима реализује идеје које би, у другим околностима, јавни сектор због инертности, нефлексибилности и „споре линије учења“ превидео.¹² Јавни актери нису обавезни да прихвате самоиницијативни предлог: међутим, економски разлог приморава их да размотре неке од иницијатива приватног сектора. У овом смислу, илустративна је дефиниција самоиницијативног предлога као „оригиналног решења које је развио приватни сектор за решавање отвореног питања јавног секто-

када због недостатка логистике и/или експертизе не може прецизно да одреди или опише предмет јавне набавке, односно технолошко решење које жели да оствари. Поступак конкурентског дијалога има најмање три фазе. У првој фази сви заинтересовани актери подносе пријаве, на основу општих информација о пројекту; у другој фази наручилац води дијалог са свим кандидатима (којима је претходно признао квалификацију) у циљу проналажења решења. Наручилац (јавни актер) може организовати дијалог у више фаза ради смањења броја решења о којима се води дијалог. Пошто препозна једно или више решења као одговарајуће, наручилац позива кандидате да поднесу коначне понуде. При томе наручилац не може открити кандидатима решење које нуди други кандидат. Да би била спречена злоупотреба овог поступка, односно његова примена и у случајевима када то није оправдано, јавно тело које спроводи поступак конкурентског дијалога дужно је да (према изричитој дикцији Закона о јавним набавкама) пре покретања поступка прибави сагласност Управе за јавне набавке. О конкурентском дијалогу видети више у: Christina D. Tvarno (ed.), *Public-Private Partnerships: An International Analysis-from a Legal and Economic Perspective*, Copenhagen Business School, University of Copenhagen, Central University of Finance and Economics (Beijing), Xinjiang University, University of Malaya, 2010, стр. 163–173, доступно на адреси: <http://unpcdc.org/media/142722/ppp%20book%5B1%5D.pdf>, 1.4.2013.

12 Видети: John Hodges, „Unsolicited Proposals“, *Public Policy for The Private Sector*, March 2003, стр. 3, доступно на адреси: <http://rru.worldbank.org/documents/publicpolicyjournal/257hodge-031103.pdf>, 1.4.2013.

ра, при чему јавно тело није тражило такво решење које, међутим, има јасну, доказиву и неоспорну вредност“.¹³

Политички услови успеха самоиницијативног предлога деле се на директне (услове непосредно везане за јавног актера) и индиректне (услове везане за пројекат који имају утицај на политичку перцепцију самоиницијативног предлога у ширем политичком простору).

Директан политички услов за успех самоиницијативног предлога јесте постојање „*policy window*“¹⁴ -а, односно политичке воље јавног актера да приступи реализацији предмета предлога. Наведена воља зависи од степена спремности политичких првака да активно допринесу развоју у методима реализације јавног интереса користећи ЈПП пројекте тамо где је то оправдано. Директним политичким условом сматра се и потреба елиминисања „*NIH – Not Invented Here*“ синдрома у одлучивању јавног актера о опортуности прихватања самоиницијативног предлога.¹⁵

Индиректни политички услов је, нпр. исувише висок ниво ризика реализације пројекта по самоиницијативном предлогу (економски, политички и слично).¹⁶

13 Видети: Alexander Degenkamp, „Unsolicited Proposals in the Netherlands“, *Master Thesis, 0557047, Technology & Policy, School of Innovation Sciences, Eindhoven University of Technology*, стр. 1, доступно на адреси: <http://alexandria.tue.nl/extra2/afstversl/tm/Degenkamp%202010.pdf>, 1.4.2013.

14 Израз „*policy window*“ подразумева знатно више од декларативне политичке подршке; он суштински означава проактиван однос јавног актера према унапређењу управљања јавним ресурсима. Видети: A. Degenkamp, *нав. дело*, стр. 6.

15 Синдром „*Not invented here*“ институт је корпоративног управљања. Њиме се описује ситуација у којој компанија не прибавља већ постојећи производ, резултате истраживања или услуге с искључивим оправдањем да ови потичу од других субјеката на тржишту. Разлози описаног одбијања варирају од неразумевања идеје, преко одбијања да се примене вредности усвојене у другим околностима и креиране од стране других субјеката. Описани феномен посебно је чест у индустрији софтвера. *Mutatis mutandis*, код самоиницијативне понуде могуће је да јавни сектор поступа на овај начин одбацујући без дубљих анализа предлог приватног партнера. Наведена околност могућа је у свим државама, а посебно онима у којима прелаз из државно контролисане у стабилну и регулаторно перфектуирану тржишну привреду није до краја окончан. Критике и бојазан могу се отклонити одговарајућим институционалним и правним оквиром контроле остваривања ЈПП концепта. *In concreto*, негативан став јавног партнера према самоиницијативном предлогу (који је најчешће праћен негативним ставом према ЈПП концепту начелно) амортизује се *ex ante* усаглашавањем самоиницијативног предлога са околностима конкретног случаја уз рефлектовање релевантног правног, социјалног и политичког оквира (у коме се ЈПП пројекат има реализовати) у елементима предлога. Видети излагање *infra* у тач. 4. дела III овог рада.

16 О ризицима код ЈПП партнерстава видети више у: Jeffrey Delmon, *Private Sector Investment in Infrastructure: Project Finance, PPP Projects and Risk*, 2. edition, Kluwer Law International, 2009, стр. 155–193. Правилно разумевање економског ризика зах-

На овом месту указује се на чињеницу да је политичка сензитивност важна одлика јавно-приватног партнерства. Наиме, располагање јавним ресурсом у корист приватног актера под паском је политичке јавности, јер се њиме у корену разара концепт заснован на монопољу јавних предузећа. Политичка сензитивност се у пуној снази рефлектује кроз појачани притисак на јавног актера који одлучује о прихватању самоиницијативног предлогу.

Одговор на наведени притисак захтева политичку храброст и експертизу. Сама одлука о самоиницијативном предлогу (као и у случају ЈПП пројеката генерално) мора бити донета на основу објективне анализе. У том смислу, политичка храброст мора бити праћена деполитизованим (експертским) аргументима. Посматрано на наведени начин, добра одлука о ЈПП партнерству је и одлука да се не приступи реализацији конкретног пројекта, уколико је таква одлука заснована на рационалним разлозима.¹⁷

Приватни актер мора да кроз садржину и структуру самоиницијативног предлога обезбеди довољно елемената за оправдање одлуке јавног актера о прихватању предлога. Ово оправдање основ је за тражење шире подршке јавности. Наведени приступ приступ заснован је на „златном правилу“ јавно-приватних партнерстава које гласи: што је шири круг субјеката који имају непосредну корист од ЈПП пројекта, то је политички притисак мањи. Описано правило имплементира се на различите начине. На пример, уколико се ради о пројекту изградње и обнове водоводне мреже, било би корисно да у анализу услова његове реализације буду укључени грађани на чији положај и интересе пројекат утиче. Такође, уколико пројекат ЈПП ангажује потенцијално интересе локалне пословне заједнице, њено укључивање у реализацију пројекта значило би за позитивну перцепцију јавно-приватног партнерства у средини у којој се спроводи (под условом да је то укључивање у оквирима могућег, и без угрожавања одрживости пројекта). Такође, јавно-приватно партнерство има потенцијал генерисања отпора запослених у јавном предузећу које се „функционално приватизује“ и чије деловање се наставља кроз ЈПП (ово је у Србији вероватна констелација, имајући у виду да је процес приватизације стигматизован). Сагледавање, већ у фази припреме самоиницијативног предлога, потреба радника запослених у јавном сектору, може да елиминира потенцијалне тешкоће и обезбеди подршку пројекту.

тева деполитизацију анализе, односно излазак политичких првака из замке „хоризонта од четири године“ (изборног периода). Видети више у: П. Цветковић, С. Средојевић, *нав. дело*, стр. 45–46.

17 *Ibid.* Видети више и у: П. Цветковић, Т. Миленковић-Керковић, *нав. чланак*, стр. 760 *passim*.

2. Економски услов успеха самоиницијативног предлога

Економски услов успешности реализације ЈПП пројекта (укључујући и ЈПП пројекат који се има реализовати у складу са самоиницијативним предлогом) оличен је у одрживости пројекта посматраној кроз визуру начела оптималног односа квалитета услуге или делатности, са једне, и уложених средстава, са друге стране (енг. „*value for money*“ принцип). Закон о ЈПП предвиђа да предлог ЈПП пројекта мора да садржи, између осталог, и „пословни план, укључујући услове ЈПП, процену трошкова и анализу добијене вредности у односу на уложена средства („*value-for-money*“, у складу са Методологијом коју доноси Комисија за ЈПП)...“.¹⁸ Описана методологија требало би да обезбеди инструменте за објективну анализу одлуке јавног актера о оправданости прихватања самоиницијативног предлога.

3. Правни услов успеха самоиницијативног предлога

Парадигматичан пример правног услова чије је испуњење неопходно за успех самоиницијативног предлога јесте да аутор предлога располаже или контролише права интелектуалне својине на концепту пројекта и неопходним технологијама његове реализације. Овај је услов карактеристичан за ЈПП пројекат, имајући у виду пре свега чињеницу да компанија која подноси самоиницијативни предлог промовише сопствени концепт са тврдњом да користи нове технологије и технике (нпр, инжињерски „*know how*“ за градњу путева са дужим роком трајања или нову методу пречишћавања отпадних вода). Аргумент за инсистирање на самоиницијативном предлогу приватни партнер заснива на чињеници да спровођење јавне набавке применом других „такмичарских“ поступака (који предвиђају учешће других приватних актера) елиминише његову „конкурентску предност“ (еманирану кроз „новум“ технолошког и/или техничког решења, односно концепта).

На овом месту ваља указати на следеће: апсолутна „новост“ коришћене технологије није без изузетка и увек пожељна карактеристика ЈПП пројекта. Финансијер (један од модалитета иступања приватног партнера)¹⁹ у одређеним ситуацијама подржаће искључиво технологију која је доказана у пракси и са потенцијалом да остане конкурентна у области којој припада пројекат ЈПП. Тиме се елиминише могућност да коришћена технологија током (у случају ЈПП по прави-

18 Видети: чл. 27 ст. 1 тач. 2 Закона о ЈПП. Нацрт методологије о добијеној вредности у односу на уложена средства доступан је на адреси: http://www.bep.rs/documents/c1/ppp/Nacrt%20Metodologije_Draft%20VfMM_PPP.pdf, 1.4.2013.

19 Видети *supra* напомену 2 овог рада.

лу дугорочног) рока експлоатације постане превазиђена. У описаној ситуацији „превазиђености“, производ ЈПП пројекта у моменту „истека технолошког века“ опреме постаје неконкурентан на тржишту, јер га ценом потискују јефтинији производи истоветних карактеристика (на пример, уколико је у области прераде електронског отпада уследио развој технологије на начин који смањује цену по јединици производа, пројекат прераде таквог отпада постаје нерентабилан). Тада постоји ризик да у преосталом року експлоатације ЈПП пројекат (после истека технолошког века коришћене технологије) не генерише планирану добит или чак забележи губитак. Из описаних околности произилази закључак да финансијер, у процесу „условљавања“ подршке пројекту ЈПП, мора да нађе равнотежу између: захтева сигурности (да се ради о доказаној технологији) и захтева технолошке оправданости („технолошки век“ коришћене опреме не сме истећи пре него што се отплате средства која је финансијер уложио у пројекат ЈПП, тачније, не сме бити на горњој граници технолошког века).

Управо у горе наведеном лежи потреба за ЈПП пројектима заснованим на самоиницијативном предлогу: овај институт требало би да каналише иновативне предлоге који се (што се из горе наведеног закључује) отежано финансирају (због објашњеног интереса финансијера да подржавају пројекте засноване на провереним технологијама). Самоиницијативни предлог опција је иновативног приватног партнера који је уверен у његов успех у мери у којој је спреман да сам учествује у припреми и сношењу (по правилу високих) трошкова припреме пројекта. Описана карактеристика правда коришћење и паралелно постојање самоиницијативног предлога и конкурентског дијалога као модалитета избора приватног партнера. Оба поступка требало би да обезбеде да тржишно оријентисани начин размишљања, заснован на принципу остваривања највишег могућег нивоа добити, буде коришћен у циљу реализације јавног интереса (као конститутивног елемента јавно-приватног партнерства).²⁰ Међутим, док је конкурентски дијалог инструмент којим јавни партнер „тражи“ најбоље решење за

20 Конститутивни карактер јавног интереса заснован је на опредељењу Закона да је јавно-приватно партнерство „дугорочна сарадња између јавног и приватног партнера ради обезбеђивања финансирања, изградње, реконструкције, управљања или одржавања инфраструктурних и других објеката од јавног значаја и пружања услуга од јавног значаја, које може бити уговорно или институционално“ (чл. 7 ст. 1 Закона). Дикција је закона да предмет ЈПП не може бити искључиво комерцијално коришћење добра у општој употреби („Битни елементи јавно-приватног партнерства односе се на: 1) предмет ЈПП, који не може бити искључиво комерцијално коришћење добра у општој употреби или другог добра“; чл. 7 ст. 2 тач. 1 Закона). Елемент остваривања јавног интереса је, дакле, конститутиван за постојање ЈПП: без тог елемента, пројекат није ЈПП у смислу Закона о ЈПП и концесијама. За остварење таквог пројекта (комерцијалног, без реализације јавног интереса), јавно

свој пројекат кроз „дијалог“ етаблираних приватних актера и њихових проверених технологија,²¹ самоиницијативни предлог отвара простор за квалитативне искорак у реализацији јавног интереса: тиме се приватни сектор стимулише на иновативност, свеж приступ и размишљање „изван кутије“. Корист од оваквог приступа тиме се „дели“ са јавним сектором. У описаној чињеници лежи шири социјални и друштвени значај самоиницијативног предлога.

Иновативност самоиницијативног предлога мора бити праћена стварањем „додате вредности“ у контексту квалитета решавања одређеног питања од јавног интереса.²² „Додата вредност“ мора бити јасно описана и препознатљива за јавног актера, при чему облици ове „вредности“ могу варирати. На пример, код самоиницијативног предлога за побољшање квалитета даљинског грејања, појавни облик „додатне вредности“ је смањење трошкова грејања (економска, мерљива „вредност“), али и ширење топловодне мреже (што је политичка „додата вредност“ за јавног актера).²³

4. Услов елиминације конкурентске предности

Закон о ЈПП предвиђа да се, након прихватања самоиницијативног предлога, спроводи „редован“ поступак предвиђен Законом о ЈПП (и Законом о јавним набавкама, када постоје услови његове примене),²⁴ уз изричиту одредбу да предлагач има право да учествује у поступку доделе уговора ако његово учешће у припреми предлога пројекта не нарушава конкуренцију. Уколико је нарушавање могуће, јавно тело свим другим заинтересованим лицима или понуђачима обезбеђује све информације потребне да се неутралише таква предност. У случају немогућности „неутрализације“, предлагач се искључује из поступка доделе јавног уговора.²⁵ Практична примена наведених одредби ЈПП свакако ће креи-

тело (влада, локална самоуправа и сл.) може користити друге правне инструменте (нпр. уговор о закупу), који, међутим, остају изван оквира примене Закона о ЈПП.

21 Више о конкурентском дијалогу видети *supra* у напомени 11 овог рада.

22 Видети: А. Degenkamp, *нав. дело*, стр. 6.

23 Корист јавноправних актера није мерљива као што је то случај са добитком од економске делатности. На политичком „тржишту“ (што јесте место где се остварује „циљ“ јавноправног актера) не делује егзактно дефинисан закон понуде и потражње. Стога се остваривање циљева јавног сектора базира на активностима и радњама за које постоји претпоставка да ће обезбедити реалан напредак у обиму и квалитету остваривања јавног интереса. Видети више у: П. Цветковић, Т. Миленковић-Керковић, *нав. чланак*.

24 Видети *supra* напомену 5 овог рада.

25 Видети: чл. 19 ст. 5-7 Закона о ЈПП.

рати контроверзе с обзиром на радикалну санкцију искључења предлагача из поступка у случају немогућности елиминисања конкурентске предности. У том би случају предлагач свакако имао право на надокнаду средстава уложених за израду пројекта (као да је изгубио у такмичарском поступку доделе јавног уговора).

Искуства држава које имају традицију у пројектима ЈПП показују да неутралисање конкурентске предности захтева професионалну администрацију и развијену пословну етику. Када се ради о државама о транзицији, као што је Србија, самоиницијативни предлог требало би користити опрезно, уз уважавање чињенице да ће управо наведени институт вероватно бити једина могућност да поједина јавна тела (попут локалних самоуправа) која не располажу потребним капацитетима и знањима, учествују у пројектима јавно-приватних партнерстава. Амортизација конкурентске предности суштински би се имала спровести *ex ante*, у поступку припреме самоиницијативног предлога. Штавише, ова амортизација је пре задатак приватног, него јавног актера. Наиме, у контексту самоиницијативног предлога, амортизација конкурентске предности захтева да приватни партнер уђе у „одело“ јавног актера и користећи „абдуктивни“ метод закључивања²⁶ креира предлог који доприноси реализацији јавног интереса (уз истовремено остваривање лукративног циља; тиме се креира еквилибријум јавног и приватног интереса).

Подстицај приватном актеру за горе наведено поступање је јасна, транспарентна и динамична политика развоја инфраструктуре и заштите јавног интереса у обављању делатности и пружања услуга од јавног значаја („*policy window*“).²⁷ Суштински, самоиницијативни предлог требало би да изгради нови простор за такву подршку, чак и када јавни актер не препознаје потребу или сматра неостварљивим напредак у одређеној

26 Абдуктивно закључивање, за разлику од индуктивно-дедуктивног метода, закључак доноси на основу „најбољег објашњења“ односно на основу „принципа заједничког узрока“. Видети више у: Александра Зорић, „Реализам и закључак на најбоље објашњење“, *Theoria*, бр. 2/2009, стр. 39, рад доступан на <http://www.doiserbia.nb.rs/img/doi/0351-2274/2009/0351-22740902037Z.pdf>, 1.4.2013. Степен поузданости абдуктивног закључка никада није апсолутан, односно може бити више или мање вероватан (типичан пример абдуктивног закључивања је медицинска дијагностика). *Mutatis mutandis*, у случају самоиницијативног предлога приватни партнер требало би да абдуктивно размишља – „уђе“ у „вредносни систем“ јавног партнера (заснован на политичком, економском, социјалном, правном, историјском, географском и другим дискурсима), те да на тако добијеним закључцима заснује елементе сопственог предлога. Циљ описаног закључивања је да се самоиницијативни предлог учини прихватљивим за јавног партнера и у крајњем отвори простор за политичку подршку реализацији пројекта заснованог на таквом предлогу.

27 Видети *supra* напомену 14. овог рада.

области од јавног интереса. Управо је у томе снага самоиницијативног предлога као конструкције која (за разлику од других метода избора приватног партнера, пре свега путем конкурентског дијалога) не користи постојеће политичке, економске и социјалне приоритете и циљеве, већ има потенцијал подршке јавном актеру да препозна иновативне методе за остваривање јавног интереса.

Predrag N. CVETKOVIĆ, PhD

Assistant Professor at the Faculty of Law University of Niš

Srđan GOLUBOVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Niš

UNSOLICITED PROPOSAL AS AN INSTRUMENT OF IMPLEMENTATION OF PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP

Summary

Unsolicited proposal (hereinafter also “Proposal”) is the institute which strengthens the ability of public bodies to implement projects at the initiative of private actors. The proposal contains an original solution developed by the private sector for the regulation of matter of public interest. Proposed solution must possess demonstrable “added” value in the implementation of such interest. The success of the proposal depends on the fulfillment of economic, legal and political preconditions, including an explicit requirement of eliminating the competitive advantage of the proposal’s author in relation to other potential private partners. The elimination of abovementioned advantage has to be conducted ex ante, in the preparation phase of the proposal. During this phase a private actor should use abductive reasoning in order to anticipate the system of values immanent to the public partner (and to structure the proposal in accordance with the values as established as the result of such anticipation). Had this be the case, the institute of unsolicited proposal should have justified its existence: the channeling of private sector’s innovative solutions which are able to provide qualitative breakthrough in the field of realization of public interest.

Key words: *public-private partnership, unsolicited proposal, the public interest, asymmetry of information, abductive reasoning.*

др Јелена ПЕРОВИЋ
редовни професор Економског факултета Универзитета у Београду

ПРИМЕНА *LEX MERCATORIA* ПРЕД МЕЂУНАРОДНОМ ТРГОВИНСКОМ АРБИТРАЖОМ

Резиме

Издајања у раду посвећена су појединим спорним питањима која покреће примена *lex mercatoria* у спору пред међународном трговинском арбитражом. У том контексту, анализирана је клаузула уговора међународној пословној промети о избору *lex mercatoria*, пре свега у смислу њене дозвољености, тумачења и примене Принципа европској уговорној права и UNIDROIT Принципа у пракси међународне трговинске арбитраже. Посебна пажња посвећена је чињеници да се поменуће клаузуле одликују значајном терминолошким неуједначеношћу, што често представља основ за различита тумачења. Из тих разлога, уговорним странама се саветује да формулисању ове клаузуле придруже са посебном пажњом, уз избегавање широких и недовољно прецизних појмова. У раду је такође анализирана примена општих правних начела од стране арбитра у одсуству клаузуле о меродавном праву.

Кључне речи: *lex mercatoria*, арбитража, уговор, примена, тумачење.

I Увод

Клаузуле о избору права које се примењује на уговор могу имати одлучујућу улогу за успех у спору проистеклом из уговора међународног пословног промета. Разлике у решењима националних правних система у области уговорног права, решења релевантних међународних

конвенција и извора униформног уговорног права уопште, а посебно фундаменталне разлике које постоје између европско-континенталног (*civil law*) и англосаксонског (*common law*) правног система могу довести до суштински различитог исхода једног истог спора, у зависности од права које се у конкретном случају примењује. Избором права које се примењује на уговор постиже се извесност у погледу правног режима коме је уговор подвргнут, а то значи: могућност прецизног формулисања уговорних права и обавеза, тако да уговор представља адекватан израз заједничке намере уговорних страна; познавање правила релевантних за конкретан уговор, а пре свега оних која се односе на пуноважност уговора, закључење уговора, тумачење уговора, испуњење уговорних обавеза, повреду уговора, раскид уговора и накнаду штете; сигурнију процену изгледа за успех у евентуалном спору, као и познавање правила, аргумената и чињеница на које се треба позивати у случају спора.

У уговорима међународног карактера, уговорне стране су, на основу аутономије воље, овлашћене да одреде право које ће се применити на њихов уговорни однос (*lex voluntatis*). Са становишта међународног приватног права, аутономија воље уговорних страна¹ представља примарну тачку везивања за одређење меродавног права.² Уговорна клаузула којом стране одређују право које ће се применити на њихов уговорни однос назива се клаузула о избору меродавног права.³ Правила о одређењу меродавног права су у значајној мери везана за форум надлежан за решење спора проистеклог из конкретног уговорног односа, због чега се у пракси међународног пословног промета клаузула о избору меродавног права најчешће комбинује са клаузулом којом се одређује надлежност за решавање спорова. У тим оквирима, најчешће се уговара арбитража због њене прилагођености потребама међународног пословног промета и предности којима се одликује у односу на државни суд.⁴

Предмет овог рада представља анализа појединих спорних питања која покреће примена *lex mercatoria* у спору пред међународном трговинском арбитражом. У том контексту, у раду је анализирана клаузула

1 В. Ј. Deruppé, *Droit international privé*, Paris, 1997, стр. 123 и даље.

2 У савременом међународном приватном праву, начело аутономије воље је универзално прихваћено. Српски ЗРСЗ ово начело изричито предвиђа у члану 19 према коме: „За уговор је меродавно право које су изабрале уговорне стране, ако овим законом или међународним уговором није друкчије одређено.“

3 О овој клаузули као стандардној клаузули међународних привредних уговора: Ј. Перовић, *Стандардне клаузуле у међународним привредним уговорима*, Београд, 2012, стр. 135-187; S. Marchand, *Clauses contractuelles Du bon usage de la liberté contractuelle*, Helbing Lichtenhahn, 2008, стр. 251-254.

4 В. L. A. DiMatteo, *Law on International Contracting*, Kluwer Law International, Wolters Kluwer Law & Business, 2 ed., 2009, стр. 52, где се истиче: „Arbitration is the most common vehicle for dispute resolution in international commercial transactions.“

уговора међународног пословног промета о избору *lex mercatoria*, као и примена општих правних начела од стране арбитра у одсуству клаузуле о меродавном праву.

II Дозвољеност клаузуле о примени *lex mercatoria* пред Међународном трговинском арбитражом

У међународном пословном промету, уговорне стране често не желе да свој уговор подвргну праву одређене државе; уместо тога, оне се опредељују за примену транснационалних правила, која се најчешће означавају као *lex mercatoria*. Не улазећи у различита доктринарна одређења појма *lex mercatoria*, у најопштијем смислу се може констатovati да *lex mercatoria* подразумева правила транснационалног карактера (правила чији извор не представља право само једне одређене државе),⁵ као и међународне трговачке обичаје (правила понашања која се обично примењују у одређеној бранши трговачких активности).⁶

У упоредном праву широко је прихваћен став о дозвољености клаузуле о меродавном праву којом се предвиђа примена *lex mercatoria* у спору који решава међународна трговинска арбитража.⁷ Закључак о слободи уговорних страна да предвиде примену *lex mercatoria* пред међународном трговинском арбитражом произилази из самог термина „правна правила“ који се често користи у релевантним изворима права.

5 Термин „транснационална“ правила чини се адекватнијим у односу на термин „анационална“ правила с обзиром да се основни извори ових правила огледају управо у заједничким обележјима најзначајних националних правних система.

6 Уопште о *lex mercatoria*, в. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Paris, 1996, стр. 818–819; P. K. Berger, *The creeping codification of the lex mercatoria*, The Hague, London, Boston, 1999; Ch. Brunner, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles, Exemption for Non-performance in International Arbitration*, Wolters Kluwer Law & Business, 2009, спец. стр. 1–3; O. Lando, „The Principles of European Contract Law and the *lex mercatoria*“, у: *Private Law in the International Arena – Liber Amicorum Kurt Siehr*, The Hague, 2000, стр. 391–404; L. A. DiMatteo, *нав. дело*, стр. 13 и даље.

7 B. T. Carbonneau (ed.), *Lex mercatoria and Arbitration, A discussion of the New Law Merchant*, Transnational Juris Publication, New York, 1990; F. Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, L.G.D.J., Paris, 1992; F. de Ly, *International Business Law and Lex mercatoria*, North-Holland, 1992; M. de Boissésou, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, GLN Joly, Paris, 1990, стр. 59; P. Lalive, „Arbitrage en Suisse et *lex mercatoria*. Note sur un important arrêt anglais“, *Bulletin de l'Association Suisse de l'arbitrage*, 1987, стр. 165; UNIDROIT Principles of international commercial contracts 2010, UNIDROIT, Rome 2010, коментар уз Преамбулу, стр. 3; O. Lando, H. Beale, *Introduction, u Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, 2000, стр. xxiv.

Тако на пример, избор „правних правила“ од стране уговорних страна предвиђају француски Нови законик о грађанском поступку⁸ и холандски Законик о грађанском поступку.⁹ У истом смислу, швајцарски Закон о међународном приватном праву одређује да арбитража решава спор према „правним правилима“ која су изабрале уговорне стране.¹⁰ Ово решење усвојено је и у појединим изворима униформног права. Тако на пример, према Модел закону UNCITRAL-а о међународној трговинској арбитражи, „арбитражни суд одлучује о спору у складу са правним правилима која су стране изабрале као меродавна за суштину спора“.¹¹

Став о дозвољености уговарања општих правних начела у споровима пред међународном трговинском арбитражом потврђен је и у међународној арбитражној пракси. Правила Арбитражног суда ИСС предвиђају да су стране слободне да се сагласе о правним правилима која ће арбитражи применити на суштину спора.¹² У истом смислу, Међународно удружење правника (*International Law Association*) усвојило је резолуцију према којој: „Чињеница да је арбитар у међународној арбитражи засновао одлуку на транснационалним правилима (општи правни принципи, принципи заједнички за више права, међународно право, трговачки обичаји, итд.) пре него на праву одређене државе, не би смело, само по себи, да утиче на пуноважност или извршивост арбитражне одлуке, уколико су се стране споразумеле о томе да ће арбитар примењивати транснационална правила.“¹³

8 Члан 1496.

9 Члан 1054. Приликом представљања овог Закона у Парламенту 2. јула 1986. године, холандска Влада је, у контексту члана 1054, у образложењу нагласила да термин „правна правила“ подразумева не само национална права, већ и *lex mercatoria*. В. А. V. M. Struycken, у: *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, Paris, 1986, стр. 207 и 227, нав. према Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, нав. дело, стр. 815.

10 Члан 187. – „*Le tribunal arbitral statue selon les règles de droit choisies par les parties ou, à défaut de choix, selon les règles de droit avec lesquelles la cause présente les liens les plus étroits*“. Више о овом питању у швајцарском праву, P. Lalive, J. F. Poudret, C. Reymond, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Payot, Lausanne, 1989, стр. 393; G. Kaufmann-Kohler, „Le contrat et son droit devant l'arbitre international“, у: *Le contrat dans tous ses états*, Staempfli Editions SA, Berne, 2004, стр. 364, где се констатује: „*Par ailleurs, il est généralement admis que l'arbitre n'est pas confiné au droit national, mais peut appliquer des règles anationales, souvent désignées par le terme de lex mercatoria*.“

11 Члан 28. У истом смислу и члан 42 Конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и грађана других држава из 1965. године.

12 Члан 17.

13 Резолуција је усвојена поводом 65. конференције Удружења у Каиру 1992. године. Слични ставови усвојени су од стране Института за међународно право у Атини

III Тумачење клаузуле о примени *lex mercatoria*

У уговорима међународног пословног промета, клаузуле којима се предвиђа *lex mercatoria* одликују се великом терминолошким неуједначеношћу. У тим оквирима, употребљавају се различите формулације, као што су на пример „општи принципи права“, „међународно прихваћена правна начела“, „пракса у међународној трговини уобичајена за одређену врсту послова“, „обичаји у међународној трговини“ и сл.¹⁴ Различите формулације клаузула о меродавном праву које се односе на примену *lex mercatoria* често су основ за различита тумачења у споровима пред међународном трговинском арбитражом.

Слобода уговарања „правних правила“ у споровима које решава међународна трговинска арбитража допушта уговорним странама да предвиде примену различитих компоненти појма који се обично означава као *lex mercatoria*. Приликом одређења конкретних правила која ће се применити у оквиру *lex mercatoria*, арбитражи полазе од тумачења клаузуле о меродавном праву. Тумачећи ову клаузулу, арбитражи морају бити свесни различите терминологије која се у пракси међународног пословног промета употребљава у контексту *lex mercatoria*, због чега тумачење не треба да буде ограничено на термине конкретне клаузуле; арбитражи треба да истраже праву намеру уговорних страна у погледу правила која ће се применити на уговор. Тако на пример, уговарање „обичаја у међународној трговини“, често упућује на намеру страна да уговор подвргну примени општих принципа права међународне трговине, иако то није изричито предвиђено. Другим речима, потребно је да арбитражи, у светлу свих релевантних околности случаја, утврде шта су уговорне стране имале у виду кад су употребиле одређену формулацију која се односи на примену правних правила. У том контексту, појам *lex mercatoria* треба разумети као општи и оквирни појам који генерише различите случајеве у којима стране не желе да подвргну свој уговор праву једне одређене државе.¹⁵

С друге стране, у одређеним случајевима, уговорне стране предвиђају примену принципа заједничких за више правних система. Тако на пример, у једном случају који је решавао Арбитражни суд ИСС, клаузулом о меродавном праву предвиђени су „заједнички принципи државе Египта и САД“, у ком случају су арбитражи морали да изврше компаративну анализу уговором предвиђених националних права, како би

1979. године у погледу уговора које закључује држава, као и од стране Института *Santiago de Compostela* 12. септембра 1989. године.

14 UNIDROIT Principles, *ibidem*; O. Lando, H. Beale, *ibidem*.

15 У том смислу, Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *нав. дело*, стр. 819.

дошли до онога што се у тим оквирима може сматрати заједничким „принципима“.¹⁶ У истом смислу, уговор о изградњи тунела испод канала *la Manche*, у клаузули о меродавном праву предвиђао је примену „принципа заједничких истовремено за енглеско право и француско право, а у одсуству таквих заједничких принципа, општих принципа права међународне трговине који се примењују од стране националних и међународних судова“.¹⁷

Клаузуле којима се уговара примена принципа заједничких за више правних система могу проузроковати значајне проблеме за арбитра који, суочени са таквом клаузулом, морају извршити темељну анализу свих предвиђених правних система у настојању да дођу до оних начела која су им заједничка. Такав задатак је изузетно сложен и деликатан; он захтева добро компаративно познавање од стране арбитра више националних правних система, посебно искуство у њиховој примени, као и осећај за издвајање оних начела која су тим системима заједничка. Како сваки арбитар, без обзира на његову стручност и добру вољу, нужно не поседује све поменуте квалификације, могуће је да примена правила на основу овакве клаузуле доведе до решења које не одговара намери уговорних страна.

IV Примена Принципа европског уговорног права и UNIDROIT Принципа на основу клаузуле о избору *lex mercatoria*

Принципи европског уговорног права примењују се *обавезно* онда кад су се уговорне стране споразумеле да они чине саставни део уговора или кад су их предвиделе као право које ће бити примењено на њихов уговор. С друге стране, Принципи *могу* бити примењени ако су се уговорне стране споразумеле да се на њихов уговор примене „општа правна начела“, „*lex mercatoria*“ и слично, или ако уговорне стране нису изабрале неко право или правна правила као меродавна за свој уговор. Принципи се могу применити и онда кад у меродавном праву односно у меродавним правним правилима нема решења за одређено правно питање које се поставило у спору.¹⁸ Слично решење предвиђено је и у погледу примене UNIDROIT Принципа. Област примене ових Принципа одређена је у Пре-

16 Одлука Арбитражног суда ICC бр. 5163, нав. према E. Gaillard, „Trente ans de *lex mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux de droit“, *Journal du droit international (JDI)*, 1995, 5, стр. 23.

17 Клаузула 68 заједничких услова за уговор о изградњи који су 13. августа 1986. године закључили *Eurotunnel* и *Transmanche Link*. Нав. према Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, нав. *дело*, стр. 826.

18 Члан 1.101 Принципа европског уговорног права.

амбули у којој је предвиђено: да Принципи садрже правила за међународне трговинске уговоре; да се *обавезно* примењују кад су се уговорне стране споразумеле о њиховој примени на уговор; да се *моћу* применити кад су се уговорне стране споразумеле да се на њихов уговор примењују „општа правна начела“, „*lex mercatoria*“ и слично, као и онда кад уговорне стране нису предвиделе меродавно право за њихов уговор.¹⁹

На основу наведених правила може се закључити да је област примене оба документа постављена врло широко. Ипак, њихова примена обавезна је само у случају кад их стране експлицитно у уговору предвиде. Таква би на пример била клаузула: „На овај уговор примењују се UNIDROIT Принципи (2010).“²⁰ У осталим случајевима, а пре свега онда кад су стране предвиделе примену општих правних начела, *lex mercatoria* или неку сличну формулацију, примена Принципа представља само *једну од моћуности* које долазе у обзир приликом одређења меродавног права од стране арбитра. Из тих разлога, уговорне стране које су се у клаузули о меродавном праву определиле за неку од поменутих широких формулација не треба са сигурношћу да рачунају на примену Принципа европског уговорног права или UNIDROIT Принципа на њихов уговор, упркос препорукама доктрине да такве клаузуле треба тумачити у светлу упућивања на један од ова два документа.²¹

V Примена општих правних начела од стране арбитра у одсуству клаузуле о меродавном праву

Принципи европског уговорног права и UNIDROIT Принципи у одређеним случајевима могу бити примењени од стране арбитра и онда кад уговор не садржи клаузулу о меродавном праву.²² Према општем правилу, у одсуству аутономије воље, меродавно право се одређује на основу релевантних правила међународног приватног права. Ипак, поједине међународне трговинске арбитраже садрже врло флексибилна правила која дозвољавају арбитрама да, у одсуству клаузуле о меродавном праву, примене она правна правила која оцене *одговарајућим* у конкретном спору.²³ Поред тога, поједини национални закони који се одно-

19 У Преамбули се надаље предвиђа да Принципи могу бити коришћени за тумачење или допуну међународних извора униформног права.

20 В. UNIDROIT Principles, коментар уз Преамбулу, *нав. дело*, стр. 1.

21 В. на пример О. Lando, Н. Beale, *нав. дело*, стр. 96, где се наводи: „*The parties, courts or arbitrations are therefore invited to regard such clauses as referring to these Principles...*“

22 Члан 1.101 став 3(6) Принципа европског уговорног права, став 4 Преамбуле UNIDROIT Принципа.

23 В. на пример члан 17 став 1 Правила Арбитражног суда ICC према којима: „*The parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the Arbitral Tribunal*

се на област арбитраже дозвољавају примену *lex mercatoria* од стране арбитра у случају кад стране нису предвиделе меродавно право.²⁴

Иако се арбитражи у оваквој ситуацији најчешће опредељују за одређено национално право, у појединим случајевима, они могу применити општа правна начела која су свој израз нашла у Принципима европског уговорног права и UNIDROIT Принципима. До тога може доћи на пример онда кад из уговора или околности произилази да ниједна од страна не жели да прихвати национално право друге стране или кад је уговор повезан са више националних правних система, при чему ниједна веза није довољно значајна да оправда примену једног националног права уз искључење осталих.²⁵ Примена Принципа европског уговорног права и UNIDROIT Принципа у оваквим случајевима у доктрини се образлаже чињеницом да ови документи представљају резултат компаративне анализе правила релевантних за уговорне односе, као и широке међународне дискусије о овим питањима; као такви, они су прилагођени потребама спорова који проистичу из међународних трговинских уговора у већој мери него било који посебан национални правни систем.²⁶

VI Закључак

Анализа уговорне клаузуле о избору *lex mercatoria* упућује на закључак да је реч о изузетно сложеном питању коме је, приликом формулисања уговора у међународном пословном промету, потребно посветити посебну пажњу. У случају кад уговорне стране не желе да свој уговор подвргну праву одређене државе већ се, уместо тога, опредељују за примену транснационалних правила, потребно је да избегавају уопштене и апстрактне формулације у клаузули о меродавном праву с обзиром да такве формулације носе ризик различитих тумачења и спорних ситуација. С друге стране, клаузуле којима се уговара примена принципа заједничких за више правних система могу проузроковати значајне проблеме за арбитраже који су, на основу овакве клаузуле, обавезни да изврше темељну анализу свих предвиђених правних система у циљу одређења

to the merits of the dispute. In the absence of any such agreement, the Arbitral Tribunal shall apply the *rules of law which it determines to be appropriate*“ (подвукао аутор), или члан 24 став 1 Правила Арбитражног института Привредне коморе Стокхолма.

24 На пример француски, белгијски, италијански и холандски законици о грађанском поступку (в. О. Lando, Н. Beale, *нав. дело*, стр. 98). Посебно о овом питању са становишта правила француског Новог законика о грађанском поступку, в. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *нав. дело*, стр. 813.

25 UNIDROIT Principles, коментар уз Преамбулу, *нав. дело*, стр. 4–5.

26 О. Lando, Н. Beale, *нав. дело*, стр. 96–97.

оних начела која су им заједничка. Такав задатак је изузетно деликатан и може довести до решења које не одговара намери уговорних страна. Из тих разлога, у случају кад се уговорне стране одреде за примену *lex mercatoria*, експлицитно уговарање одређених збирки правила као што су UNIDROIT Принципи или Принципи европског уговорног права чини се оптималним решењем са становишта извесности уговорних страна у погледу правила која ће на њихов уговор бити примењена.

Jelena PEROVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Economics, University of Belgrade

APPLICATION OF *LEX MERCATORIA* IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

Summary

This contribution offers an analysis of the application of lex mercatoria in case where the parties agree to submit disputes arising from their contract to international commercial arbitration. Parties to international commercial contracts who do not wish to submit their contract to a particular domestic law sometimes provide that the contract shall be governed by the rules of transnational character. In that respect, parties use vague concepts and different formulations, such as “general principles of law”, “usages and customs of international trade”, lex mercatoria, etc. what may cause different interpretations. In order to avoid uncertainty, parties are advised to provide for the concrete set of rules such as Principles of European Contract Law or UNIDROIT Principles. The article also treats the application of the general principles of law in cases where the contract is silent as to applicable law.

Key words: *lex mercatoria, arbitration, contract, application, interpretation.*

др Милена ЂОРЂЕВИЋ, LL.M.
доцент на Правном факултету Универзитета у Београду

ПУНОВАЖНОСТ УГОВОРНИХ ОДРЕДАБА О ПЛАЋАЊУ УНАПРЕД ОДРЕЂЕНОГ НОВЧАНОГ ИЗНОСА ЗА СЛУЧАЈ ПОВРЕДЕ ГОВОРА О МЕЂУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ РОБЕ*

Резиме

Уговарање одредаба којима се дужник обавезује да илални одређени новчани износ иовериоцу за случај иовреде уиовора је уобичајена иословна иракса у међународној ииривини. То, међуиим, још увек не значи да различии национални закони на исии начин ииреиуирају иуноважност иоваких одредаба и иихово дејство. Овај рад настиоји да иружи иреилед концевииуалних разлика у иоиледу иуноважности и дејства ових одредаба у земљама анилосаксонској и кониииненциалној иравној система. Аутор заиим указује на найоре који су учињени на међународном илану с циљем сиварања једнообразној иравној оквира за ову маиерију. Рад настиоји и да иружи одиовор на иииање на који начин се иуноважност ових одредаба има исиииваии када се на уиовор у којем су садржане иримењује Конвенција УН о уиоворима о међународној иродаји робе. На крају, аутор износи и конкретне иредлоје у иоиледу сачињавања иексии уиовора који садржи овакве клаузуле, а којима би се обезбедила иихова иуноважност без обзира на меродавно ираво и надлежни суд, односно арбиитражу иред којим се ово иииање решава.

Кључне речи: Бечка конвенција, уиоворна казна, уиоворена накнада, накнада ииеее, иуноважност.

* Рад је написан као прилог пројекту Правног факултета Универзитета у Београду „Развој иравној система Србије и хармонизација са иравом ЕУ – иравни, економски и социолошки аспекти (2013).“

I Уводне напомене

Закључивањем уговора о међународној продаји робе уговорне стране на себе преузимају одређена права и обавезе, али и одређене ризике: купац да неће добити робу коју је платио, продавац да неће добити цену за робу коју је испоручио. За случај да се један од ових ризика оствари, тј. за случај да једна уговорна страна не испуни своју обавезу, Конвенција Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе (у даљем тексту: Бечка конвенција или Конвенција),¹ као и велики број модерних националних закона,² у члановима 45 и 61 предвиђа широк спектар правних средстава заштите на које оштећена страна има право за случај повреде уговора,³ а чији је циљ да нарушену равнотежу међусобних уговорних давања поново успостави, односно да повериоца доведу у позицију у којој би био да је дужник извршио своје обавезе у складу са уговором. Између осталог, Конвенција предвиђа да друга уговорна страна може захтевати накнаду штете коју услед тога трпи. Уколико стране нису друкчије уговориле, обим накнаде штете, односно висина накнаде,⁴ одмериће се према одредбама чланова 74–77

- 1 Бечка конвенција донета је 11. априла 1980. године, а ступила на снагу 1. јануара 1988. године. Текст Конвенције на светским језицима доступан је на интернет страници Комисије УН за међународно привредно право (UNCITRAL): http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html. Текст Конвенције на српском језику налази се у Закону о ратификацији Конвенције (*Службени гласник СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 10–1/84). СФРЈ је била једна од првих земаља које су ратификовале Конвенцију, и на тај начин допринела њеном ступању на снагу 1988. године. Закључно са 1. априлом 2013. године Конвенцију је ратификовало 79 држава света. Списак држава које су ратификовале Конвенцију доступан је на адреси: <http://www.uncitral.org/en-index.htm>.
- 2 За упоредноправни приказ правних средстава заштите повериоца за случај повреде уговора вид. Guenter H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract – A Comparative Account*, Clarendon Press, Oxford, 1988.
- 3 Општи је став да ово није затворен списак правних средстава на које оштећена страна има право за случај повреде уговора јер начело аутономије воље дозвољава уговорним странама да предвиде и друга средства заштите њихових уговорних интереса за случај повреде уговора. Међутим, сматра се, без изузетка, да чланови 45 и 61 Конвенције искључују могућност коришћења правних средстава заштите које уговорним странама могу стајати на располагању на основу одредаба меродавног националног права, а које Конвенција изричито уређује. Вид. Markus Müller-Chen, „Article 45“ у: Ingeborg Schwenzer (ed.), *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, New York, 2010, стр. 701–702; одлука америчког суда за јужни дистрикт државе Њујорк у случају *Geneva Pharmaceuticals Tech. Corp. v. Barr Labs. Inc.* од 10. маја 2002. године (CISG-Online бр. 653).
- 4 У правној теорији се обим накнаде *штите* може посматрати само са становишта обухвата накнаде штете (као скуп свих штета које су се догодиле због неке штетне радње а које се надокнађују), одвојено од питања висине накнаде штете (вид.

Конвенције, а уговорна одговорност за накнаду штете биће ограничена одредбама чланова 79 и 80 Конвенције.⁵

Упоредна анализа права на накнаду штете и других правних средстава за заштиту интереса повериоца за случај повреде уговора, неспорно показује да је право на накнаду штете, иако по формалном редоследу последње на списку правних средстава оштећене стране за случај повреде уговора, несумњиво најважније правно средство повериоца и готово увек доступно, било самостално, било допунски уз друго правно средство.⁶ Отуд и не чуди да је међународна пословна пракса

Martin Vedriš, *Osnove imovinskog prava – Opći dio Imovinskog prava, stvarno, obvezno i nasljedno pravo*, Informator, Zagreb, 1977, стр. 313–314), а могуће је и његово проучавање како у смислу врста штете које се могу накнадити, тако и у погледу висине накнаде штете (вид. Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд, 2008, стр. 508). Члан 266 Закона о облигационим односима под насловом „Обим накнаде“ обухвата како питања врсте штете која се може надокнадити за случај повреде уговора, тако и питања одмеравања (и ограничења) њене висине.

5 Као руководна начела у одмеравању накнаде штете и ограничењу њеног обима у систему Конвенције издвајају се начело потпуне накнаде штете, начело аутономије воље, начело накнаде предвидљиве штете, начело спречавања штете, начело новчане накнаде штете, начело конкретног одмеравања штете, начело разумности, начело повериоачевог слободног избора у погледу начина одмеравања штете и начело умањења накнаде штете због користи коју је поверилац имао у вези са повредом уговора. Вид. Милена Ђорђевић, *Обим накнаде штете због повреде уговора о међународној продаји робе*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, стр. 104–287. О ослобођењу од одговорности за накнаду штете према одредбама Бечке конвенције вид. М. Ђорђевић, *нав. дело*, стр. 146–165.

6 Вид. М. Ђорђевић, *нав. дело*, стр. 30–103. У истом смислу вид. Peter Huber, „Article 45“, у: Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscasillas (eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – Commentary*, С. Н. Beck-Hart-Nomos, Munich, 2011, стр. 685; М. Müller-Chen, *нав. дело*, стр. 699; Peter Schlechtriem, Petra Butler, *UN Law on International Sales: The UN Convention on the International Sale of Goods*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2008, стр. 93; Joseph Lookofsky, „The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods“, у: Jacques Herbots (ed.), *International Encyclopedia of Laws – Contracts*, Supplement 49, Kluwer Law International, The Hague, 2007, стр. 121; Chengwei Liu, *Remedies in International Sales Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles and PECL*, Juris Net LLC, New York, 2007, стр. 395; Sieg Eiselen, „Measuring damages for breach of contract: Remarks on the manner in which the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts may be used to interpret or supplement Article 74 of the CISG“, у: John Felemegas (ed.), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, Cambridge University Press, New York, 2007, стр. 212; Riku Korpela, „Article 74 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods“, у: Pace International Law Review (ed.), *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2004–2005*, Sellier Elp, Munich, 2006, стр. 76; Vincent Heuzé, *La vente internationale de marchandises, droit uniforme*, LGDJ, Paris, 2000, стр. 399–400; John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United*

и анализа неколико стотина судских и арбитражних одлука показала да је захтев за накнаду штете најчешће истицан захтев за заштиту интереса повериоца због повреде уговора.⁷ Ово је последица, пре свега, бројних услова чија се испуњеност захтева за коришћење других правних средстава, односно једноставности доказивања испуњености услова за коришћење права на накнаду штете и позитивним ефектима који се правилно утврђеним обимом накнаде штете и правилно одмереном висином накнаде штете на тај начин остварују у имовини повериоца (он се тако доводи у имовинску ситуацију у којој би био да је уговор уредно извршен).

Претходно изнето, међутим, не значи и да је штету чија се накнада захтева увек лако доказати,⁸ нити да тако одмереном висином накнаде поверилац увек бива у потпуности заштићен од негативних последица

Nations Convention, Kluwer Law International, The Hague, 1999, стр. 302–303; Michael Will, „Article 45“, у: Massimo C. Bianca, Michael J. Bonell (eds.), *Commentary on the International Sales Law – the 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffrè, Milan, 1987 стр. 331; Сандра Фишер-Шобот, „Право купца на накнаду штете због повреде обавезе испоруке у међународном и домаћем праву“, *Правни животи*, бр. 11/2011, стр. 386; Јелена Перовић, „Принцип потпуне накнаде и правило предвидљивости штете у Конвенцији УН о међународној продаји робе“, *Правни животи*, бр. 11/2010, стр. 273; Витомир Поповић, Радован Вукадиновић, *Међународно њословно љраво – љосебни гео: Уовори међународне љривине*, Бањалука – Крагујевац, 2010, стр. 212. У истом смислу вид. одлуку немачког суда *OLG M¼nchen* од 11. јула 2011. године (Pace); одлуку немачког суда *OLG Hamm* од 30. новембра 2010. године (CISG-Online бр. 2291); одлуку аргентинског суда *Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial* од 5. октобра 2010. године (CISG-Online бр. 2207); одлуку аргентинског суда *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial* од 24. јуна 2010. године (CISG-Online бр. 2132); одлуку немачког суда *LG Stuttgart* од 29. октобра 2009. године (CISG-Online бр. 2017); одлуку грчког првостепеног суда у Атини бр. 8161/2009 из 2009. године (Pace); одлуку швајцарског суда *AG Luzern-Land* од 21. септембра 2004. године (CISG-Online бр. 963); одлуку руске ICAC арбитраже од 16. априла 2003. године (CISG-Online бр. 1683); одлуку швајцарског суда *Cour de Justice de Genève* од 15. новембра 2002. године (CISG-Online бр. 853); одлуку швајцарског суда *HG des Kantons Aargau* од 5. новембра 2002. године (CISG-Online бр. 715); одлуку ICC арбитраже бр. 9978 од 1. марта 1999. године (CISG-Online бр. 708).

7 У том смислу проф. Готанда истиче: „У не љако давној љрошлости љи љи љања која су се љи љцала накнаде љи ље ље у међународним љи љоровима из облас љи љи љоворној љрава нису изазивала мно љо љажње љра љи љи љчара, судија, ар љи љара и ака љемске јавнос љи љи. Данас, међу љи љим, ова љи љи љања су љес љи љо у љен љи љру љи љора, и љред љи љав љају нај љом љи љикованија, нај љи љорнија и нај љи ље же об ља љи љива љравна љи љи љања, и све више љрив љаче љаж љу међународне зај љеднице.“ John Gotanda, *Damages in Private International Law*, Recueil Des Cours 326 (2007), Hague Academy of International Law, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2007, стр. 83.

8 Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem, Christopher Kee, *Global Sales and Contract Law*, Oxford University Press, New York, 2012, стр. 636. Више о доказивању штете вид. I. Schwenzer, P. Hachem, C. Kee, *нав. дело*, стр. 645–648; М. Ђорђевић, *нав. дело*, стр. 181–190.

повреде уговора по његову имовину.⁹ Напротив, одмеравање накнаде штете се често у литератури означава као најкомпликованије питање за судију, односно арбитра који решава спор из области међународног привредног права.¹⁰ Додатно, није увек ни у интересу повериоца да ‘отвори своје књиге’ и суду, односно арбитражи, а самим тим и супротној страни, односно јавности, пружи доказе о маржама које наплаћује, клијентима и другим поверљивим пословним информацијама, од којих зависи одмеравање накнаде измакле добити, на пример.¹¹ Из овог разлога, уговорне стране често уговором предвиђају који се облици штете имају надокнадити за случај повреде уговора, а не ретко уговором унапред предвиђају и новчани износ који дужник има платити повериоцу за случај повреде уговора.¹² Оваква уговорна пракса у складу је са

9 О проблемима накнаде појединих облика штете, као и о начинима ограничења висине накнаде штете, вид. I. Schwenzer, P. Hachem, C. Kee, *нав. дело*, стр. 611–623, 636; М. Ђорђевић, *нав. дело*, стр. 196–287, 337–435.

10 John Gotanda, „Recovering Lost Profits in International Disputes“, *Georgetown Journal of International Law*, бр. 36/2004, стр. 62; М. Ђорђевић, *нав. дело*, стр. 210–218.

11 Peter Schlechtriem, *Calculation of damages in the event of anticipatory breach under the CISG*, доступно на адреси: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem20.html>.

12 Jack Graves, „Penalty Clauses and the CISG“, *The Journal of Law & Commerce*, бр. 30/2012, стр. 155; I. Schwenzer, P. Hachem, C. Kee, *нав. дело*, стр. 633; Giuditta Cordero-Moss (ed.), *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*, Cambridge University Press, New York, 2011, стр. 161 et seq; Larry DiMatteo, „Enforcement of Penalty Clauses: A Civil-Common Law Comparison“, *Internationales Handelsrecht*, бр. 5/2010, стр. 193; Jack Beatson, Andrew Burrows, John Cartwright, *Anson’s Law of Contract*, Oxford University Press, Oxford, 2010, стр. 565; Pascal Hachem, *Agreed Sums Payable upon Breach of an Obligation – Rethinking Penalty and Liquidated Damages Clauses*, Dissertation, University of Basel, Basel, 2009, стр. 4; Antonias Dimolitsa, „Contractual remedies: clauses pénales and liquidated damages clauses“, у: Filip De Ly & Laurent Lévy (eds.), *Interest, Auxiliary and Alternative Remedies*, Dossiers, ICC Publication No. 684, Paris, 2008, стр. 14; Carole Murray, David Holloway, Daren Timson-Hunt, *Schmitthoff’s Export Trade – The Law and Practice of International Trade*, Sweet & Maxwell, London, 2007, стр. 91; Friedrich Blase, Philipp Höttler, „Claiming Damages in Export Trade – On Recent Developments of Uniform Law“, у Pace International Law Review (ed.), *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2004–2005*, Sellier Elp, Munich, 2006, стр. 57; Bernardo Cremades, „Les dommages-intérêts conventionnels prévus en cas de rupture de contrat, les clauses pénales et les dommages-intérêts à caractère répressif dans les contrats internationaux“, *Revue de droit des affaires internationales*, бр. 1/2004, стр. 329–330; Marcel Fontaine, Filip De Ly, *Droit des Contrats Internationaux: analyse et rédaction de clauses*, FEDUCI, Bruylant, Bruxelles 2003, стр. 331; Небојша Јовановић, *Кључне разлике енглеској и српској уговорној љрава*, Службени гласник, Београд, 2008, стр. 109; Petar Miladin, „Odnos ugovorne kazne i srodnih klauzula“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, бр. 56(6)/(2006), стр. 1761–1762; С. Перовић (ред.), *Коментар Закона о облијационим односима*, књига прва, Савремена администрација, Београд, 1995, стр. 628; Ивица Јанковец, *Уговорна одговорност*, Пословна политика, Београд,

начелом аутономије воље, које је једно од основних начела на којима Конвенција почива.¹³

Имајући у виду значај ових уговорних одредаба, као и учесталост њихове употребе, разматраћемо најпре њихово дејство у упоредном праву (део II), затим њихов значај у униформном праву (део III) и, коначно, питање њихове пуноважности у уговорима на које се примењује Бечке конвенције (део IV).

II Одредбе о плаћању унапред одређеног новчаног износа за случај повреде уговора у упоредном праву

Већ смо назначили да је уговарање одредаба којима се дужник обавезује да плати одређени новчани износ повериоцу за случај повреде уговора уобичајена пословна пракса у међународној трговини. Ове одредбе, које се у различитим земљама означавају различитим терминима (одредбе о уговореној накнади штете (енгл. *liquidated damages*) или одредбе о уговорној казни (фр. *clauses pénales*)), у већини случајева служе истој сврси и у уговор се уносе с истом наменом – оне представљају претходно учињену процену висине накнаде штете (претпостављена штета) коју ће дужник платити за случај повреде уговора¹⁴ и на тај начин избећи потребу доказивања конкретне штете, која је у већини случајева „ђаволски посао“.¹⁵

1993, стр. 298; Михаило Константиновић, „Природа уговорне казне – смањење од стране суда“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2/1953, стр. 212.

13 Вид. одлуку грчког првостепеног суда из Атине бр. 4505/2009 (Pace); одлуку Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије (у даљем тексту: српска СТА) бр. Т-4/05 од 15. јула 2008. године (CISG-Online бр. 1795); одлуку српске СТА бр. Т-10/09 од 31. маја 2010. године (CISG-Online бр. 2262); одлуку српске СТА бр. Т-4/05 од 15. јула 2008. године (CISG-Online бр. 1795); одлуку италијанског суда *Tribunale di Padova* од 25. фебруара 2004. године (CISG-Online бр. 819); одлуку српске СТА бр. Т-2/00 од 9. децембра 2002. године (CISG-Online бр. 2123); одлуку италијанског суда *Tribunale di Rimini* од 26. новембра 2002. године (CISG-Online бр. 737); одлуку белгијског суда *Hof Beroep Ghent* од 15. маја 2002. године (CISG-Online бр. 746); одлуку белгијског суда *Rechtbank van Koophandel Ieper* од 18. фебруара 2002. године (CISG-Online бр. 764); одлуку немачког суда *LG Stendal* од 12. октобра 2000. године (CISG-Online бр. 592).

14 У теорији се оправдано истиче да је у већини трговачких уговора *quid pro quo* за укључивање одредбе о уговореној накнади повећање цене. У том смислу, одредба о уговореној накнади игра улогу полисе осигурања. Оштећени кроз већу цену плаћа премију осигурања од повреде уговора, а за случај да до повреде дође – кроз уговорену накнаду штете добија обештећење. Вид. L. DiMatteo, *нав. чланак*, стр. 194.

15 Bruno Zeller, „Penalty Clauses: Are They Governed by the CISG?“, *Pace International Law Review*, бр. 23/2011, стр. 1–2; P. Hachem, *нав. дело*, стр. 33; A. Dimolitsa, *нав. дело*, стр. 13; Larry DiMatteo, „Penalties as Rational Response to Bargaining Irrationality“,

Примера ради, у једном случају у српској арбитражној пракси истакнуто је да је „сврха уговорне казне да унапред одреди колики је износ штеће за повреду уговора; поверилац се ослобађа терета доказивања постојања штеће односно њене висине и довољно је да дужник није о доследости извршио своју обавезу – на дужнику је терет доказивања да није одговоран за закашњење (у том смислу треба тумачити одредбу члан 275 став 1 Закона о облигационим односима према којој поверилац има право да захтева уговорну казну и кад није претрпео штећу)“.¹⁶

На сличан начин на уговорну казну гледа и део српске судске праксе који стоји на становишту да је споразум парничних странака о уговорној казни „један од најчешћих инструмената којима се уређују односи између привредно правних субјеката поводом штеће које настају кршењем међусобних уговорних обавеза. Поверилац у чију је користи споразумом предвиђена уговорна казна, умесно да изражи и утврђује накнаду штеће по одређеним правилима уговорне одговорности уз обавезу да докаже да је штећу претрпео и колика је она, може се одредити и за најлакшу уговорну казну уз једину обавезу да докаже постојање повреде обавезе од стране дужника“.¹⁷

Међутим, како један од разлога уговарања ових одредаба може бити и појачавање уговорне дисциплине, тј. вршење притиска на дужника да изврши уговор,¹⁸ то се оне не третирају на исти начин у земљама

Michigan State Law Review, 2006, стр. 883–923; Hans Stoll, Georg Gruber, „Article 74“, у: Peter Schlechtriem & Ingeborg Schwenzer (eds.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, New York, 2005, стр. 769; Lucinda Miller, „Penalty Clauses in England and France: A Comparative Study“, *International & Comparative Law Quarterly*, бр. 53/2004, стр. 79–106; M. Fontaine, F. De Ly, *нав. дело*, стр. 332; Ugo Draetta, Ralph Lake, *Contrats Internationaux: pathologie et remèdes*, FEDUCI, Bruylant, Bruxelles, 1996, стр. 114–115; G. H. Treitel, *нав. дело*, стр. 212; Hugh Beale, *Remedies for Breach of Contract*, Sweet & Maxwell, London, 1980, стр. 53; Гордана Ајншпилер–Поповић, „Институт уговорне казне у домаћем законодавству“, *Правни инструктор*, бр. 16/2012 (ParagrafLex); Јаков Радишић, *Облигационо право*, Номос, Београд, 2000, стр. 321; Витомир Поповић, *Правни аспекти доцне кривца*, Бања Лука, 1998, стр. 141; Александар Јакшић, Срђан Стојановић, *Елементи за једно уговорно право*, Београд, 1995, стр. 299; Ивица Јанковец, „Начело потпуне накнаде штете у случају повреде уговора“, *Привредноправни приручник*, бр. 7/1983, стр. 5; Владимир Капор, *Уговор о кувовини и продаји робе – тумач Ојшћих узанси за промет робом*, Савремена администрација, Београд, 1961, стр. 271; М. Константиновић, *нав. чланак*, стр. 210.

16 Вид. одлуку српске СТА бр. Т-22/05 од 30. октобра 2006. године (CISG-Online бр. 2081). У истом смислу, вид. одлуку српске СТА бр. Т-22/05 од 30. октобра 2006. године (CISG-Online бр. 2081).

17 Вид. пресуду Вишег трговинског суда, Пж. 8266/2003 од 5. августа 2004. године. У истом смислу вид. пресуду Врховног суда Србије, Прев. 395/2005 од 16. новембра 2005. године и пресуду Вишег трговинског суда, Пж. 2909/2008.

18 Вид. L. DiMatteo, *нав. чланак (2010)*, стр. 193; G. H. Treitel, *нав. дело*, стр. 213; H. Beale, *нав. дело*, стр. 53; Г. Ајншпилер–Поповић, *нав. рад*; Јелена Перовић, „Заштит-

англосаксонске и континенталне правне традиције.¹⁹ То и не чуди ако се узме у обзир различит третман у погледу права на извршење уговора у овим земљама.²⁰

не клаузуле у међународним трговинским уговорима“, *Правни животић*, бр. 12/2009, стр. 480–481; Ј. Радишић, *нав. дело*, стр. 321; С. Перовић (ред.), *нав. дело*, стр. 628–629; А. Јакшић, С. Стојановић, *нав. дело*, стр. 299; И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 298; М. Константиновић, *нав. чланак*, стр. 210.

На двоструку улогу уговарања уговорне казне указано је и у српској арбитражној пракси: „у уговорном праву уговорна казна игра видну улогу као важан фактор учвршћивања уговорне дисциплине (обезбеђења испољивања) и као средство остваривања права на накнаду штете која настаје повредом обавезе. Према томе у уговорном праву, као и у нашем праву уговорна казна има две функције и то функцију средства обезбеђења уговора и функцију средства накнаде штете. Свака од поменутих двеју функција уговорне казне представља бићно обележје природе уговорне казне, иако ће у једном случају бити јаче наглашена њена функција средства обезбеђења, док ће у другом преовлађати њена функција накнаде штете“. Вид. одлуку српске СТА бр. Т-2/00 од 9. децембра 2002. године (CISG-Online бр. 2123).

19 Одредбе које примарно имају за циљ накнаду штете за случај повреде уговора сматрају се пуноважним у готово свим земљама света. Одредбе које имају циљ да изврше притисак на дужника како би извршио своју обавезу или да га казне за случај неизвршења нису пуноважне у земљама англосаксонске правне традиције. Вид. J. Graves, *нав. чланак*, стр. 166; Pascal Hachem, „Agreed Sums in CISG Contracts“, *Annals FLB – Belgrade Law Review*, бр. 3/2011, стр. 141–143; L. DiMatteo, *нав. чланак* (2010), стр. 193–199; Ewan McKendrick, „Article 7.4.13“, у: Stefan Vogenauer, Jan Kleinheisterkamp (eds.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, Oxford, 2009, стр. 919–920; Allan Farnsworth, *Contracts*, 4th edition, Aspen Publishers, New York, 2004, стр. 811–817; Michel Berger, „Préjudice indemnisable et droit international des contrats“, *International Business Law Journal*, бр. 4/2004, стр. 430; B. Cremades, *нав. чланак*, стр. 330–331; Aristides Hatziis, „Having the Cake and Eating It Too: Efficient Penalty Clauses in Common and Civil Contract Law“, *International Review of Law and Economics*, бр. 22/2002, стр. 381–403; Clayton Gillette, Steven Walt, *Sales Law – Domestic and International*, Foundation Press, New York, 2002, стр. 379; James Klotz, John Barrett, *International Sale Agreements – An Annotated Drafting and Negotiating Guide*, Kluwer Law International, The Hague, 1998, стр. 259–260; Ugo Mattei, „The Comparative Law and Economics of Penalty Clauses in Contracts“, *American Journal of Comparative Law*, бр. 43/1995, стр. 433–434; G. H. Treitel, *нав. дело*, стр. 228–229; Н. Јовановић, *нав. дело*, стр. 109.

20 Наиме, правници континенталноправне традиције захтев за извршење уговорне обавезе виде као примарно средство заштите уговорних интереса оштећене стране, док правници англосаксонског правног система повериоцу дају право да захтева извршење само изузетно, а у накнади штете виде примарно и адекватно средство заштите уговорних интереса повериоца. Вид. J. Graves, *нав. чланак*, стр. 170; I. Schwenzer, P. Hachem, C. Kee, *нав. дело*, стр. 562–571; Ignacio Marín García, „Enforcement of Penalty Clauses in Civil and Common Law: A Puzzle to be solved by the Contracting Parties“, *European Journal of Legal Studies*, бр. 5/2012, стр. 82; Andrea Björklund, „Article 28“, у: S. Kröll, L. Mistelis, P. Perales Viscasillas (eds.), *нав. дело*, стр. 372–375; M. Müller-Chen, „Article 28“, у: I. Schwenzer (ed.), *нав. дело*, стр. 459–461;

У земљама континенталне правне традиције, одредбе о уговорној казни, по правилу, представљају одредбе о унапред одређеном новчаном износу који се има платити за случај повреде уговора, који, по правилу, служи накнади штете.²¹ Тај износ понекад може укључивати и елемент који прелази износ накнаде штете, те представља и средство за појачавање уговорне дисциплине, али нема утицаја на пуноважност ових одредаба.²² Међутим, судови земаља континенталног права, готово без изузетка, задржавају право да, на приговор дужника или *ex officio*, износ уговорене накнаде, који је у грубој несразмери са износом стварно претрпљене штете (или ако је он несразмерно висок с обзиром на вредност и значај предмета обавезе), умање.²³

Vanessa Mak, *Performance – Oriented Remedies in European Sale of Goods Law*, Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2009, стр. 77–114; J. Gotanda, *нав. дело*, стр. 92, 94–105; C. Liu, *нав. дело*, стр. 15; Peter Huber, Alastair Mullis, *The CISG – A new textbook for students and practitioners*, Sellier ELP, Munich, 2007, стр. 186; Jürgen Basedow, „Towards a Universal Doctrine of Breach of Contract: The Impact of the CISG“, *International Review of Law and Economics*, бр. 25/2005, стр. 492–493; Franco Ferrari, „What Sources of Law for Contracts for the International Sale of Goods? Why One Has to Look Beyond the CISG“, *International Review of Law and Economics*, бр. 25/2005, стр. 336–337; Avery Katz, „Remedies for Breach of Contract Under the CISG“, *International Review of Law and Economics*, бр. 25/2005, стр. 384; Konrad Zweigert, Hein Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, 3rd edition, Clarendon Press, Oxford, 1998, стр. 470–483; U. Draetta, R. Lake, *нав. дело*, стр. 65–66; G. H. Treitel, *нав. дело*, стр. 46; Jacob Ziegel, „The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspectives“ у: Nina Galston, Hans Smit (eds.), *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Mathew Bender, New York, 1984, стр. 9–9, 9–10; Катарина Јовичић, „Захтев за извршење уговора према Бечкој конвенцији о уговорима о међународној продаји робе“, *Правни живоић*, бр. 11/2011, стр. 389–390; В. Поповић, Р. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 178; Н. Јовановић, *нав. дело*, стр. 95; Јелена Вилус, Славко Царић, Стеван Шогоров, *Међународно привредно право*, Научна књига, Београд, 1989, стр. 199; Јелена Вилус, „Бечка конвенција о међународној продаји робе и компромиси на којима почива“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 3–4/1985, стр. 353.

21 A. Hatzis, *нав. чланак*, стр. 399–401; L. Miller, *нав. чланак*, стр. 85; Peter Benjamin, „Penalties, Liquidated Damages and Penal Clauses in Commercial Contracts: A Comparative Study of English and Continental Law“, *International & Comparative Law Quarterly*, бр. 9/1960, стр. 610–611; И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 297.

22 L. Miller, *нав. чланак*, стр. 85; P. Benjamin, *нав. чланак*, стр. 618, 620; P. D. V. Marsh, *Comparative Contract Law: England, France, Germany*, Gower, Hampshire 1994, стр. 329–331.

23 Вид. члан 274 ЗОО; члан 1152 став 2 Француског грађанског законика; члан 1384 Италијанског грађанског законика; члан 1336 став 2 Аустријског грађанског законика; § 343 Немачког грађанског законика и др. Више о томе вид. М. Константиновић, *нав. чланак*, стр. 211–214; И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 313–316; Драган Павић, „Судска контрола висине уговорне казне“, *Правни живоић*, бр. 10/2000, стр. 399–403; I. Schwenzler, P. Nachev, C. Kee, *нав. дело*, стр. 638–640; I. M. García, *нав. чланак*,

У земљама англосаксонског права, с друге стране, да би одредба о уговореној накнади била пуноважна она мора да представља *истинску* процену (енгл. *genuine estimate*) штете која може настати за случај повреде уговора и не сме служити 'заstraшивању' дужника (дејство *in terrorem*).²⁴ Уколико је њен износ већи од разумног, или уколико њена сврха није накнада штете већ стварање притиска на дужника да своју обавезу изврши на време и у свему у складу са уговором, оваквој одредби неће бити признато правно дејство.²⁵ Међутим, ако се утврди да је одредба пуноважна, суд, по правилу, неће прибегавати њеном смањењу, чак и ако она није сразмерна стварно насталој штети, или ако не постоји могућност реалне процене штете, јер начела слободе уговорања и правне сигурности, нарочито у трговинским уговорима, у овим земљама имају примат у односу на начело заштите дужника.²⁶

Даље, док у земљама континенталног права, по правилу, поверилац има могућност избора између уговорне казне и других правних средстава која му стоје на располагању, па тако и могућност да захтева накнаду штете изнад износа уговорне казне, уколико докаже постојање штете већег обима,²⁷ у земљама англосаксонског права, с друге стране,

стр. 85–86; P. Hachem, *Agreed Sums Payable upon Breach of an Obligation – Rethinking Penalty and Liquidated Damages Clauses*, Eleven international publishing, Den Haag, 2010, стр. 123–124; Frank McKenna, „Liquidated damages and penalty clauses: a civil law versus common law comparison“, *Critical Path*, 2008, стр. 4–5.

24 Вид. одлуку енглеског суда у случају *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage & Motor Co. Ltd.*, [1914] UKHL 1, [1915] AC 79; § 2– 718(1) JT3; § 365(1) Зборника (другог) америчког уговорног права. Више о томе вид. L. DiMatteo, *нав. чланак (2010)*, стр. 195–198; A. Farnsworth, *нав. дело*, стр. 811–817; D. R. Harris, „Chapter 26: Damages“, у: Hugh Beale (ed.), *Chitty on Contracts*, vol. I, Sweet & Maxwell, London, 2004, стр. 1490–1492; Harvey McGregor, *McGregor on Damages*, Sweet & Maxwell, London, 2003, стр. 431–444; J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright, *нав. дело*, стр. 566–569; Louise Gullifer, „Agreed Remedies“, у: Andrew Burrows, Edwin Peel (eds.), *Commercial Remedies Current Issues and Problems*, Oxford University Press, Oxford, 2003, стр. 194–195; Guenter H. Treitel, *The Law of Contract*, Thomson – Sweet & Maxwell, London, 2003, стр. 999–1002; C. Murray, D. Holloway, D. Timson-Hunt, *нав. дело*, стр. 91–92; A. Hatzis, *нав. чланак*, стр. 384–389; L. Miller, *нав. чланак*, стр. 80–85; P. Benjamin, *нав. чланак*, стр. 602–606.

25 *Ibid.*

26 Вид. Giuditta Cordero-Moss, „Conclusion: the self-sufficient contract, uniformly interpreted on the basis of its own terms: an illusion, but not fully useless“, у: Giuditta Cordero-Moss (ed.), *нав. дело*, стр. 363; P. Hachem, *нав. дело (2010)*, стр. 82–84; J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright, *нав. дело*, стр. 566; A. Farnsworth, *нав. дело*, стр. 811; Н. Јовановић, *нав. дело*, стр. 112; И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 316. У истом смислу вид. одлуку енглеског суда у случају *Alfred McAlpine Capital Projects Limited v. Tilebox Limited* [2005] EWHC 281 (TCC).

27 P. Hachem, *нав. дело (2009)*, стр. 171.

поверилац нема право да захтева накнаду штете која прелази уговорени износ одређен за случај повреде уговора.²⁸

Ипак, чини се да су разлике између ова два система пренаглашене у теорији, пре свега из термилолошких разлога,²⁹ разлика у филозофији и историјском развоју уговорног права у овим земљама,³⁰ а последично и суштинског неразумевања улоге коју одредбе о уговорној казни имају у систему континенталног права.³¹ Иако већ у самом називу носе одредницу ‘казна’, чини нам се неспорним да је превасходна сврха ових одредаба накнада штете.³² Не чуди зато да се оне по правилу налазе у поглављима закона која регулишу материју накнаде штете.³³ Такође, чињеница да поверилац има право да захтева накнаду штете уколико њена висина премашује износ уговорне казне, указује на њену функцију остварења накнаде штете.³⁴ Исто тако, чињеница да је умањење износа

28 P. Nachem, *нав. дело* (2009), стр. 166–167; A. Farnsworth, *нав. дело*, стр. 811–817; Н. Јовановић, *нав. дело*, стр. 110; И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 316.

29 У истом смислу вид. F. McKenna, *нав. чланак*, стр. 3. Имајући у виду да израз ‘уговорна казна’ већ по свом називу не одговара филозофији уговорног права англосаксонских земаља, у новијој литератури на енглеском језику, као и у изворима униформног уговорног права, данас се користе неутрални термини ‘fixed sums’, ‘agreed sums’, односно ‘agreed payment’ уместо израза уговорна казна, односно ‘contractual penalty’. Видети, нпр. члан 7.4.13 UNIDROIT Начела.

30 У теорији се често истиче да различито поимање уговора и уговорне одговорности у земљама англосаксонске и континенталне правне традиције има своје корене у различитом историјском развоју права у земљама континенталне Европе, с једне стране, и Енглеске, с друге стране. Док су англосаксонско уговорно право стварали и развијали трговци с циљем разрешења одређених практичних проблема, дотле су кодификације земаља континенталне Европе одраз одређених филозофских и моралних принципа времена у којем су стваране. Зато се данас и каже да је, примера ради, француско право више ‘морално’ и ‘догматско’, док је енглеско право више прагматично и у складу са законима економске логике. Видети: Richard Posner, „Let Us Never Blame a Contract Breaker“, *Michigan Law Review*, бр. 107/2009, стр. 1352; Ugo Draetta, Ralph Lake, Ved Nanda, *Breach and Adaptation of International Contracts*, Butterworth Legal Publishers, New Hampshire, 1992, стр. 33–34.

31 Више о томе вид. Časlav Pejović, „Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading To The Same Goal“, *Victoria University of Wellington Law Review*, бр. 32/2001, стр. 826.

32 У истом смислу вид. I. Schwenzer, P. Nachem, C. Kee, *нав. дело*, стр. 636; А. Јакшић, С. Стојановић, *нав. дело*, стр. 301; И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 298; М. Константиновић, *нав. чланак*, стр. 210.

33 Вид. примера ради, Закон о облигационим односима Србије и Италијански грађански законик. Иста методологија примењена је и у инструментима униформног права (UNIDROIT Начела, Начела европског уговорног права, и др.).

34 Vilim Gorenc, *Zakon o obveznim odnosima s komentarom*, RriF-Plus, Zagreb, 1998, стр. 383; Борислав Благојевић, Врлета Круљ (ред.), *Коментар Закона о облигационим односима*, Савремена администрација, Београд 1980, стр. 687;

уговорне казне по правилу увек могуће уколико је висина уговорне казне у великој несразмери са штетом коју је претрпео поверилац такође указује на њихов примарно одштетни карактер, баш као и околност да се, по правилу, не допушта кумулација захтева за накнаду штете и захтева за уговорну казну, изузев до износа којим висина штете премашује износ уговорне казне.³⁵ Коначно, анализа доступне судске и арбитражне праксе потврђује да је у земљама континенталног права одредбама о уговорној казни признато дејство у мери у којој оне заиста одговарају сврси накнаде штете, а не кажњавању дужника.³⁶

III Одредбе о плаћању унапред одређеног новчаног износа за случај повреде уговора у униформном праву

Иако Бечка конвенција не садржи одредбу о плаћању унапред одређеног новчаног износа за случај повреде уговора (у даљем тексту: уговорена накнада) то не значи да аутори Конвенције нису разматрали ово питање током сачињавања њеног коначног текста. Напротив, још 1977. године радна група за израду нацрта Конвенције је пред собом имала предлог одредбе која би регулисала ово питање.³⁷ У прилог овом предлогу истакнуто је да би Конвенција требало да садржи одредбу о

35 Вид. P. Nachet, *нав. дело* (2010), стр. 161; А. Јакшић, С. Стојановић, *нав. дело*, стр. 310–311; И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 311–313; Г. Ајншпилер–Поповић, *нав. рад*. У истом смислу вид. одлуке судова бивше Југославије наведене у: Драгољуб Симоновић, *Накнада штете према Закону о облигационим односима*, Службени гласник, Београд, 2009, стр. 521–522. У прилог допуштености кумулирања ова два захтева вид. V. Gorenc, *нав. дело*, стр. 383; Иван Букљаш, „Правни институти за јачање уговорне дисциплине“, *Привредноправни приручник*, бр. 1/83, стр. 7; Б. Благојевић, В. Круљ (ред.), *нав. дело*, стр. 687.

36 За супротно мишљење вид. О. Антић, *нав. дело*, стр. 160; Д. Павић, *нав. чланак*, стр. 395–398.

37 „Сйрране се моју доіоворитији у уіовору или на друіи начин да уіоворна сйррана која йовреди уіовор на йредвиђени начин има обавезу да йлајији уіоворену висину накнаде шйеіше друіој сйррани.

Уколико није друіачије уіоворено, йлаћање овако уіоворене накнаде шйеіше може се йражиити заједно са захйевом за извршење уіовора.

Судја или арбићар моју, на захйев сйрране која има обавезу йлаћања овако уйврђеној износа, смањити износ уіоворене накнаде уколико је друіа сйррана дойринела шйеіши или није сараћивала у извршењу уіовора іде је, йрема околностима случаја, йаква сарадња била неойходна.

Друіа сйррана може захйевати, уместо уіоворене висине накнаде, накнаду шйеіше у складу са чланом 55. уколико је шйеіша коју је йреіћрйела значајно већа неіо износ уіоворене накнаде.“

Вид. Doc. B(1), UNCITRAL Yearbook VIII (1977), A/32/17, стр. 25–64, пара. 510, доступно на адреси: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/legislative/B01-74.html>.

уговореној накнади штете, јер се ова врста уговорне одредбе налази у широкој употреби у уговорној пракси међународне трговине. Даље, истакнуто је, да би установљење једнообразног режима за ову врсту уговорних одредаба представљало значајан допринос међународној трговини јер се правила националних правних система о оваквом начину одмеравања накнаде штете због повреде уговора у великој мери међусобно разликују.

Међутим, иако је кратка дискусија око овог члана потврдила постојање потребе за једнообразним режимом који би уређивао ово питање, постигнута је општа сагласност да установљење таквог режима повлачи сложене проблеме који захтевају пажњу, која им се у овој фази писања Конвенције не може посветити. Примећено је и да се ово питање јавља и код многих уговора који нису у домену примене Бечке конвенције, те да би било пожељно да се ова материја регулише посебним инструментом који би важио за све међународне трговинске уговоре, а не само за уговор о међународној продаји робе. Из тог разлога, дата је иницијатива да се упути предлог Генералном секретару Комисије Уједињених нација за међународно трговинско право (UNCITRAL) да размотри потребу и могућност установљења униформног режима за одредбе о уговореној накнади штете, односно уговорној казни.³⁸

Као реакција на ову иницијативу, UNCITRAL је 1983. године донео Једнообразна правила о клаузулама о уговореној суми за случај неиспуњења или неуредног испуњења уговора, а Генерална скупштина УН је препоручила државама да озбиљно размотре ова правила и да их, уколико то сматрају целисходним, унесу у своје законодавство.³⁹ Слична правила о овом питању усвојена су и у UNIDROIT Начелима међународних трговинских уговора и Начелима европског уговорног права.⁴⁰

Ипак, упркос овим значајним међународним напорима на унификацији правног режима који се тиче одредаба о уговореној накнади штете, није уследила и адекватна реакција националних законодавста-

38 Вид. Doc. B(1), UNCITRAL Yearbook VIII (1977), A/32/17, стр. 25-64, пара. 511-513, доступно на адреси: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/legislative/B01-74.html>.

39 Енгл. *Uniform Rules on Contract Clauses for an Agreed Sum Due upon Failure of Performance*. Ова правила су доступна на адреси: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1983Uniform_rules.html.

40 Члан 7.4.13 UNIDROIT Начела и члан 9:509 Начела европског уговорног права. Оба скупа правила дају право суду да уговорени износ накнаде умањи, али не предвиђају одредбу да оштећена уговорна страна може захтевати износ накнаде штете који прелази износ уговорене накнаде. Униформна правила, с друге стране, предвиђају и умањење износа уговорене накнаде (члан 8) и право оштећеног да захтева накнаду штете до пуног износа штете коју трпи (члан 7).

ва. Недостатак једнообразног правног режима који би регулисао дејство уговорене накнаде штете, остало је нерешено питање које је изазвало доста проблема у теорији и пракси и још их изазива. Тако је и данас спорно да ли Конвенција уређује питање пуноважности одредаба о уговореној накнади, какав је њихов однос према другим правним средствима заштите, као и какво је дејство члана 79 Конвенције на захтеве за накнаду штете чија је висина одмерена оваквим уговорним одредбама; коначно, спорно је да ли одредбе Конвенције могу служити као мерило за умањење износа тако уговорене накнаде уколико је уговором предвиђена висина накнаде штете у очигледној несразмери са насталом штетом.⁴¹ Уочени проблеми у решавању овог питања последица су већ назначених разлика дејстава оваквих одредаба у земљама различитих правних традиција.

IV Пуноважност одредаба о уговореној накнади у систему Конвенције

Иако Бечка конвенција, у складу са начелом аутономије воље, не спречава странке да у уговор унесу одредбу о уговореној накнади,⁴² питање њене пуноважности је, по претежном ставу правне доктрине⁴³

41 Предмет овог рада је само питање пуноважности одредаба о уговореној накнади у систему Конвенције. За друга спорна питања вид. Мишљење Саветодавног већа за примену Бечке конвенције бр. 10, *Agreed Sums Payable upon breach of an Obligation in CISG Contracts* (известилац др Паскал Хашем), од 3. августа 2012. године, доступно на адреси: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op10.html>; М. Ђорђевић, *нав. дело*, стр. 273–280.

42 J. Graves, *нав. чланак*, стр. 164–165; Bruno Zeller, „When Is A Fixed Sum Not A Fixed Sum But A Penalty Clause?“, *The Journal of Law & Commerce*, бр. 30/2012, стр. 184; Milena Djordjević, „Article 4“, у: S. Kröll, L. Mistelis, P. Perales Viscasillas (eds.), *нав. дело*, стр. 74; одлука српске СТА од 15. јула 2008. године (CISG-Online бр. 1795); одлука америчког федералног суда за округ Пенсилваније у случају *American Mint LLC v. GOSoftware, Inc.* од 6. јануара 2006. године (CISG-Online бр. 1175); одлука ICC арбитраже бр. 9978 од 1. марта 1999. године (CISG-Online бр. 708).

43 J. Graves, *нав. чланак*, стр. 157–158; John Honnold, Harry Flechtner, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, стр. 581; М. Djordjević, *нав. дело*, стр. 74–75; Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem, „Article 4“, у I. Schwenzer (ed.), *нав. дело*, стр. 93; Pascal Hachem, „Fixed Sums in CISG Contracts“, *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, бр. 13/2009, стр. 222 *et seq.*; С. Liu, *нав. дело*, стр. 540 *et seq.*; Bénédicte Fauvarque-Cosson, Denis Mazeaud (eds.), *European Contract Law, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Sellier ELP, Munich, 2008, стр. 210; Friedrich Blase, Philipp Hötter, „Remarks on the damages provisions on the CISG (Article 74), Principles of European Contract Law (PECL), and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC)“, у: John Felemegas (ed.), *An International Approach to the Interpretation of the United*

и судске праксе,⁴⁴ питање које не уређује Бечка конвенција већ меродавно национално право.⁴⁵ Исто важи и за пуноважност уговарања висине уговорене накнаде изнад износа предвиђеног меродавним националним правом.⁴⁶

С друге стране, питање форме ових одредаба као услова њихове пуноважности остаје у сфери регулисања Бечке конвенције, те се ни овде, као ни за друга питања, захтев писмене форме, по правилу, не поставља, јер начело консенсуализма задржава примат.⁴⁷ Наиме, сматра се да члан 4

Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law, Cambridge University Press, New York, 2007, стр. 475; C. Gillete, S. Walt, *нав. дело*, стр. 390; Henry Gabriel, *Contracts for the Sale of Goods: A Comparison of Domestic and International Law*, Oceana Publications, New York, 2004, стр. 204–205; John Murray, Harry Flechtner, *Sales, Leases and Electronic Commerce: problems and Materials on National and International Transactions*, West Group, St. Paul, 2000, стр. 398; Joseph Lookofsky, *Understanding the CISG in the USA – A Compact Guide to the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Kluwer Law International, Boston, 1995, стр. 105; M. Berger, *нав. чланак*, стр. 432. За супротно мишљење вид. B. Zeller, *нав. чланак (2011)*, стр. 1–14.

- 44 Вид. одлуку српске СТА од 31. маја 2010. године (CISG-Online бр. 2262); одлуку српске СТА од 15. јула 2008. године (CISG-Online бр. 1795); одлуку немачког суда OLG Hamburg од 25. јануара 2008. године (CISG-Online бр. 1681); одлуку српске СТА од 30. октобра 2006. године (CISG-Online бр. 2081); одлуку кинеске CIETAC арбитраже од 7. децембра 2005. године (CISG-Online бр. 2124); одлуку руске ICAC арбитраже од 27. априла 2005. године (CISG-Online бр. 1500); одлуку италијанског суда *Tribunale di Padova* од 25. фебруара 2004. године (CISG-Online бр. 819); одлуку руске ICAC арбитраже од 16. априла 2003. године (CISG-Online бр. 1683); одлуку руске ICAC арбитраже од 18. фебруара 2002. године (CISG-Online бр. 890); одлуку италијанског суда *Tribunale di Vigevano* од 12. јула 2000. године (CISG-Online бр. 493); одлуку руске ICAC арбитраже од 10. јануара 1998. године (CISG-Online бр. 2122); одлуку белгијског суда *Rechtbank van koophandel Hasselt* од 21. јануара 1997. године (CISG-Online бр. 360); одлуку ICC арбитраже бр. 7197 из 1992. године (CISG-Online бр. 36).
- 45 У истом смислу вид. Мишљење Саветодавног већа за примену Бечке конвенције бр. 10.
- 46 Примера ради, поједине земље предвиђају да износ уговорене накнаде не може прелазити законом прописан лимит – у Вијетнаму 5% од вредности обавезе за коју се уговара (члан 378. Закона о уговорима); у Монголији 50% од вредности обавезе за коју се уговара (члан 232. став 4 Монголског грађанског законика); у Боливији, Бразилу и Мексику, на пример, до вредности обавезе за коју се уговара (члан 534 Боливијског грађанског законика; члан 412. Бразилског грађанског законика, члан 1843. Мексичког грађанског законика). У праву Србије такав лимит није предвиђен законом, али познаје члан 52. Посебних узанси о грађењу (*Службени лист СФРЈ*, бр. 18/77) и износи највише 5% од укупне уговорене цене радова за случај задоцњења.
- 47 P. Nachem, *нав. чланак (2011)*, стр. 145; Мишљење Саветодавног већа за примену Бечке конвенције бр. 10, пара. 3.5. За супротно мишљење вид. одлуку словачког суда у Нитри од 29. јуна 2006. године (CISG-Online бр. 1757).

Конвенције искључује примену Конвенције за питања пуноважности уговора само у мери у којој та питања нису регулисана Конвенцијом.⁴⁸ Тако, ако се питање форме уговора или уговорне одредбе сматра питањем пуноважности уговора у смислу домаћег права, то питање се неће сматрати питањем пуноважности у смислу одредаба Конвенције, јер Конвенција питање форме уговора регулише чланом 11 прописујући начело слободе форме као основно начело на којем Конвенција почива (уз изузетке наведене у члановима 12 и 96 Конвенције).⁴⁹

Већ је напоменуто да се одредбе које у земаљама континенталног права уобичајено носе назив уговорна казна, по правилу неће сматрати пуноважним у англосаксонским земљама јер се, у мери у којој служе притиску на дужника да изврши уговорену обавезу, сматра да не представљају разумну процену штете која се има надокнадити. Међутим, по мишљењу једне групе аутора, и таквим одредбама треба дати дејство чак и у земљама англосаксонске правне традиције уколико се утврди да је висина уговорене накнаде разумна имајући у виду општа начела на којима Конвенција почива, а посебно имајући у виду значај извршења уговора у систему Конвенције (тзв. *performance principle*),⁵⁰ као и начела аутономије воље, *pacata sunt servanda* и потпуне накнаде штете.⁵¹ Ово из разлога што домаћи стандард 'разумности износа уговорене накнаде' по њиховом мишљењу, по правилу неће одговарати његовом међународном тумачењу, а из разлога специфичности пословања на међународном тржишту у односу на домаће. Они сматрају да разматрање пуноважности ових одредаба у англоамеричкој пракси мора да узме у

48 Вид. Коментар Секретаријата УН на Нацрт Конвенције из 1978. године, доступно на адреси: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-04.html>; Stefan Kröll, „Selected Problems Concerning the CISG’s Scope of Application“, *The Journal of Law & Commerce*, бр. 25/2005–2006, стр. 54; М. Djordjević, *нав. гело*, стр. 70.

49 Примера ради, у једном случају из праксе кинеске СИЕТАС арбитраже арбитражно веће је утврдило да се питање пуноважности уговора, на који се Конвенција примењивала као део кинеског права, има ценити у складу са захтевима кинеског националног права, имајући у виду да је Кина искористила право на резерву из члана 96. Конвенције. Вид. одлука СИЕТАС арбитраже од 3. децембра 2003. године (CISG-Online бр. 1469). У истом смислу вид. одлуку америчког федералног суда за округ Њу Џерси од 7. октобра 2008. године у случају *Forestal Guarani, S.A. v. Daros International, Inc.* (CISG-Online бр. 1779) и одлуку америчког федералног суда за округ јужне Флориде од 19. маја 2008. године у случају *Zhejiang Shaoxing Yongli Printing and Dyeing Co., Ltd v. Microflock Textile Group Corporation* (CISG-Online бр. 1771).

50 Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem, „Article 74“, у: I. Schwenzer (ed.), *нав. гело*, стр. 93.

51 P. Hachem, *нав. чланак (2011)*, стр. 145–146; B. Zeller, *нав. чланак (2012)*, стр. 173–184. У истом смислу вид. Мишљење Саветодавног већа за примену Бечке конвенције бр. 1, пара. 4.3.1–4.3.8.

обзир међународне стандарде, јер се само њиховом применом може утврдити да ли уговорени износ *истински* одговара штети која може настати повредом уговора, уз уважавање захтева за аутономно тумачење Конвенције и имајући у виду њен међународни карактер.⁵²

Проф. Зелер сматра да уопште и нема места преиспитивању пуноважности ових одредаба на основу националног права, јер је њихово уговорање изричито предвиђено чланом 74 Конвенције који врши исту функцију као и одредбе о уговореној накнади – одмеравање висине накнаде штете за случај повреде уговора ограничене захтевом предвидљивости штете.⁵³ Имајући ово у виду, он сматра да Конвенција ову материју регулише, те да нема места примени члана 4 Конвенције у којем је предвиђено да одредбе овог члана важе *изузев ако није изричито друкчије предвиђено овом конвенцијом*.⁵⁴

Проф. Пералес Вискасиљас предлаже решење које је на средини између претходна два.⁵⁵ По њеном мишљењу, пуноважност одредбе о уговореној накнади би могла бити испитивана у духу националног права уколико је њена функција кажњавање дужника. У том случају, уколико национално право потврди њену пуноважност, онда би се на остала питања, укључујући и питање смањења њеног износа, примењивала општа начела Конвенције. С друге стране, уколико је одговор негативан – поверилац би задржао право на накнаду штете у складу са општим правилима Конвенције. Ипак, она се опредељује за став који подржава став проф. Зелера, да пуноважност ових одредаба никад не треба испитивати у складу са националним правом, јер Бечка конвенција искључиво регулише сва питања која се тичу правних средстава заштите за случај повреде уговора. Према њеном мишљењу, начела аутономије воље и потпуне накнаде штете дозвољавају уговарање оваквих одредаба, а уколико је износ уговорене накнаде у очигледној несразмери са претрпљеном штетом, онда судија, односно арбитар, уговорени износ може умањити до прихватљиве висине.⁵⁶

52 Мишљење Саветодавног већа за примену Бечке конвенције бр. 1, para. 4.2.1–4.2.2.

53 Вид. В. Zeller, *нав. чланак* (2011), стр. 1–14.

54 *Ibid.*

55 Pilar Perales Viscasillas, „Article 7“, у: S. Kröll, L. Mistelis, P. Perales Viscasillas (eds.), *нав. дело*, стр. 135, fn. 123.

56 *Ibid.* У истом смислу вид. Phanesh Koneru, „The International Interpretation of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: An Approach Based on General Principles“, *Minnesota Journal of Global Trade*, бр. 6/1997, стр. 142.

V Закључне напомене

Иако свесни предности једнообразне примене Бечке конвенције,⁵⁷ и, са друге стране, чињенице да ће различите земље на различит начин третирати питања пуноважности одредаба о уговореној накнади, сматрамо да се одговор на питање пуноважности одредбе о уговореној накнади не може наћи у општим начелима Конвенције, већ да се он мора тражити у одредбама меродавног националног права. Овакав закључак потврђује како члан 4 Конвенције који *изричито предвиђа* да се њене одредбе *не примењују* на питање пуноважности уговора и било које његове одредбе, тако и историјат доношења Конвенције и чињеница да је о овом питању вођена дискусија међу делегатима на Дипломатској конференцији у Бечу и да је о њој постигнут коначан договор – *да се ово питање регулише посебним правним инструментом, а не Конвенцијом*. Такође, Коментар Секретаријата УН на Нацрт Конвенције из 1978. године јасно указује да одредбе Конвенције према којима је могуће тражити извршење уговора нису довољне да уговорне одредбе о уговорној казни учине пуноважним у земљама које овим одредбама не признају правно дејство.⁵⁸

Не можемо се сложити ни са мишљењем да се при утврђивању 'разумности висине уговорене накнаде' код испитивања пуноважности оваквих одредаба, треба руководити општим начелима на којима Конвенција почива. Ово из разлога што је домаћај члана 7 Конвенције и захтев за њеним аутономним тумачењем ограничен на она питања која Конвенција *регулише*. С обзиром да питање пуноважности одредаба о уговореној накнади није једно од њих, то се не могу избећи утицаји националног права на пуноважност тих одредаба. Сматрамо да је позивање на тзв. *performance principle* у овом контексту погрешно, јер Конвенција управо одредбом члана 28 потврђује да ово начело у систему Конвенције није без изузетка.⁵⁹

Коначно, верујемо да је заостреност академске расправе по овом питању претерана, имајући у виду чињеницу да ће и национални стандарди испитивања разумности висине уговорене накнаде штете, у земљама англосаксонског права, у највећем броју случајева, чак и кад је

57 Проф. Бонел исправно истиче да „у њокушајима сиварања униформној права међународне тировине доношење униформних конвенција није довољно. Од њодједнакој је значаја да њене одредбе буду тумачене на исти начин у разним земљама“. Вид. Michael J. Bonell, „Article 7“, у: С. М. Bianca, М. Ј. Bonell, *нав. дело*, стр. 74. Више о значају једнообразне примене Конвенције вид. М. Ђорђевић, *нав. дело*, стр. 22 fn. 54.

58 Вид. Коментар Секретаријата УН на Нацрт Конвенције из 1978. године, члан 42 (сад члан 46 Конвенције), доступно на адреси: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-46.html>.

59 *Ibid.*

она означена као уговорна казна, водити пуноважности такве одредбе, све док је њен примарни циљ накнада штете, а не мера притиска на дужника, или казна за случај неизвршења. Пракса је показала да у уговорима међународне трговине ово и јесте њихова најчешћа намена.

Да закључимо, независно од меродавног права на основу којег ће се испитивати пуноважност уговорних одредби о уговореној накнади, неспорно је да поверилац неће остати без права да захтева накнаду штете за случај повреде уговора. Пут до такве накнаде ће бити дужи, у смислу доказивања висине штете, уколико се утврди да је одредба о уговореној накнади ништава.

Сматрамо да решење овог проблема не треба тражити у екстензивном тумачењу Бечке конвенције,⁶⁰ већ сам проблем треба избећи пажљивим сачињавањем уговора.⁶¹ Из ових разлога уговорној страни

60 Више о проблемима екстензивног тумачења Конвенције вид. Joseph Lookofsky, „Not Running Wild with the CISG“, *The Journal of Law & Commerce*, бр. 39/2011, стр. 141–169.

61 Посебан проблем у српској арбитражној пракси изазвало је уговарање тзв. *џенала* за неизвршење обавезе плаћања цене, имајући у виду да према одредбама ЗОО уговорна казна не може бити уговорена за новчане обавезе. Ова одредба сматра се императивном у српској теорији и судској пракси, јер би у супротном странке могле изиграти императивне одредбе о плаћању законске затезне камате (Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, Београд, 2012, стр. 72; Г. Ајншпицер–Поповић, *нав. раг*; В. Поповић, *нав. дело*, стр. 142; Борисав Чолић, „Неуредно испуњење уговора“, *Правни животи*, бр. 10/1995, стр. 438; И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 303; Б. Благојевић, В. Круљ (ред.), *нав. дело*, стр. 679; пресуда Врховног суда Србије, Прев. 33/94 од 9. марта 1994. године; решење Врховног суда Србије, Прев. 341/98 од 9. децембра 1998. године; решење Врховног суда Србије, Прев. 40/99 од 18. марта 1999. године; пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 3550/2006 од 9. новембра 2006. године; пресуда Привредног апелационог суда Пж бр. 128/2010(1) од 25. марта 2010. године). Ипак, у два случаја у српској арбитражној пракси арбитражно веће је досудило оштећеној страни и захтеване пенале због неплаћања цене у висини од 13% на годишњем нивоу (у једном случају), односно 3% на месечном нивоу (у другом случају), имајући у виду да 1. друга страна није оспоравала пуноважност оваквих одредби, 2. да је уговарање висине затезне камате уобичајена пракса у међународној трговини и дозвољена начелом аутономије воље у систему Конвенције, односно да 3. начело аутономије воље дозвољава уговорно одређење висине штете коју страна трпи за случај повреде уговора. Вид. одлуку српске СТА бр. Т-14/10 од 27. јула 2011. године (CISG-Online бр. 2276) и одлуку српске СТА бр. Т-12/04 од 24. јануара 2006. године (CISG-Online бр. 2274).

Захтев за плаћање уговорене камате усвојен је и у неколико случајева ван Србије, а имајући у виду проблеме одређивања релевантне каматне стопе, пракса уговорног одређивања каматне стопе се широко препоручује у стручној литератури. Вид. I. Schwenzler, P. Nachem, C. Kee, *нав. дело*, стр. 687; Ewan McKendrick, „Article 7.4.9“, у: S. Vogenauer, J. Kleinheisterkamp (eds.), *нав. дело*, стр. 910; P. Huber, A. Mullis, *нав. дело*, стр. 361; C. Liu, *нав. дело*, стр. 635; John McMahon, *Drafting CISG Contracts and Documents and Compliance Tips for Traders, Guide for Managers and Counsel*, 2004, доступно на адреси: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/contracts.html>; Ole Lando, Hugh

заинтересованој да осигура правно дејство одредбе о уговореној накнади се препоручује да уговором предвиди као меродавно било неко од права земаља које признају пуноважност овакве одредбе, било неки од инструмената униформног права који јој признаје правно дејство; да учини неспорним да је смисао предвиђене одредбе накнада штете, а не кажњавање дужника⁶², уз дужну пажњу приликом избора формулације

Beale, *Principles of European Contract Law Parts I and II*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2000, стр. 451; Christian Thiele, „Interest on Damages and Rate of Interest Under Article 78 of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods“, *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, бр. 2/1998, стр. 35; Volker Behr, „The Sales Convention in Europe: From Problems in Drafting to Problems in Practice“, *The Journal of Law & Commerce*, бр. 17/1998, стр. 290, fn. 156; Peter Winship, „Changing Contract Practices in the Light of the United Nations Sales Convention: A Guide For Practitioners“, *International Lawyer*, бр. 29/1995, стр. 553; Fritz Enderlein, Dietrich Maskow, *International Sales Law, United Nations Convention on Contracts For The International Sale Of Goods: Convention on The Limitation Period in The International Sale of Goods: Commentary*, Oceana, New York, 1992, стр. 312; Blair Crawford, „Drafting Considerations Under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods“, *The Journal of Law & Commerce*, бр. 8/1988, стр. 203; Ј. Перовић, *нав. чланак* (2009), стр. 479–480; Милена Милутиновић, „Каматна стопа због доцње у извршењу новчане обавезе – Да ли је униформно решење могуће?“, *Правни животи*, бр. 11/2005, стр. 575. Вид. одлуку белгијског суда *Hof van beroep Antwerpen* од 4. новембра 1998. године (CISG-Online бр. 1310); одлуку арбитраже при Бечкој пољопривредној берзи бр. S 2/97, од 10. децембра 1997. године (CISG-Online бр. 351); одлуку швајцарског суда *Zivilgericht Basel* од 21. децембра 1992. године (CISG-Online бр. 55); одлуку аргентинског суда *Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial No. 10 (Buenos Aires)* од 6. октобра 1994. године (CISG-Online бр. 378).

Вреди напоменути да, за разлику од члана 277. Закона о облигационим односима Србије, члан 29 став 3 Закона о обвезним односима Хрватске из 2005. године, дозвољава уговарање затезне камате у трговачким уговорима под ограничењима предвиђеним ставом 2 и ставом 4 овог члана. Уговорно одређење стопе затезне камате дозвољава и члан 284 став 2 Закона о облигационим односима Црне Горе из 2008. године и члан 379 Облигацијског законика Републике Словеније из 2001. године, као и велики број националних и униформних извора уговорног права (вид. I. Schwenger, P. Hachem, C. Kee, *нав. дело*, стр. 687; Ewan McKendrick, „Article 7.4.9“, у: S. Vogenauer, J. Kleinheisterkamp (eds.), *нав. дело*, стр. 910; John Y. Gotanda, „A Study of Interest“, у: F. De Ly & L. Lévy (eds.), *нав. дело*, стр. 176; O. Lando, H. Beale, *нав. дело*, стр. 451). Сличну одредбу, међутим, не садржи Преднацрт Грађанског законика Републике Србије из 2009. године, иако анализа модерне пословне праксе и инструмената унификације уговорног права јасно указују да постоји потреба за њеним уношењем.

- 62 Међутим, проф. ДиМатео упозорава да амерички суд неће признати дејство одредби страног права која уговорну казну чини пуноважном уколико се спор пред њим решава, односно, одбиће признање одлуке страног суда који уговорној казни даје такво дејство, имајући у виду да §2–718 Једнообразног трговачког законика САД предвиђа да је уговорна одредба којом се предвиђа плаћање уговореног износа накнаде који је неразумно висок супротна јавном поретку, те као таква није утужива. Такође, постоје бојазни да би и признање и извршење стране арбитражне одлуке

за означавање овакве одредбе (нпр. избегавати употребу израза „уговорна казна“⁶³) и уз уговорно прецизирање односа права на уговорену накнаду са другим правним средствима заштите за случај повреде уговора (извршење, раскид, накнада штете) и односа са одредбама које регулишу ослобођење од одговорности.⁶⁴

У сваком случају, дубоко смо уверени да је најбољи пут за решење претходно уочених проблема у теорији и пракси у погледу пуноважности и дејства уговорних одредаба даљи рад на хармонизацији и унификацији уговорног права на глобалном нивоу,⁶⁵ а све с циљем обезбеђења правне сигурности свим учесницима у међународној трговини, стварањем услова за њен несметани даљи развој и смањењем трансакционих трошкова.⁶⁶

могло да буде спорно у овом случају, а све с позивом на јавни поредак и одредбу члана V(2)(b) Њујоршке конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука. Вид. L. DiMatteo, *нав. чланак* (2010), стр. 200. У истом смислу вид. I. M. García, *нав. чланак*, стр. 99–101; A. Farnsworth, *нав. дело*, стр. 812.

63 С друге стране, поједини аутори указују да би англосаксонски правници требало да избегавaju употребу израза „уговорена накнада штете“ тј. „паушална накнада штете“ (енгл. *liquidated damages*) у међународним трговинским уговорима, уколико се она има захтевати пред судом неке од земаља континенталног правног система (нпр. Русија), јер таква формулација може навести судију да одлуку о усвајању оваквог захтева услови подношењем доказа о претрпљеној штети јер се, према одредбама националног права ових земаља, не може захтевати накнада штете без доказивања да је она заиста и наступила. Истовремено, таква формулација се може протумачити и као ограничење износа накнаде штете, те би захтев за накнадом штете изнад овог износа могао бити одбијен, иако би се сматрао основаним да је уговорена „уговорна казна“. Вид. Ivan Zykin, „The East European tradition: application of boilerplate clauses under Russian law“, у: Giuditta Cordero-Moss (ed.), *нав. дело*, стр. 336–337; Giuditta Cordero-Moss, „Conclusion: the self-sufficient contract, uniformly interpreted on the basis of its own terms: an illusion, but not fully useless“, у: Giuditta Cordero-Moss (ed.), *нав. дело*, стр. 364.

64 Вид. *The ICC Model International Sale Contract, Manufactured goods intended for resale*, ICC Publication No. 556, ICC Publishing, Paris 1997.

65 У истом смислу вид. I. M. García, *нав. чланак*, стр. 101–102; Милена Ђорђевић, „Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе у српском праву и пракси – искуства и перспективе“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2/2012, стр. 262–263.

66 М. Ђорђевић, *нав. чланак*, стр. 257–258.

Milena ĐORĐEVIĆ, PhD, LL.M.

Assistant Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

VALIDITY OF CLAUSES ON PAYMENT OF FIXED SUMS FOR BREACH OF INTERNATIONAL SALES CONTRACTS

Summary

Agreeing to payment of fixed sums in case of failure of performance is a wide-spread commercial practice in international trade. This does not, in itself, mean that different legal systems treat the validity of such clauses in the same manner, or provide for the same effect of such clauses. This paper attempts to provide an overview of conceptual differences regarding these clauses in common law and civil law jurisdictions. The paper continues with overview of international efforts in creating a uniform framework for such clauses. In the end, the author attempts to answer the question of validity of such clauses when contained in the contract to which the CISG applies and provides some drafting advice to legal counsel and businessman in this regard in order to ensure the enforceability of such clauses irrespective of the competent court and/or arbitration and the applicable law.

Key words: CISG, contractual penalty, liquidated damages, agreed sums, validity.

др Слободан НЕНАДОВИЋ
професор струковних студија, ВИПОС Ваљево

НЕКА ГЛЕДИШТА О ПИТАЊУ ПОСЛОВНЕ ЕТИКЕ У ПРАВУ САД

Резиме

У овом чланку аутор анализира развој инстинктивних пословне етике из уџла права САД. Као област „примењене етике“ пословна етика у тој држави има бољу историју, а данас је област за коју како у стручној јавности тако и међу домаћим компанијама влада велико интересовање. Мада између права и пословне етике постоји чврста и нераскидива веза компаније морају проценивати не само оно што је законито већ такође и оно што њихови запослени као и друштво у целини сматрају етичким. Ошуда се повремено правним нормама и претвара као „пословно етички минимум“ њиховој понашања.

Кључне речи: *пословна етика, примењена етика, право, компаније.*

I Увод

Питање пословне етике спада у она савремена питања за која се може рећи да су увек изузетно актуелна. Такво је наине било у прошлости, такво је данас и, најзад, несумњиво је да ће такво својство имати како у ближој тако и даљој будућности. Оваква његова општа карактеристика у главним цртама се не мења обзиром на различитост култура, религиозна уверења или пак ниво развијености друштава или држава у чијим оквирима се то питање посматра и анализира.

Несумњиво је у исто време да је пословна етика (као и њој комплементарна социјална одговорност компанија о којој ће такође у основним цртама бити речи) тек један део општег појма којем припада, појма етике односно морала па се отуда њена сложеност и мултидисциплинарност не само не могу пренебрегавати већ се напротив нарочито морају узети у обзир код вршења било каквих анализа и доношења било каквих закључака. Шта је то уопште „добро“, а шта „лоше“ у међуљудским односима, пословним и/или другим, ко поставља границе и утврђује елементе једног или другог, како и да ли једно на друго утичу, да ли се међусобно ограничавају, мотивишу и условљавају говоре и говорили су песници и књижевници, филозофи, социолози, оци највећих светских религија, они које је човечанство славило, као и они које је осуђивало. На крају крајева, не би се усудили да кажемо и најмање важно, ово су теме о којима су и правници, како практичари тако и теоретичари, увек имали шта да кажу.

Имајући све претходно наведено у виду, потпуно разумевајући да се трагање за одговорима никада неће сасвим окончати, а да ће у исто време питања бити све више и више, овај рад је тек покушај да се о питању пословне етике говори претежно из угла права (онолико колико је уопште могуће остати бар и претежно на том терену) и то узимајући у обзир пре свега ставове и мишљења о пословној етици присутне у правној доктрини и пракси САД.¹

II Кратка историја пословне етике у САД

Према неким мишљењима историја пословне етике у САД може се посматрати кроз шест сукцесивних фаза: прва, коју одликују религиозна заснованост и идеолошки корени енглеског порекла (1700–1776); друга, рана америчка пословна етика у развоју (1777–1890); трећа, зрели концепт пословне етике (1891–1963); четврта, повећавање социјалних питања у пословној етици (1962–1970); пета, посматрање пословне етике као специфичне дисциплине; шеста, признање америчке пословне етике као глобалне.²

1 Разлози из којих се у покушају анализе питања пословне етике користимо примером САД су вишеструки: прво, реч је о држави у којој послује највећи број тзв. транснационалних компанија (ТНК) које су као такве не само промотери концепта економског глобализма већ и корпоративне културе у најширем смислу тог појма; друго, многобројни пословни скандали америчких компанија како у ближој тако и у даљој прошлости увек су доприносили подизању питања пословне етике и друштвене одговорности пословног света на виши академски па и политички ниво; треће, једна од ретких држава на свету у којој је пословна етика део универзитетских уџбеника пословног права су управо САД.

2 Robert E. Frederick, *A Companion to Business Ethics*, Oxford, 2002, стр. 342–352.

Уколико се међутим говори о времену у којем пословна етика постаје предмет академског интересовања онда се, у том смислу, почеци историје пословне етике у САД везују најчешће за крај 60-их и почетак 70-их година прошлога века. Ово уз напомену да и овај „део историје“ пословне етике има своју предисторију, ону која ју је условила и више мање одредила основне елементе њеног интересовања.

Након Другог светског рата САД корак по корак постају постају једина глобална економска, војна и политичка сила, остављајући далеко иза себе ратом опустошену и „гвозденом завесом“ подељену Европу као и Јапан. За само пар десетина година у тој држави мноштво компанија израста у до тада незамисливе пословне гиганте који широм света инвестирају и бележе енормне профите. Прве реакције на пословне манире таквих компанија као што су максимирање профита по сваку цену, загађивање човекове околине, и расна дискриминација уследиле су од стране медија и различитих интересних група: радничких, еколошких, бораца за људска права итд. Компаније су на критике одговорале промовисањем и рекламирањем програма друштвене одговорности на које су трошиле велике количине новца. При томе се појам „социјалне (друштвене) одговорности“ разумевао од случаја до случаја, а у зависности од природе делатности коју је компанија обављала односно од предмета критике. У исто време, мотивисане управо конкретним друштвеним последицама пословних активности компанија, јављају се и прве опште академске расправе о њиховој етичкој одговорности. Такве се расправе од средине 50-их односно почетка 60-их година 20-ог века воде и у оквирима посебних пословних школа и курсева, а у њима се акценат ставља углавном на законитост пословања чиме се, додуше посредно, између пословне етике, друштвене одговорности и законитог пословања ставља знак једнакости. Овакав је приступ врло брзо релативизован па се о корпоративној одговорности све више и све чешће говори као о питању које у основи има етичку димензију или се, са друге стране, потпуно негира могућност његовог доктринарног етаблирања.³

Пословна етика се као предмет ширег научног интересовања у САД јавља 1970. године, мада је и пре тог времена било неколико познатих социолога и филозофа који су се овим питањем бавили, као што је рецимо Рејмонд Баумхарт (енгл. *Raymond Baumhart*).⁴ У прво време заправо пословна етика нема ранг посебне научне области већ се о њој

3 Archie B. Carroll, *Corporate Social Responsibility: Evolution of a Definitional Construct*, доступно на адреси: <http://bas.sagepub.com/content/38/3/268.full.pdf+html>.

4 Raymond Baumhart, „How Ethical are Businessmen“, *Harvard Business Review*, бр. 39(4)/1961, стр. 6-9; Raymond Baumhart, *Explanatory Study of Businessmen's view on Ethics and Business*, Harvard Business School, 1963; Raymond Baumhart, *An Honest Profit: What Businessmen say about Ethics and Business*, New York, 1968.

у општем смислу расправља претежно у оквирима анализе међусобног односа и утицаја између етике и пословања. На тој основи, а као резултат укрштања етичке теорије са емпиријским случајевима везаним за пословање америчких компанија, анализама таквих случајева и поводом њих отворених питања (правних, социолошких, економских...) пословна етика добија поступно своју садржинску пуноћу и формира се у посебну и препознатљиву дисциплину.

Као датум „научног рођења“ пословне етике не ретко се одређује 1974. година када је на Универзитету у Канзасу (енгл. *University of Kansas*) одржана прва конференција о пословној етици која је резултирала издавањем „антологије“ пословне етике.⁵ Мање је важно, разуме се, да ли претходно поменути догађај заиста има наведено својство. Јасно је, међутим, уочљиво да је одржана конференција представљала снажан инпут, односно мотив бројним ауторима да своје интересовање и истраживање усмере искључиво ка овој теми. Тако већ 1979. године из штампе излазе три посебне антологије пословне етике: „Етичка теорија и бизнис“ аутора Беучампа и Бовија (енгл. Tom Beauchamp and Norman Bowie, *Ethical Theory and Business*), „Етичка питања у бизнису: филозофски приступ“, аутора Доналдсона и Верхане (енгл. Thomas Donaldson and Patricia Werhane, *Ethical Issues in Business: A Philosophical Approach*) као и „Морална питања у бизнису“, аутора Барија (енгл. Vincent Barry, *Moral Issues in Business*). Недуго потом, 1982. године, Веласкез објављује књигу „Пословна етика: концепт и случајеви“ (енгл. Manuel G. Velasquez, *Business Ethics: Concepts and Cases*), а Де Џорџ „Пословну етику“ (енгл. Richard De George, *Business Ethics*). Наведена издања производе изузетно велико интересовање стручне јавности САД и постају основна грађа у новонасталим курсевима пословне етике али и посебан предмет у постојећим пословним школама. До средине 1980-их пословна етика је институционализована на многим пољима, оснивају се удружења, посебни центри и часописи који се њоме баве, а процењује се да у то време већ око 40.000 студената различитих усмерења слуша предавања везана за ову област.

1980. године је у Бостону у оквирима Америчке асоцијације филозофа (енгл. *American Philosophical Association*) основано и прво Друштво за пословну етику (енгл. *Society for Business Ethics*), а потом се слична друштва оснивају и у оквирима других струковних и професионалних удружења. Нешто раније (1976.) основан је и Бентли колеџ центар за пословну етику (енгл. *The Bentley College Center for Business Ethics*), а потом и Маркула центар (енгл. *The Markkula Center*) такође познат, између осталог, и по значајној посвећености питању пословне етике.

5 Norman E. Bowie, „Business Ethics“, у: Joseph P. DeMarco, Richard M. Fox (eds.), *New Directions in Ethics*, New York, 1986.

Неколико година касније овакви трендови захватају и Европу где је 1987. године основана Европска пословно етичка мрежа (енгл. *European Business Ethics Network – EBEN*). Према мишљењу америчких аутора европски приступ пословној етици генерално је више усмерен на питања економске и социјалне природе, са мање интересовања за активности корпорација него у САД. Овакве разлике ипак нису утицале на међусобну сарадњу друштава пословне етике САД и Европе која је резултирала оснивањем Међународног друштва за бизнис, економију и етику 1989. године.

У исто време амерички аутори почињу све више да се баве питањима међународне димензије пословне етике. Тако Доналдсон објављује „Етику пословне етике“, а Де Џорџ „Конкуренцију са интегритетом у међународном пословању“.⁶ Оба поменута издања фокусирана су на питања међународне пословне етике из угла пословања мултинационалних корпорација и глобализације као и улоге неких међународних организација у том смислу, као што је Светска трговачка организација.

До 1990. године пословна етика је у САД потпуно етаблирана на академском пољу али тако да представља посебно поглавље у више различитих научних области, а не самосталну научну дисциплину. Постоје међутим и мишљења која пословну етику посматрају као део општег друштвено-етичког „покрета“, таквог чија би функција била прожимање свих друштвених односа, не само оних у сфери бизниса. Као што, са друге стране, постоје и мишљења која пословну етику маргинализују, а са њом повезану друштвену одговорност компанија посматрају као утопију или чак субверзивну делатност. У сваком случају једно истраживање из 1994. године указује на изузетну важност овог питања у академској јавности САД. Наиме, на питање коју тему видите као најважнију за истраживање из области социјалних проблема у менаџменту од 50 испитаних истраживача уверљиво највећи број њих је одговорио да је то пословна етика. Иза по важности су остала таква питања као што су однос владе и компанија, заштита животне средине, управљање компанијама, положај акционара итд.⁷

III Уопште о појму пословне етике

Тешкоће у одређењу појма пословне етике су бројне и разноврсне. Мада у основи нема неслагања у вези тога да је пословна етика део општег појма етике као такве и да у том смислу носи сва суштин-

6 Thomas Donaldson, *The Ethics of Business Ethics*, New York, 1989; Richard De George, *Competing with Integrity in Internal Business*, New York, 1993.

7 A. Carroll, *нав. дело*, стр. 14.

ска обележја целине чији је саставни део дефиниције, разликују се и по основу тога да ли су њихови аутори филозофи, економисти, социолози, правници. Штавише, и у оквирима истих научних области постоје кад кад битне разлике између појединих аутора.

Нису ретка ни таква гледишта према којима се пословна етика, баш као и социјална одговорност компанија, и не може одредити као јединствена целина. Пословна етика се према таквим ставовима мора посматрати из најмање три различита нивоа: макро нивоа, чији је предмет улога бизниса на националном и међународном нивоу имајући у виду различите политичке и социјалне системе у којем се он одвија, као што су слободно предузетништво са једне, односно централно-планска економија са друге стране; корпоративног нивоа, у којем се као посебно важно намеће питање социјалне одговорности компанија и у којем се етичка питања непосредно сусрећу са конкретним облицима корпоративног организовања како у приватном тако и у јавном сектору; индивидуалног нивоа, у којем је основни предмет расправе понашање и поступање појединаца унутар пословних ентитета.⁸ Социјална одговорност компанија се у исто време посматра као пирамида коју чине четири посебне врсте одговорности предузећа: на самом дну је њихова економска одговорност, а потом следе законска, етичка и коначно филантропска.⁹

Ипак, према најшире распрострањеним и прихваћеним ставовима пословна етика је само једна форма тзв. примењене етике. Њеном настанку у том облику посебно су допринели право (посебно грађанско, радно и међународно привредно право), теорије фирме и корпоративног управљања као и филозофија морала.¹⁰ При томе се примењена етика разликује од шире дисциплине чији је део, од филозофије морала али и од нормативне етике чији су предмет проучавања правила понашања и њихови принципи, као и мета-етике, у којој су предмет проучавања порекло пресуђења и моралних разлога. За разлику од нормативне етике која се у првом реду бави општим принципима и правилима, којој је очигледно јако слична, примењена етика је више фокусирана и повезана са конкретним формама понашања и деловањем општих принципа и правила у пракси.¹¹ Отуда се и наводи да се примењена етика као појам односи на сваку употребу филозофских метода у решавању моралних проблема који настају у пракси и политици пословног све-

8 Gerry Johnson, Keven Scholes, „Exploring Corporate Strategy“, доступно на: <http://www.dei.uminho.pt/~gerardo/Johnson-ExploringCorporateStrategy8Ed.pdf>, стр. 7.

9 A. Carroll, *нав. дело*, стр. 14.

10 Alexei Marcoux, „Business Ethics“, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford, 2008, доступно на адреси: <http://plato.stanford.edu/entries/ethics-business/>.

11 Sebastiano Maffettone, *Etica Pubblica*, Milano, 2001.

та, код коришћења технологија, управљања државом и многим другим пољима.¹²

Као форма примењене етике која се односи на пословни свет пословна етика се састоји из два дела: емпиријског, који се односи на проучавање питања понашања привредних субјеката, предузећа и људи у свету финансија и теоријско филозофског, који нуди општу теоријску перспективу везану пре свега за однос између либералних начела економије и индивидуалне аутономије појединца. У многим областима ова два дела пословне етике се међусобно преплићу и прожимају што је и разумљиво обзиром на идентичну функцију: непристрасно испитивање оправданости институција и економске регулативе као и идентификацију неопходних друштвених норми важних за саморегулацију економије.¹³

Мада се питању пословне етике и социјалне одговорности компанија на међународном пољу посвећује све више пажње, пре свега у оквирима међународних организација, првенствено УН, ипак је основни оквир разматрања још увек национални ниво. То је случај и са САД где се највећи део пословних школа и уопште академске јавности бави питањем понашања домаћих корпорација односно правилима понашања која у пословању менаџери тих фирми треба (или не треба) да прихвате.¹⁴ На тој основи се појам пословне етике неизбежно сужава па се под њим често разумеју правила о примени општих моралних стандарда за доносиоце пословних одлука у пословним ентитетима, а у вези њихових свакодневних пословних активности.¹⁵

Када је реч о социјалној одговорности компанија онда се она још од 60-их година прошлога века па све до данас одређује на основама више мање идентичних начела. Ова врста друштвене одговорности привредника представља такав однос према пословним активностима у којем ће се у обзир узети и очекивања јавности, што практично значи да је економија средство чија је сврха побољшање укупног социоекономског благостања. Другим речима друштвена одговорност компанија означава њихову спремност да све своје ресурсе користе и за постизање

12 Tom L. Beauchamp, „The Nature of Applied Ethics“, у: R. G. Frey, C. H. Wellman (eds.), *A Companion to Applied Ethics*, Oxford, 2005.

13 Thomas Donaldson, Thomas W. Dunfee, „Toward a Unified Conception of Business Ethics: Integrative Social Contracts Theory“, *The Academy of Management Review*, бр. 19 (2):252, доступно на: <http://www.jstor.org/stable/258705>, стр. 84.

14 Patricia H. Werhane, Edward R. Freeman, „Business Ethics“, у: R. G. Frey, C. H. Wellman (eds.), *A Companion to Applied Ethics*, Oxford, 2005.

15 Roger LeRoy Miller, Gaylord Jentz, *Fundamentals of Business Law*, 6th edition, New York, 2005, стр. 62.

широко постављених друштвених циљева, а не само уско омеђених интереса приватних лица и фирми.¹⁶

Према неким другим ставовима, међутим, друштвена одговорност се одређује као једна врста обавезе и то обавезе неког лица да размотри ефекте својих одлука и акција на целину друштвеног система. Отуда се за пословне људе и каже да друштвену одговорност упражњавају онда када сматрају да интереси других могу бити угрожени њиховим акцијама, чиме они заправо превазилазе уске интересе своје фирме.¹⁷

О друштвеној одговорности као својеврсној обавези корпорација говоре и други аутори. Према Џонсу суштина идеје друштвене одговорности компанија се састоји у обавезама које компаније имају према одређеним друштвеним групама, али не према акционарима и не таквим обавезама које су утврђене законом или уговорима са синдикатима. Овакве обавезе отуда морају бити: прво, добровољно прихваћене од стране компанија; друго, оне морају имати шири обухват од оног који је утврђен традиционалним дужностима компанија према купцима, запосленима, добављачима и осталим сличним групама.¹⁸

На крају овог дела излагања ваља нагласити да у свету струке и науке САД нису баш сви „благонаклони“ у односу према питањима пословне етике и социјалне одговорности компанија. И док је предмет критике када је реч о пословној етици углавном концептуалне природе када је реч о социјалној одговорности компанија не тако ретко се оспорава и сама идеја.

Критике концептуалне природе, којима се не доводи у питање значај и оправданост пословне етике као предмета посебног научног истраживања, тичу се углавном претеране посвећености општим теоријским расправама. С тим у вези се наводи да пословна етика треба више да буде окренута могућим практичним решењима, а не да се практична питања разматрају у контексту идеално замишљеног друштва и једнако таквих институција.¹⁹ Други ниво критика, не тако изражен као претходни, односи се на минимизирање одређених нивоа са којих се пословно етичка питања разматрају, пре свега у академској јавности. Тако рецимо неки аутори наводе да централна питања пословне етике

16 William Frederick, „The growing concern over business responsibility“, *California Management Review*, бр. 2/1960, стр. 54–61.

17 Keith Davis, Robert L. Blomstrom, *Business and its environment*, New York, 1960, стр. 12.

18 Thomas M. Jones, „Corporate social responsibility revisited, redefined“, *California Management Review*, 1980, стр. 59–67.

19 Robert Solomon, „Business ethics“, у: Peter Singer (ed.), *A Companion to Ethics*, Malden, стр. 354–365; Nicholas Capaldi, „What Philosophy Can and Cannot Contribute to Business Ethics“, *Journal of Private Enterprise*, бр. 22(2)/2006, стр. 68–86.

не могу бити у тој мери усмерена ка позицијама директора или положају запослених у неколико хиљада највећих светских компанија широм света, чиме се маргинализује или бар у други план ставља огромна већина пословних људи и компанија на свету.

Што се тиче питања социјалне одговорности компанија оно се и као идеја о којој се уопште може академски расправљати оспорава више мање од времена настанка и то углавном од стране конзервативних економиста и неолиберала. У литератури се често цитира Фридманов (енгл. *Friedman*) став о социјалној одговорности као небулозној и субверзивној доктрини неспојивој са основним постулатима капиталистичког друштва. Аргументи које аутор при томе наводи су углавном следећи: прво, појединци су носиоци одговорности, не и корпорације; друго, корпоративни функционери су запослени да праве профит у складу са законом; треће, руководства компанија не треба да одлучују о социјалној одговорности као ни о социјалним инвестицијама јер је то посао владе; четврто, руководиоци компанија треба да користе тржишне, а не социјалистичко-политичке механизме како би доносили одлуке о алокацији сопствених ресурса.²⁰

IV Пословна етика у праву САД

Најчешће замерке пословној етици, као што је претходно и наведено, односе се у првом реду на оспоравање њене практичне корисности односно на суштински недостатак комуникације између теорије и праксе. Не ретко се у том смислу истиче да су „пословни етичари“ превише академци, или још горе, филозофи, те да језик њихове апстрактне етичке теорије углавном није разумљив обичном пословном свету, са мало или нимало филозофског знања. Тај свет, са друге стране, жели само да зна како да реши проблеме са којима се непосредно суочава. Отуда се од пословне етике захтева дефинисање принципа који су лако разумљиви, доступни и примењиви у обичном животу.²¹

Трагање за таквим принципима довело је до стварања више нормативних теорија чија је сврха управо била да одговоре захтевима пословног окружења. Њима се чини покушај „посредовања“ између високо апстрактних етичких начела и конкретних етичких дилема са

20 Milton Friedman, „The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits“, *New York Times Magazine*, (September 13), 1970, стр. 122–125; William D. Keller, *The Essential of Business Law I*, New Jersey, 1991, стр.16.

21 Andrew Stark, „What’s the Matter with Business Ethics?“, *Harvard Business Review*, бр. 71/1993, стр. 38–40; Thomas Donaldson, Thomas W. Dunfee, „Integrative Social Contracts Theory: A Communitarian Conception of Business Ethics“, *Economics and Philosophy*, бр. 11/1995, стр. 85–112.

којима се суочавају људи у свим аспектима пословног живота. У овом смислу издвојиле су се три водеће нормативне теорије: акционарска теорија (енгл. *stockholder theory*), теорија заинтересованих група (енгл. *stakeholder theory*) и теорија друштвеног уговора (енгл. *social contract theory*). У најкраћем:

а) Према акционарској теорији предузећа су само аранжмани сходно којима једна група људи, акционари, додељује капитал другој групи људи, менаџерима, ради остваривања задатих циљева, а ради којих акционари и остварују свој власнички интерес у предузећу. Фидуцијарни однос између акционара и менаџера подразумева да менаџери не могу трошити ресурсе предузећа на начин на који нису овлашћени од стране акционара. Строго узевши менаџери су дужни да следе упутства акционара без обзира да ли су ови одлучили да затворе фабрику, да не исплаћују плате запосленима 90 дана, да послују (или не послују) са фирмама које имају седиште у земљама расистичких режима, да учине донацију локалној библиотеци или спортском клубу, без обзира како ће се то одразити на квалитет пословања. Ово међутим не значи да менаџери немају никакву одговорност: њихова одговорност се креће у границама закона и општих етичких принципа пословања у којим оквирима они морају стварати профит.²²

б) Према теорији заинтересованих група (актера) оптималан пословни успех компаније се најбоље остварује уважавањем интереса акционара али у исто време и клијената, добављача, менаџмента и локалне заједнице и то у процесу правилног разматрања и усвајања таквих политика које производе оптималну равнотежу међу њима. Уважавање интереса наведених група менаџерима и омогућава да испуне своју фидуцијарну обавезу према акционарима.²³

в) Према теорији друштвеног уговора сва предузећа су дужна да доприносе добробити друштва у складу са општим канонима правде и закона. То између осталог подразумева да предузећа делују тако да: 1) повећањем економске ефикасности, стабилизацијом нивоа производње и ширењем канала дистрибуције остварују корист за потрошаче; 2) константно раде на подизању прихода али и личне одговорности запослених; 3) воде рачуна о смањењењу загађења и исцрпљивању природних ресурса, злоупотребама политичке моћи и уведу релевантну контролу над условима рада.²⁴

22 Norman E. Bowie, R. Edward Freeman, „Ethics and Agency Theory: An Introduction“, у: Norman E. Bowie, R. Edward Freeman (eds.), *Ethics and Agency Theory*, бр. 3/1992, стр. 3–4.

23 Edward Freeman, Darryl Reed, „Stockholders and Stakeholders: A New Perspective on Corporate Governance“, у: C. Huizinga (ed.), *Corporate Governance: A Definitive Exploration of the Issues*, 1983.

24 T. Donaldson, T. W. Dunfee, „Toward a Unified Conception of Business Ethics“, стр. 84.

Тешко је закључити, бар како се нама чини, да било која од три понуђене теорије може допринети суштинском разумевању теорије и праксе, што им је, како је претходно и наглашено, био основни циљ. Њима се додуше сужавају оквири примене општих етичких начела на одређене друштвене групе у њиховом интерактивном односу али принципи и правила понашања које би оне требало у таквим односима да следе нису довољно (или нису уопште) конкретизовани.

Према ставовима америчких правника неспорно је да се принципи пословне етике отелвотворују управо кроз право, посредством права али, са друге стране и да се правна правила постављају као минимум прихватљивог пословно етичког понашања. У том смислу најважнија правила пословне етике конкретизују се кроз опште обавезујуће правне акте као и интерна правила самих компанија, у оном делу у којем се право и етика подударују.²⁵ Ово уз напомену да између права и етике постоје и битне разлике, да и законито поступање компаније може бити неетичко, као и обрнуто.

Модерна историја пословне етике у САД не само да указује већ и потврђује ту нераскидиву везу права и пословне етике, везу у којој би чини се пословна етика, без свог експоненцијалног елемента, без права, могла у најбољем случају бити само општа филозофска дисциплина, без атрибута „примењена“, који се у њеном одређењу неизоставно користи. У прилог изнетој тези говори и истраживање које је 2005. године Америчка асоцијација менаџера (енгл. *American Management Association*) извршила међу својим члановима, а сходно којем је правна регулатива одређена као примарни фактор који утиче на пословну етику компанија. Иза ње су економско па онда политичко окружење.²⁶

Тешко би, разуме се, било говорити о свим правним актима у којима су одређени општи принципи пословне етике добили своју нормативну односно практичну димензију. Отуда ћемо се задржати на онима који су у смислу развоја пословне етике представљали најзначајније помаке у њеној савременој историји.

Први правни акт који је значајно подстакао и промовисао развој пословне етике био је Закон о грађанским правима из 1964. године (енгл. *The U. S. Civil Rights Act of 1964*). Овај закон наине садржи посебну главу која за предмет има правне норме којима се компанијама односно послодавцима уопште забрањује било какав вид дискриминације по основу расе, порекла, религијског или политичког уверења, пола или

25 L. R. Miller, G. Jentz, *нав. дело*, стр. 66.

26 „The Ethical Enterprise – Doing The Right Things In The Right Ways, Today and Tomorrow“, *A Global Study of Business Ethics 2005–2015*, доступно на адреси: www.amanet.org, стр. 3.

боје коже, укључујући и неједнако плаћање запослених по том основу.²⁷ Обзиром да закон за непоштовање наведених одредаба превдиђа високе казне, као и на то да су грађани добили могућност да угрожавање права законом потврђених остварују и преко државне Комисије за једнаке могућности запошљавања (енгл. *The Equal Employment Opportunity Commission / EEOC*), многе компаније су самоиницијативно конституисале посебне канцеларије људских ресурса водећи рачуна о поштовању његових одредаба.

Следећи значајан закон је Закон о безбедности и здрављу на раду из 1970. године (енгл. *The Occupational Safety and Health Act of 1970*) којим амерички Конгрес, као доносилац Закона, изражава своју намеру да „колико је то могуће, за сваког радног човека осигура безбедне и здраве услове рада и на тај начин очува сопствене људске ресурсе“.²⁸ На основу Закона основана је Управа за безбедност и здравље (енгл. *The Occupational Safety and Health Administration (OSHA)*) овлашћена да установљава и спроводи стандарде обезбеђења здравља и безбедности на радном месту.²⁹

Исте године, 1970, усвојен је и Закон о заштити животне средине (енгл. *The Environmental Protection Act of 1970*) којим се компаније обавезују да сnose трошкове минимизирања оних ефеката свог пословања који су се до тада сматрали екстерном последицом обављања делатности, као што су испуштање отровних отпадних вода или дима из димњака. У том смислу је такође основана федерална Агенција за заштиту животне средине (енгл. *The Environmental Protection Agency (EPA)*) са значајним овлашћењима како у сфери прописивања стандарда заштите животне средине тако и кажњавања.

Неретко су у САД закони у којима је снажно изражена „етичка нота“ бивали последица пословних скандала чији су актери биле америчке компаније. Један од таквих закона је и Закон о пракси корупције у иностранству из 1977. године (енгл. *The Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) of 1977*).³⁰ који је усвојен као последица низа сличних скандала подмићивања страних лица од стране америчких компанија, укључујући и надалеко познату аферу фирме *Lockheed* која је довела до пада Владе

27 *Civil Rights Act of 1964 – CRA*, чл. VII – *Equal Employment Opportunities* – 42 *US Code*, поглавље 21.

28 Andrew D. Hosey, Ede Louise, *A Review of State Occupational Health Legislation*, Washington, January 1970.

29 Ashford A. Nicholas, *Crisis in the Workplace: Occupational Disease and Injury*, Cambridge, 1976.

30 Слободан Ненадовић, „Основни ризици међународног пословања из угла америчког права – посебно *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2006, стр. 706–712.

Јапана.³¹ Наведени закон се у САД сматра историјским обзиром да по први пут нормира поступање домаћих компанија у иностранству. Њиме се забрањује компанијама да плаћају велике суме новца (или дају еквивалентне вредности) високо позиционираним владиним службеницима других земаља ради обезбеђивања привилегованог положаја. Мада је један број домаћих компанија следећи Закон, или чак пре његовог усвајања, усвојио политику забране плаћања мита као етички принцип ипак је већина предузећа била критички настројена према њему. Ово уз аргумент да његовим усвајањем постају неконкурентни на страним тржиштима, односно на оним страним тржиштима где је добијање посла условљено давањем мита. Оваква аргументација није допринела укидању или измени Закона али је мотивисала Владу САД да и од других земаља тражи усвајање сличних прописа што је тек 20 година касније резултирало усвајањем *OECD* Конвенције против корупције.³²

Посебан допринос развоју пословне етике кроз аутономно усвајање и имплементацију етичких правила понашања дају и америчке компаније. Још 1978. године Џенерал Моторс (енгл. *General Motors*) и група других компанија усвајају тзв. Саливанове принципе који су определили њихово будуће пословање у Јужној Африци. Компаније су се на овај начин обавезале не само да у пословању неће следити дискриминаторску и репресивну апартхејд легислативу већ и да ће лобирати код Владе Јужне Африке у смислу промене такве политике. Мада усвојени као реакција америчких компанија на снажне притиске јавности Саливанови принципи постају модел образац који су компаније касније примењивале и у многим другим сличним ситуацијама.³³

До 1980. године многе компаније су усвојиле посебне етичке кодексе и у том погледу институционализовале обуку својих запослених. На такво поступање су делом биле и посредно обавезиване низом нежељених последица које су уследиле као резултат њиховог пословања широм света. Тако је рецимо несрећа која се десила 1984. године у погонима компаније *The Union Carbide* у Индији, а која је исходила смрћу више хиљада људи и повређивањем њих неколико стотина хиљада фокусирао не само америчку већ и светску пажњу на пословање хемијске индустрије. Водеће светске фирме су тим поводом усвојиле стандарде

31 Види више на: http://www.agsm.edu.au/bobm/teaching/BE/Cases_pdf/International_business_Locheed.pdf.

32 Енгл. *Convention Against Corruption* у ОЕЦД усвојена 1997. године, а у УН 2003. године.

33 1999. године, више од 20 година након усвајања Саливанових принципа и 6 година након окончања апартхејда, свештеник Леон Саливен и тадашњи Генерални секретар УН Кофи Анана, заједно су представили ревидиране „Глобалне Саливанове принципе“.

етичког понашања познате као *Responsible Care* који су такође постали модел за друге индустријске области.³⁴

Тренд усвајања кодекса пословне етике не само да је охрабрен већ је правно и подржан од стране Владе САД. Њен допринос у том смислу остварује се 1991. године када је владина Комисија за казне (*Sentencing Commission*) усвојила Федералне казнене смернице за организације (енгл. *U. S. Federal Sentencing Guidelines for Organizations*, даље: Смернице). Ове тзв. Корпоративне смернице за сврху имају, фигуративно речено, практично партнерство између Владе и пословне заједнице у погледу превенције тзв. криминала белих крагни. Смернице нису обавезујуће, оне само пружају подстицај компанијама да у своју организациону структуру уграде механизме и процедуре за спречавање и откривање неетичког и нелегалног поступања. Одговарајуће мере у том смислу укључују постојање етичког кодекса поступања, особу чији је посао да надгледа његово спровођење, спровођење етичког програма обуке запослених, ефектуирање одговарајућег механизма за праћење и надзор, као што је рецимо СОС телефон. Уколико то ураде, односно уколико докажу да су успоставиле веродостојну и функционалну структуру ради спречавања неетичког и незаконитог поступања, евентуално изречене новчане казне, чији је максимум чак 290 милиона долара, могу бити смањене и до 95 процената. Велики број великих компанија у релативно кратком периоду прихвата Смернице и поступа у складу са њиховим захтевима што временом доводи и до формирања посебног корпоративног положаја, корпоративног службеника за етику, а недуго потом и до оснивања Удружења корпоративних службеника за етику.

Један од најновијих законских подстицаја компанијама да уграде и имплементирају етичке кодексе за своје запослене на свим нивоима је и тзв. *Sarbanes-Oxley Act* из 2002. године.³⁵ Усвојен је као реакција на низ великих корпоративних и рачуноводствених скандала у које су биле укључене на далеко познате америчке компаније као што су *Enron*, *Tyco International*, *Adelphia*, *WorldCom* и друге. Закон између осталог поштрава одговорност директора и финансијских директора компанија обавезујући их да као одговорна лица својим потписима потврде исправност и тачност финансијских извештаја компанија, налаже јавно објављивање таквих извештаја, проширује независност и

34 *Responsible Care: A Case Study of a Voluntary Environmental Initiative, Carleton University, School of Public Policy and Administration, September 2007, Retrieved 2010-11-12).*

35 Интересантно је да је закон усвојен под различитим називима у Сенату (енгл. *The Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act*) и Представничком дому (енгл. *Corporate and Auditing Accountability and Responsibility Act*) али је ипак најпознатији под називом *Sarbanes-Oxley Act*, *Sarbox* или *SOX*.

овлашћења спољних ревизора и повећава надзорну улогу одбора (борда) директора.³⁶

Претходно наведени закони и аутономна правила компанија нису једини акти кроз које се општа правила пословне етике испољавају у реалном животу као обавезујуће правне норме. Али без обзира на њихов број и предмет регулативе за одређене ситуације је понекад изузетно тешко, кад кад и немогуће, унапред одредити које се то и какво конкретно поступање може сматрати пословно етичким односно неетичким, што за саме компаније, као и кориснике њихових роба и/или услуга, ствара додатне недоумице и дилеме. Рецимо: у праву САД се од сваког произвођача и продавца робе захтева да упозори потрошача на врсте повреда које могу бити резултат неправилног коришћења производа, изузев када је ризик јасан и очигледан. Оштар нож је добар пример ствари која очигледно може повредити корисника па је овде извесно реч о изузетку у односу на опште утврђено правило. Понекад, међутим, произвођач и продавац ствари немају могућност да предвиде да ли је у погледу коришћења одређене ствари коју производе (продају) конкретан ризик јасан и очигледан односно да ли уопште и на који начин на то треба упозорити кориснике. Ако би у оваквим ситуацијама, а услед различите перцепције у вези изостанка или неадекватности упозорења, између корисника производа и његовог произвођача односно продавца настао спор онда би одлуку у сваком појединачном случају морао донети суд.³⁷ Ово практично значи да у формирању конкретних правила пословне етике у САД велику улогу имају и судови, што је посебно важно ако се има у виду карактер њихових пресуда у англосаксонском праву. Отуда су доносиоци важних одлука у компанијама дужни да пажљиво

36 Catharine Shakespeare, „Sarbanes–Oxley Act of 2002 Five Years On: What Have We Learned?“, *Journal of Business & Technology Law*, 2003, стр. 333.

37 Компанија *Lane Limited/Tobacco Exporters International* (даље: *Lane*) је продавала конзерве плина за упаљаче на којима је било написано упозорење: „Не удиши спреј.“ Двадесетједногодишњи *Stephen Pavlik* је умро након што је случајно инхалиран садржајем конзерве па је његов отац *George Pavlik* тужио компанију *Lane* тврдећи, између осталог, да корисници на конзервама плина за упаљаче нису на одговарајући начин упозорени на ризик од инхалације плинком. У скраћеном поступку суд је одлучио у корист тужене стране наводећи да је преминули морао бити свестан опасности од инхалације плина и да евентуално детаљаније упозорење не би одлучујуће руководило његово поступање. Поступајући по жалби Апелациони суд је нашао да је упозорење на конзерви плина одговарајуће са становишта права али да ипак не даје могућност уочавања озбиљне природе опасности која може настати инхалацијом, случајном или на било који други начин. Отуда је Апелациони суд одлучио да је у конкретном случају реч о правном питању о којем се у редовном, а не скраћеном поступку, мора изјаснити порота. Вид. *Unuted States Court of Appeals, Third Circuit*, 1998, 135 F.3d 876, доступно на адреси: www.findlaw.com/cascode/courts/3rd.html.

процењују различите ситуације и евентуалне консеквенце из перспективе пословне етике. Генерално, од њих се захтева да поступају у доброј вери и одговорно у складу са околностима.

Сложеност односа између права и пословне етике поред свега већ реченог додатно подстиче и крајња хетерогеност друштвених односа које компаније регулишу својим етичким правилима или, у недостатку таквих правила, сопственом пословном политиком. Некада се наине таква правила различито перципирају у јавности, некада компаније као неетичка одређују иначе законита понашања као што некада ужа или шира јавност има благонаклон став према експлицитно незаконитим поступцима. Ево неколико примера с тим у вези.

Позната америчка компанија *Marriott Corporation* усвојила је обухватне етичке стандарде обавезујуће за све запослене. Један од њих је и Кодекс облачења сходно којем жене не могу да носе сукње краће од 4 инча изнад колена нити да показују гола рамена док мушкарци не могу носити косу која им досеже до оковратника (осим из верских разлога) нити смеју носити минђуше. Очигледно је да евентуално неетичко понашање запослених у *Marriott Corporation* не само да није незаконито већ је чак пожељно када је реч о запосленицима у неким другим компанијама и некој другој врсти посла.³⁸

Оваквих случајева, случајева када се од стране одређених друштвених група или компанија законито поступање третира као неетичко у пословној стварности САД има на претек.³⁹ Постоје међутим, као што је раније и наглашено, и супротни примери. Они у којима се незаконито поступање не перцепира као неетичко. Рецимо, амерички федерални Закон о ауторском праву (енгл. *The Copyright Act*) забрањује, баш као и сви истоврсни закони широм света, неовлашћено коришћење компјутерских софтвера (софтверску пиратерију). Ипак, чак и у САД још увек изузетно велики проценат грађана сматра да нелегално коришћење софтвера, а посебно неких других ауторских дела (музике, филмова) није неетич-

38 Susan M. Anstead, *Law Versus Ethics in Management*, Maryland, 1999; Human Resources in Technology Organizations, Summer 1999, доступно на адреси: <http://ansteadsue.tripod.com/ethics.htm>.

39 Неке радничке групе у САД неетичком, мада не и незаконитом, су оцениле пословну политику компаније *Nike* у њеним фабрикама измештеним у Индонезији и неким другим областима. Та компанија је наине запосленим Индонезанима плаћала 4,25 \$ на дан док је у исто време (1996. године) као промотеру *Nike* патика Мајклу Џордану (енгл. *Michael Jordan*) плаћала 20 милиона долара годишње. Критичари овакве пословне политике су израчунали да је Џорданова зарада већа од годишње зараде 20.000 радника у Индонезији што је велика већина Американаца оценила неетичким. Вид. David F. Murphy, David Mathew, *Nike and Global Labour Practices – A case study prepared for the New Academy of Business Innovation Network for Socially Responsible Business*, доступно на адреси: www.bollettinoadapt.it/.../documento5282.ht.

ко поступање. На ово указује и податак из 2012. године према којем се у САД користи 20 процената нелегалних софтвера.⁴⁰

Конечно, велики допринос развоју пословне етике у САД даје и правна наука, посебно пословно право. Пословна етика је наиме у тој државни редовни део високошколских уџбеника и наставе из области пословног права што је ван сваке сумње не само драгоцен образовна инвестиција већ и непосредан доказ ранга и значаја овог питања у укупном образовном систему. Амерички правници ипак, имајући пре свега у виду комплексну природу пословне етике као „примењене етике“, углавном избегавају правно одређење овог појма. И када га дају онда то чине више мање посредно наводећи да је пословна етика фокусирана на одређење правилног или неправилног поступања у пословном свету као и на питања како су то морал и етички принципи примењени од стране учесника у пословним односима у ситуацијама које се дешавају у њиховим свакодневним активностима. При томе постоји општа сагласност да су императивне законске одредбе тек минимум етичког пословног понашања.⁴¹

Много чешћи је међутим приступ у којем се, поред или чак без посредног одређења правног појма пословне етике, говори о њеној садржини и то кроз одређене правно-етичке принципе пословног понашања компанија. Неки од најважнијих таквих принципа су следећи: избегавајте експлоатацију потрошача (не варати и не искоришћавати потрошаче користећи лошу пословну праксу као што је неоправдано повећавање цена); избегавајте профитерство (због похлепе или остваривања претераног профита не гомилајте робу и не користите канале продаје на црном тржишту, немојте продавати робу чија је продаја забрањена или може нанети штету потрошачима); подстичите здраву конкуренцију; немојте кварити имиџ конкурената на нефер начин; обезбедите тачност у мерењу, паковању и квалитету своје робе; плаћајте порез регуларно; омогућите ревизију својих финансијских извештаја, водите уредну евиденцију својих рачуна и учините их доступним јавности; обезбедите фер и хуман третман према запосленима; уредно информишите акционаре и инвеститоре о важним пословним одлукама; избегавајте неправду и дискриминацију према запосленима у било ком виду; без мита и корупције; обесхрабрите тајне споразуме и немојте их сами чинити са другим компанијама; поштујте правило „прво услуга, тек онда профит“; избегавајте монопол; испуњавајте очекивања клијената и поштујте њихова права; оптимално користите ресурсе.⁴² Уколико се претходно

40 Податак доступан на адреси: www.nationmaster.com/graph/crime/crime-software-piracy-rate.

41 L. R. Miller, G. Jentz, *нав. дело*, стр. 62-66.

42 W. D. Keller, *нав. дело*, стр. 12-14.

наведени принципи, као и други слични њима, пореде са чиниоцима који су према ставовима америчких компанија од највеће важности да би оне своје послове водиле у складу са правилима пословне етике (заштита брэнда и репутације, потреба да се „раде исправне ствари“ (енгл. *Right Thing To Do*), поверење и лојалност клијентеле, поверење инвеститора, прихватање и препознавање од стране јавности) није тешко утврдити њихову међусубну комплементарност.⁴³

V Закључак

Пословна етика се као предмет озбиљног академског истраживања у САД развија у последњих 30-ак година. Мада не једино, право је основно средство које ову форму „примењене етике“ из апстрактног претвара у конкретно, из теоријског у практично. При томе су најзначајнији извори права у овој области закони, судске пресуде као и аутономни извори, пре свега етичка правила и кодекси етике које доносе саме компаније.

Општа сагласност међу америчким правницима постоји у вези тога да законска правила представљају минимум етичког поступања пословних субјеката. Са друге стране бескомпромисна трка за профитом по сваку цену у стварности за многе компаније на тај начин одређен минимум пословно етичког поступања претвара у недостижни максимум. На то указују бројни пословни скандали у које су у даљој или ближој прошлости, у унутрашњим оквирима или у иностранству, биле умешане америчке компаније. Оваква су дешавања међутим увек коришћења од стране јавности и бројних интересних група (радничких, еколошких, потрошачких) за поновно актуелизовање проблема пословне етике и готово су без изузетка за последицу имала квалитативно побољшање како у правној регулативи одређених области тако и у промени пословне политике компанија. Овакав тренд пружа поуздана уверавања да ће САД и у будућности бити у врху држава које питању пословне етике не само као теоријском већ и као практичном питању посвећују изузетно велику пажњу. Евидентно је у исто време да ће не само америчке већ и компаније широм света уколико у истину желе да покажу (и докажу) своју приврженост принципима пословне етике морати и у садашности, још више у будућности, доста тога да мењају у сопственим пословним манирима.

43 *The Ethical Enterprise – Doing The Right Things In The Right Ways, Today and Tomorrow, A Global Study of Business Ethics 2005–2015*, доступно на адреси: www.amanet.org, стр. 2.

Slobodan NENADOVIĆ, PhD
College of Applied Business Studies, Valjevo

SOME PERSPECTIVES ON BUSINESS ETHICS IN THE USA LAW

Summary

In this article the author examines a development of the institute of business ethics from the perspective of the United States law. As an area of “applied ethics”, business ethics in this country has had a rich history, and today it is the area in which both the professional community and local companies are very interested. Although there is a strong and unbreakable bond between the law and business ethics, companies must assess not only what is legal but also what their employees and a society as a whole consider ethical. Hence, the compliance with legal norms is treated as a “business ethical minimum” of their behavior.

Key words: *business ethics, applied ethics, law, companies.*

др *Сандра* ФИШЕР-ШОБОТ
асистент Правног факултета Универзитета у Новом Саду

КОНКРЕТНО ОДМЕРАВАЊЕ НАКНАДЕ ШТЕТЕ КАД ЈЕ ИЗВРШЕНА КУПОВИНА РАДИ ПОКРИЋА У МЕЂУНАРОДНОМ И СРПСКОМ ПРАВУ*

Резиме

Када је извршена куповина ради покрића накнада штеће се одмерава конкретно ујучивањем на, након раскида уговора, стварно извршени посао ради покрића. По извршеној куповини ради покрића купац је овлашћен да захтева разлику између уговорене цене и више цене плаћене приликом куповине ради покрића. Одмеравање накнаде штеће када је извршена куповина ради покрића је могуће ако се испуне законом прописани услови.

Предмет рада је анализа правној реулисања конкретној одмеравања накнаде штеће када је извршена куповина ради покрића у праву међународне и домаће продаје.

Кључне речи: *повреда уговора, накнада штеће, куповина ради покрића.*

I Уводна разматрања

Ако продавац повреди обавезу испоруке купац под одређеним условима може извршити куповину ради покрића (*der Deckungskauf*,

* Рад је настао као резултат истраживања на пројекту *Ушлицај европској и прецедентној права на развој грађанској материјалној и процесној права у Србији и Војводини* који се финансира из средстава Покрајинског секретаријата за науку и технолошки развој.

substitute purchase). Извори права међународне продаје робе, унификована правила, многи национални закони, међу којима и наш Закон о облигационим односима¹ (у даљем тексту: ЗОО), садрже посебно правило које регулише конкретно одмеравање накнаде штете кад је извршена куповина ради покрића.² Наиме, потребе несметаног одвијања трговине налажу да се купцу стави на располагање брзо средство за добијање робе са којом је рачунао. Поред тога, овакав начин израчунавања накнаде штете показује значајне предности у односу на општа правила о накнади штете и на правила о апстрактном рачунању накнаде штете, јер је олакшано и одмеравање и доказивање претрпљене штете.

Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе (у даљем тексту: Бечка конвенција, БК) предвиђа да ако је основни уговор о продаји раскинут и ако је на разуман начин и у разумном року после раскида извршена куповина ради покрића, купац који захтева накнаду штете може добити разлику између уговорене цене и цене куповине ради покрића, као и сваку другу накнаду штете коју може добити на основу чл. 74.³

Наше право предвиђа нешто другачије решење. Према ЗОО кад је предмет продаје извесна количина ствари одређених по роду, па продавац не изврши своју обавезу на време, купац може извршити куповину ради покрића и захтевати разлику између цене одређене уговором и цене куповине ради покрића. Куповина ради покрића мора бити извршена у разумном року и на разуман начин. И на крају, о намераваној куповини ради покрића купац је дужан обавестити продавца.⁴ Такође, и у нашем праву купац има право на накнаду веће штете уколико је претрпео.⁵

Из наведених одредби је јасно да накнада штете према чл. 75 БК и чл. 525 ЗОО обухвата само *директне* штете због неизвршења обавезе испоруке, док је накнада осталих штета (споредне и последичне штете)

1 Закон о облигационим односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 57/89, 31/93; даље у фуснотама: ЗОО).

2 Чл. 75 Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе (*Службени лист СФРЈ*, бр. 10/1/84 од 31.12.1984; даље у фуснотама: БК); чл. 7.4.5. УНИДРОИТ Принципа међународних трговинских уговора (Текст УНИДРОИТ Принципа међународних трговинских уговора из 2010. године је доступан на www.unilex.info; даље у фуснотама: УПЦ); чл. 9:506 Принципа европског уговорног права (Текст Принципа европског уговорног права је доступан на http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/PECL%20engelsk/engelsk_partI_og_II.htm; даље у фуснотама: ПЕЦ/П); чл. 525 ЗОО, уз. бр. 211(3) Општих узанси за промет робом (*Службени лист ФНРЈ*, бр. 15 од 07.04.1954; даље у фуснотама: ОУЗ).

3 Видети чл. 75 БК.

4 Видети чл. 525 ЗОО.

5 Видети чл. 526 ЗОО.

могућа према општим правилима о накнади штете (чл. 74 БК, чл. 523 и 526 ЗОО). Право купца да захтева накнаду остале штете је значајно јер у неким случајевима интереси купца не могу бити остварени искључиво применом чл. 75 БК, односно 525 ЗОО.

Основна правна начела о одмеравању накнаде штете због повреде уговора (начело потпуне накнаде штете, начело слободног избора купца у погледу начина одмеравања штете и начело новчане накнаде штете) се примењују и приликом конкретног одмеравања накнаде штете кад је извршена куповина ради покрића. Сходно начелу потпуне накнаде штете, накнада штете према чл. 75 БК, односно чл. 525 ЗОО не сме купца ставити у повољнији положај у односу на онај у ком би био да је уговор уредно извршен. У судској пракси је утврђено да оштећени купац који је раскинуо уговор и набавио робу ради покрића изнад уговорене цене да би извршио уговор о продаји са трећим лицем, по правилу, не може захтевати накнаду штете и за разлику између уговорене цене и цене куповине ради покрића, као и изгубљену добит из касније препродаје робе.⁶

Купац је овлашћен у сваком конкретном случају да одабере на који начин ће штета бити одмерена (начело слободног избора купца у погледу начина одмеравања штете). Наравно, купац ће се одредити за онај начин рачунања штете који је за њега најповољнији. Дакле, куповина ради покрића за купца представља *моућносћ*, а не обавезу. По правилу, купац који раскине уговор није обавезан да закључи посао ради покрића и може се одредити за апстрактно одмеравање накнаде штете према чл. 76 БК и чл. 524 ЗОО или за конкретно одмеравање накнаде штете према чл. 74 БК и чл. 523 ЗОО. Изузетно, купац може имати *обавезу* куповине робе, ако извршење куповине ради покрића представља разумну меру за смањење губитка узрокованог повредом обавезе испоруке. Другим речима, ова обавеза купца постоји ако то произлази из његове дужности да смањи штету.⁷ То ће бити случај кад је купцу без посебног истраживања јасно да је посао ради покрића повољнији него што би се могао закључити под тржишним условима тј. да се роба ради покрића може набавити значајно повољније у односу на тржишну цену.

Кад је извршена куповина ради покрића накнада штете се одмерава конкретно упућивањем на, након раскида уговора, стварно извршени посао ради покрића. По извршеној куповини ради покрића, купац је овлашћен да захтева разлику између уговорене цене и више цене

6 Germany 6 April 2000 District Court München (*Furniture case*) доступно на: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000406g1.html>. Видети такође CISG Advisory Council Opinion No. 8, *Calculation of Damages under CISG Articles 75 and 76*, November 2008, тачка 1.3.1.

7 Видети чл. 77 БК и чл. 266(4) ЗОО.

плаћене приликом куповине ради покрића. Разлика у цени представља „природну“ штету коју је претрпео купац. Треба имати на уму да основ за одмеравање накнаде штете представља уговорена цена. Стога она мора бити у уговору изричито или прећутно одређена. За примену правила о одмеравању накнаде штете кад је извршена куповина ради покрића није довољно да је цена одредива тј. да се она може одредити према чл. 55 БК, односно чл. 462(2), 464 и 465 ЗОО.⁸

Конечно, ако купац купи робу по повољнијој цени у односу на првобитно уговорену, он има право да задржи остварену добит јер куповину ради покрића врши у своје име и за свој рачун. У том случају, наравно, нема места примени чл. 75 БК, односно чл. 525 ЗОО. Такође, купцу припада и добит коју оствари из овог посла.

II Одмеравање накнаде штете кад је извршена куповина ради покрића

За одмеравање накнаде штете у случају куповине ради покрића потребно испуњење одређених услова. Први услов је да је основни уговор о продаји раскинут. Друга претпоставка је да је стварно закључен уговор о куповини ради покрића. Треће, посао ради покрића мора бити разуман, односно извршен у разумном року и на разуман начин. Поред наведених општих услова, у српском праву је куповина ради покрића могућа само ако је предмет уговора извесна количина ствари одређених по роду. И друго, купац је дужан да обавести продавца о намераваној набавци робе.

1. Раскид уговора

Куповина ради покрића је допуштена само ако је основни уговор о продаји раскинут. Наведени услов изричито предвиђа БК, док ЗОО садржи другачије решење. Наиме, према чл. 525(1) ЗОО куповина ради покрића је могућа кад продавац не изврши обавезу на време тј. у случају доцње продавца са испоруком. Такво решење отвара питање да ли купац може извршити куповину ради покрића само кад продавац падне у доцњу или и у случају испоруке робе са недостацима. Пошто се чл. 525 ЗОО налази у одељку под насловом *Накнада штеће у случају раскида прогаје* сматрамо да из тога произлази прво, да је за куповину ради

8 Видети више код Heinz Georg Bamberger, Herbert Roth (Hrsg.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3, München, 2003, стр. 2881. Исто тако Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић (ур.), *Коментар Закона о облигационим односима*, књига II, Крагујевац, Горњи Милановац, 1980, стр. 161.

покрића потребно да уговор о продаји буде раскинут и друго, да се посао ради покрића може извршити увек кад је уговор раскинут, односно и у случају доцње и у случају испоруке робе са недостацима.⁹ Исти став је заузела и судска пракса.¹⁰

Раскид уговора у смислу чл. 75 БК и чл. 525(1) ЗОО мора бити извршен од стране овлашћеног лица у складу са уговором и законом и мора производити правно дејство.¹¹

Код уговора који још постоји није могуће извршити посао ради покрића, него се накнада штете одмерава према општим правилима (чл. 74 БК, чл. 266 у вези са чл. 523 ЗОО). Такође, није довољно да постоји могућност раскида уговора.¹² У доктрини права међународне продаје је спорно да ли, ако се утврди да продавац неће испоручити робу или ако он коначно одбије да испоручи робу, за куповину ради покрића уговор мора бити раскинут. Према једном мишљењу, основни уговор о продаји мора бити раскинут.¹³ Насупрот томе, у новијој немачкој и швајцарској доктрини је доминантан став да повериоцу треба дозволити да изврши посао ради покрића и кад уговор није раскинут, ако је јасно да дужник неће извршити дуговану чинидбу, јер је то у складу са принципом савесности и поштења.¹⁴ Такви случајеви би били кад продавац дефинитивно одбије да изврши обавезу или кад извршење испоруке није више

9 Исто тако Борислав Т. Благојевић, Врлета Круљ (ур.), *Коменџар Закона о облигационим односима*, књига I, Београд, 1980, стр. 1025. Видети такође Иван Букљаш, Борис Визнер, *Коменџар закона о обвезним (облигационим) односима*, 3. књига, Загреб, 1979, стр. 1762.

10 Видети више код Весна Клајн-Татић, *Доцња њродавца са њредајом сџвари*, Београд, 1983, стр. 184.

11 Према чл. 26 БК изјава о раскиду има дејство једино ако је о њој обавештена друга страна.

12 Тако Karsten Schmidt (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, München 2004, стр. 678; Ulrich Magnus, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Sellier-de Gruyter, Berlin 2005, стр. 741; Heinrich Honsell (Hrsg.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, Berlin, Heidelberg, 2010, стр. 466; Rolf Herber, Beate Czerwenka, *Internationales Kaufrecht – Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den Internationalen Warenkauf*, München, 1991, стр. 335.

13 Тако K. Schmidt (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 678; H. G. Bamberger, H. Roth (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 2881; CISG Advisory Council Opinion No. 8, тачка 3.3.2.

14 Видети више код Wolfgang Krüger, Harm Peter Westermann (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3, 4. Auflage, München, 2004, стр. 2635, 2636; H. Honsell (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 1024; Christoph Brunner, *UN-Kaufrecht – CISG – Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980 – Unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht*, Bern, 2004, стр. 443; U. Magnus, *нав. дело*, стр. 741. Видети и одлуке у предметима Germany, 13 January 1999, Appellate Court Bamberg (*Fabric case*) доступно на <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990113g1.html>; Germany, 28

могуће (нпр. прекорачење рока код фиксне продаје или кад наступи немогућност извршења).¹⁵ Сматрамо да је исправно прво мишљење из барем три разлога. Прво, све док је уговор на снази стране су дужне да поступају у складу са њим. Тек раскидом уговора се гаси право уговорних страна да захтевају извршење уговора, а оне поново стичу слободу да остваре покриће на други начин. Кад је јасно да продавац неће испоручити робу раскид уговора је за купца само формалност, али он је мора извршити ако жели да се користи предностима које носи овај начин одмеравања штете. У прилог овом ставу говоре разлози правне сигурности. Друго, сам текст чл. 75 БК јасно одређује да уговор мора бити раскинут. И последње, одмеравање накнаде штете кад уговор није раскинут, а извршен је посао ради покрића је могуће према чл. 74 БК, па је излишно тумачење чл. 75 БК противно његовој формулацији.¹⁶ И у судској пракси је заузет став да је за примену чл. 75 БК нужно да основни уговор буде раскинут.¹⁷

Према једном ставу и непосредно пре раскида уговора набављена роба може представљати посао ради покрића, ако је временски уско повезана са раскидом уговора и ако је цена набавке у односу на тржишну цену разумна.¹⁸ Сматрамо да се ово не може прихватити ако се има у виду све горе наведено. Наиме, уважавање овог става би представљало одступање од јасно формулисане законске одредбе. Исто тако, отворило би се питање шта представља „уску повезаност“ са раскидом уговора. Купац и у овом случају има право на накнаду претрпљене штете, али њено одмеравање треба да се изврши према општим правилима о накнади штете због повреде уговора.

2. Уговор о куповини ради покрића

За примену чл. 75 БК, односно чл. 525 ЗОО је одлучујуће да уговор о куповини ради покрића буде *сйварно* закључен. Потребно је да купац у своје име и за свој рачун закључи уговор о куповини ради покрића са трећим лицем који је усмерен на остварење његовог интереса. Није довољно да постоји могућност набавке робе или понуда за закључење

February 1997, Appellate Court Hamburg (*Iron molybdenum case*) доступно на <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970228g1.html>.

15 Видети више код С. Brunner, *нав. дело*, стр. 443.

16 Исто тако Ingeborg Schwenzer (ed.), P. Schlechtriem, I. Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3 ed., Oxford, 2010, стр. 1029.

17 Видети нпр. ICC Arbitration Case No. 8128 of 1995 (*Chemical fertilizer case*) доступно на <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/958128i1.html>.

18 U. Magnus, *нав. дело*, стр. 742; С. Brunner, *нав. дело*, стр. 443. Супротно Н. Honsell, *нав. дело*, стр. 1024.

уговора. Не постоји куповина ради покрића ако купац изнајми робу.¹⁹ Сходно томе, накнаду трошкова изнајмљивања купац може захтевати према чл. 74 БК, а не према чл. 75 БК.

У теорији права међународне продаје не постоји јединствено мишљење да ли је чл. 75 применљив ако купац сам у свом предузећу почне да производи неиспоручену робу. Према једном мишљењу, то не представља куповину ради покрића.²⁰ Други је став да се чл. 75 БК путем аналогije примењује и када купац због неизвршења испоруке од стране продавца произведе робу у свом погону. Тада трошкове производње треба сматрати трошковима посла ради покрића.²¹ Аргумент против прихватања другог става би био да у неким случајевима купац може на тржишту набавити робу под повољнијим условима у односу на његове трошкове производње. Сматрамо да је други став исправан јер ако су трошкови производње према околностима случаја неразумни свакако неће бити могућа примена чл. 75 БК.

Опште је прихваћен став да посао ради покрића не мора бити извршен.²² Разлог лежи у томе што је то самостални уговорни однос и јер је за обрачун накнаде штете довољно да постоји цена куповине ради покрића. За остварење права на накнаду штете је довољно да купац докаже да је закључио посао ради покрића. Наведено је потврђено и у судској пракси.²³ Иако потпуно оправдан, наведени став у себи носи опасност да купац са трећим лицем закључи фиктиван уговор или да се лажно прикаже куповна цена код посла ради покрића. Управо због тога је у судској пракси прихваћено да продавац може доказивати да је уговор за покриће фиктиван.²⁴

19 I. Schwenzler (ed.), *нав. дело*, стр. 1028.

20 K. Schmidt (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 679; W. Krüger, H. P. Westermann (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 2637; U. Magnus, *нав. дело*, стр. 741.

21 I. Schwenzler (ed.), *нав. дело*, стр. 1028.

22 U. Magnus, *нав. дело*, стр. 742; W. Krüger, H. P. Westermann (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 2637; H. Honsell (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 1026; C. Brunner, *нав. дело*, стр. 444; Александар Голдштајн, *Привредно уговорно право*, Загреб, 1967, стр. 372; Владимир Капор, *Уговор о куповини и продаји робе – Тумач ојшћих узанси за промет робом*, Београд, 1961, стр. 223; И. Букљаш, Б. Визнер, *нав. дело*, стр. 1765; С. Перовић, Д. Стојановић (ур.), *нав. дело*, стр. 162. Супротно Fritz Enderlein, Dietrich Maskow, *International Sales Law*, Oceana Publications, 1992, стр. 303.

23 „Купац који због продавчеве доцње одустане од уговора и тражи на име накнаде штете разлику између уговорене цене и цене куповине ради покрића у смислу Опште узансе за промет робом број 211, дужан је да докаже постојање уговора о куповини ради покрића. За остварење тог захтева није потребно да је куповина ради покрића и реализована.“ *Збирка судских одлука*, књига I, свеска II, 1956, бр. 575.

24 Видети више код В. Капор, *нав. дело*, стр. 223.

а) *Разумнось куйовине ради покрића*

Између основног уговора о продаји и извршене куповине ради покрића мора постојати довољна стварна и временска повезаност, јер посао ради покрића треба да отклони или барем умањи последице повреде обавезе испоруке.

Посао ради покрића не сме бити извршен тако да иде искључиво на рачун продавца. Наиме, иако ће код куповине ради покрића купац настојати, пре свега, да заштити своје интересе он мора водити рачуна и о интересима продавца. Због тога је одмеравање накнаде штете на овај начин дозвољено само ако је куповина ради покрића разумна, односно извршена на разуман начин и у разумном року.²⁵ Да ли је посао ради покрића разуман је фактичко питање и цени се према околностима конкретног случаја.

У теорији права међународне продаје је спорно по којој формули треба одмерити накнаду штете ако је посао ради покрића неразуман, односно ако је извршен на неразуман начин или у неразумном року (нпр. ако је роба купљена по цени знатно вишој од тржишне или ако је између раскида уговора и куповине ради покрића прошло много времена). Према општеприхваћеном мишљењу, у том случају се накнада штете одмерава као да није ни извршен посао ради покрића. Другим речима, није могуће одмеравање накнаде штете према чл. 75 БК, него ако роба има тржишну цену и ако је уговор раскинут треба применити чл. 76, а у свим осталим случајевима чл. 74 БК.²⁶ Други је став да треба применити чл. 75 БК, али је захтев за накнаду штете ограничен на ону накнаду која би повериоцу припала да је куповина ради покрића била разумна. Накнада штете би у том случају представљала разлику између уговорене цене и разумне цене куповине ради покрића.²⁷ Коначно, према трећем

25 Видети чл. 75 БК и чл. 525(2) ЗОО.

26 F. Enderlein, D. Maskow, *нав. дело*, стр. 303; Cezare Massimo Bianca, Michael Joachim Bonell (ed.), *Commentary on the International Sales Law - The 1980 Vienna Sales Convention*, Milan, 1987, стр. 551; W. Krüger, H. P. Westermann (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 2639; H. G. Bamberger, H. Roth (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 2882; Peter Schlechtriem (ed.), *Commentary on the UN Convention of the International Sale of Goods (CISG)*, 1st edition, München, New York, 1998, стр. 576, 577; U. Magnus, *нав. дело*, стр. 744; *Коментар Секретаријата* (UN DOC. A/CONF. 97/5), Official Records, стр. 61, коментар чл. 72, тачка 6.

У теорији права међународне продаје преовлађује став да иако чл. 7.4.5 УПЦ и чл. 9:506 ПЕЦЛ изричито не регулишу начин рачунања накнаде штете кад је посао ради покрића неразуман, будући да је структура правила о накнади штете аналогна правилима садржаним у БК, одредбе садржане у тим инструментима треба тумачити на горе наведени начин. Видети чл. 7.4.1-7.4.6 УПЦ, чл. 9:506-9:507 и CISG Advisory Council Opinion No. 8, тачка 2.4.4. и фуснота бр. 38.

27 Видети више код W. Krüger, H. P. Westermann (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 2639; U. Magnus, *нав. дело*, стр. 744.

ставу, у случају неразумне куповине ради покрића се примењује чл. 75 БК, али се захтев за накнаду штете смањује у складу чл. 77 БК.²⁸ Сматрамо да треба следити општи став јер би утврђивање разумне куповине ради покрића могло водити правној несигурности, која се може избећи применом, пре свега, правила о одмеравању накнаде штете према тржишној цени. И последње, мишљења смо да различита схватања у теорији не воде различитим резултатима у пракси, нарочито кад роба има тржишну вредност. Стога, ако роба има тржишну цену одмеравање накнаде штете према чл. 75 БК би скоро увек водило истом резултату као и апстрактно одмеравање штете према чл. 76 БК.²⁹

б) Разуман начин

Да ли је посао ради покрића извршен *на разуман начин* зависи од околности случаја, а процењује се *in abstracto*. Код међународне продаје робе за оцену понашања купаца је одлучујућ стандард разумног лица у истом положају као купац.³⁰ Према томе, куповина ради покрића је извршена на разуман начин ако је купац приликом закључења уговора поступао као пажљив трговац и ако је поштовао релевантну пословну праксу.³¹ У нашем праву је меродаван стандард пажње који се захтева у промету, па се сматра да је куповина ради покрића разумна ако је купац поступао савесно са пажњом која се захтева у пословном промету (пажња доброг привредника, пажња доброг стручњака).³²

При утврђивању да ли је куповина ради покрића извршена на разуман начин треба размотрити околности конкретног случаја, а нарочито место на коме је купљена роба, услове под којима је роба набављена и цену по којој је роба купљена.

Имајући у виду сврху куповине ради покрића она ће бити разумна ако буде извршена у *месџу* где је за продавца који штету треба да накнади најмања могућа штета. Приликом доношења одлуке на ком месту ће закључити посао ради покрића, купац није дужан да врши детаљно истраживање о кретању цене односне робе, него је довољно да се ослони на своје стручно знање и искуство.³³ У теорији не постоји јединствен

28 Н. Honsell, *нав. дело*, стр. 1029. Супротан став је заузет у предмету Switzerland, 15 September 2000, *Supreme Court* [4C.105/2000] (FCF S.A. v. Adriafile Commerciale S.r.l.) доступно на <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000915s2.html>.

29 Видети CISG Advisory Council Opinion No. 8, тачка 2.4.3.

30 Чл. 8(2) БК.

31 Видети више код P. Schlechtriem (ed.), *нав. дело*, стр. 576. ICC Arbitration Case No. 8128 of 1995 (*Chemical fertilizer case*), доступно на <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/958128i1.html>.

32 Чл. 18 (1) и (2) ЗОО.

33 Слично Н. Honsell, *нав. дело*, стр. 1029

став на ком месту би купац требало да набави робу. Роба би, ако је то могуће, требало да буде набављена у месту опредељења, јер тамо купац има интерес да је прими.³⁴ Према другом ставу, роба ради покрића треба да буде набављена у месту где је продавац требало купцу да испоручи робу.³⁵ Код уговора о међународној продаји робе место испоруке се одређује према уговору или допунски према чл. 31 БК. Међутим, пошто се код дистанционе продаје испорука извршава предајом робе првом превозиоцу, то би значило да купац треба да набави робу ради покрића у месту отпреме. Сматрамо да је купцу роба потребна у месту опредељења, а да је куповина у месту отпреме оправдана само ако је робу могуће набавити под значајно повољнијим условима него у месту опредељења. Наравно, у том случају би купац поред разлике у цени могао да захтева накнаду и свих допунских (нпр. транспортних) трошкова учињених у циљу закључења и реализације куповине ради покрића. У том случају се накнада штете за учињене додатне трошкове одмерава према чл. 74 БК. Исто тако, приликом одмеравања накнаде штете се у обзир узимају и евентуалне уштеде трошкова које је купац остварио. Према ставу домаће судске праксе, купац може набавити робу у било ком месту на унутрашњем тржишту, ако поступа као савестан привредник.³⁶

Посао ради покрића у суштинским условима мора одговарати раскинутом уговору, али са њиме не мора бити идентичан. Могу се разликовати место и рок испоруке, цена и количина купљене робе, услови испоруке и плаћања итд. Ако купац купи већу количину робе, за одмеравање накнаде штете је меродавна количина робе коју је продавац требало да му испоручи. У сваком случају, роба набављена путем куповине ради покрића треба да буде исте врсте и квалитета као и роба из примарног уговора. Незнатне разлике у квалитету немају значај.³⁷ Купљена роба може бити лошијег квалитета, јер то не иде на штету продавца. Изузетно, купац може набавити и робу бољег квалитета од првобитно уговорене (нпр. ако се на тржишту могла набавити само

34 Тако А. Голдштајн, *нав. дело*, стр. 372.

35 Тако Р. Schlechtriem (ed.), *нав. дело*, стр. 576; Н. Honsell (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 1029; I. Schwenzer (ed.), *нав. дело*, стр. 1030; Б. Т. Благојевић, В. Круљ (ур.), *нав. дело*, стр. 1027; В. Капор, *нав. дело*, стр. 223; Ивица Јанковец, *Привредно право*, Београд, 1999, стр. 333.

36 Видети више код В. Капор, *нав. дело*, стр. 223.

„Куповина за покриће не мора се извршити у месту испоруке или у његовој ближој околини. Купујући робу за покриће купац штити своје интересе, па је у праву да купи у месту у коме се може покрити под најповољнијим условима.“ *Збирка судских одлука*, књига IV, свеска 2, 1959, бр. 363.

37 ICC Arbitration Case No. 8128 of 1995 (*Chemical fertilizer case*), доступно на <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/958128i1.html>.

роба бољег квалитета, а купцу је била хитно потребна). Куповина ради покрића ће бити разумна и ако је купљена роба другог порекла у односу на оно што је уговорено у основном уговору.

Коначно, разумна мора бити *цена* по којој је роба купљена. У погледу цене купац треба да настоји да куповину изврши по најнижој разумно могућој цени. Ако роба има тржишну или берзанску цену, онда купац, по правилу треба робу да набави по тој цени, јер куповина по тржишној/берзанској цени представља уобичајену куповину. У том случају су конкретно и апстрактно одмерена штета идентичне. Изузетно може бити оправдано и плаћање веће цене ако се оно може оправдати начелом савесности и поштења. У једној арбитражној одлуци је сматрана разумном већа цена од оне која се могла остварити да је купац имао више времена за преговоре, јер је он робу морао да набави у кратком року да би је испоручио својим муштеријама.³⁸

в) Разуман рок

Купац мора да изврши куповину ради покрића у *разумном року*.³⁹ Дакле, он није дужан да робу купи одмах, него му се оставља одређено време да то учини.⁴⁰ Разлог таквог решења представља потреба уважавања интереса обе уговорне стране. Купцу је потребно омогућити да се информише о приликама на тржишту, да прикупи неколико понуда и да, на крају, купи робу под најповољнијим условима. По правилу, ако је роба купцу хитно потребна (нпр. треба да испоштује рокове испоруке према својим купцима) он ће потрошити мање времена на испитивање тржишта. У сваком случају, купац није дужан да врши детаљна испитивања тржишта ради што повољније набавке. С друге стране, онемогућено је претерано одуговлачење са куповином ради покрића и искључене су евентуалне могућности злоупотребе због промена цена робе.

Чл. 75 БК изричито предвиђа да разуман рок почиње да тече од раскида уговора. Наш закон одређује само да се посао ради покрића има извршити у разумном року, али не одређује када он почиње да тече. Према ставу теорије, разуман рок почиње да тече од тренутка раскида уговора.⁴¹ Трајање разумног рока се цени *in casu*. На дужину разумног

38 ICC Arbitration Case No. 8128 of 1995 (*Chemical fertilizer case*), доступно на <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/958128i1.html>.

39 Видети чл. 75 БК и чл. 525(3) ЗОО. Према уз. бр. 212(2) ОУЗ куповина ради покрића треба да буде извршена у *примереном* року.

40 Насупрот томе према чл. 376(3) ХГБ посао ради покрића се мора извршити одмах.

41 Б. Т. Благојевић, В. Круљ (ур.), *нав. дело*, стр. 1026.

рока у великој мери утиче врста робе коју треба купити и могућност њене набавке на тржишту. У судској пракси међународне продаје робе се разумним сматра рок од две недеље код робе чија цена је релативно стабилна.⁴² Кад роба има тржишну цену, рок ће бити краћи.⁴³ Исто тако, купац мора брзо реаговати и кад је тржиште нестабилно. И на крају, код фиксних послова би куповина ради покрића требало да буде извршена одмах.⁴⁴ Наиме, рок и јесте битан елемент уговора јер је купцу било битно да робу добије у одређеном тренутку. Ако купац по раскиду фиксног посла одуговлачи са куповином ради покрића то може бити знак шпекулације. С друге стране, кад је то примерено околностима случаја, трајање разумног рока може бити и дуже.

4. Предмет куповине ради покрића

У међународној продаји робе куповина ради покрића није условљена њеним предметом. Насупрот томе, према чл. 525(1) ЗОО куповина ради покрића је могућа само кад је предмет уговора о продаји *извесна количина ствари одређених по роду*. Поставља се питање да ли су овим правилом постављена ограничења добра. Прво, купац може набавити само генеричну робу. Према једном ставу, ова одредба је потпуно разумљива јер индивидуално одређену ствар (нпр. машину коју је продавац требало да произведе према нацрту купца) није могуће купити на другом месту.⁴⁵ Према нашем мишљењу иако се у трговинском промету куповина ради покрића најчешће врши у погледу генеричне робе, није требало искључити куповину индивидуално одређених ствари. Друго, предмет куповине ради покрића може бити само *извесна количина* генеричне робе. Формулација „извесна количина“ може да створи проблеме у пракси. Наиме, није јасно да ли је према ЗОО могуће да купац набави једну ствар одређену по роду. Будући да се ради о диспозитивном правилу стране у свом уговору о продаји могу одредити да је куповина ради покрића могућа и код индивидуално одређених ствари, као и кад је предмет уговора појединачна генерична ствар.

42 Видети више код U. Magnus, *нав. дело*, стр. 743; K. Schmidt (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 681; W. Krüger, H. P. Westermann (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 2638. Видети Germany, 28 February 1997, Appellate Court Hamburg (*Iron molybdenum case*), доступно на <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970228g1.html>.

43 Видети више код P. Schlechtriem (ed.), *нав. дело*, стр. 576; H. G. Vamberger, H. Roth (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 2882.

44 Уз. бр. 226(1) ОУЗ.

45 Б. Т. Благојевић, В. Круљ (ур.), *нав. дело*, стр. 1025; И. Букљаш, Б. Визнер, *нав. дело*, стр. 1764.

5. Обавештење о намераваној куповини ради покрића

Чл. 525(3) ЗОО и уз. бр. 211(3) ОУЗ предвиђају дужност купца да обавести продавца о намераваној куповини ради покрића. Према узансама купац треба продавца да обавести благовремено и на сигуран начин. Притом, купац није дужан да продавцу саопшти услове, место и време куповине ради покрића, као ни са киме ће закључити уговор.⁴⁶ Смисао дужности обавештавања се састоји у томе што продавац може купцу предочити где може да набави робу под повољнијим условима и на тај начин утицати на висину штете.

Закон не одређује последице пропуштања обавештења. Према ставу судске праксе необавештавање продавца нема за последицу неваљаност куповине ради покрића, али може утицати на висину накнаде штете,⁴⁷ будући да продавац може доказивати да би штета била мања да га је купац обавестио.

Бечка конвенција не предвиђа обавезу купца да продавца обавести о намераваној куповини ради покрића, али то може произлазити из пословних обичаја. Куповином ради покрића купац треба да задовољи своју потребу означену у основном уговору. Међутим, проблем око доказивања везе са конкретним основним уговором о продаји може настати ако купац стално или барем често закључује уговоре о куповини одређене врсте робе. Питање је веома важно јер од њега зависи одговорност продавца. Према једном ставу, у таквом случају би требало негирати могућност накнаде штете према чл. 75 БК.⁴⁸ Друго мишљење је да се чл. 75 примењује и да би послом ради покрића требало сматрати први уговор закључен након раскида основног уговора.⁴⁹ Наше је мишљење да се чл. 75 БК може применити ако купац докаже да куповина ради покрића представља замену за пропали посао. Веома је важно да се утврди веза између примарног уговора и куповине ради покрића да купац не би имао могућност да неки од својих нереализованих послова пребаца на терет продавца. Управо обавештавање продавца о намери набавке робе ради покрића представља довољан доказ и може задржати право купца да захтева одмеравање накнаде штете према чл. 75 БК. У том случају, обавештење представља неопходну конкретизацију, на основу које се недвосмислено види веза са основним уговором.

46 Видети више код А. Голдштајн, *нав. дело*, стр. 372.

„Купац није дужан да обавести задоцнелог продавца о времену и месту у коме намерава закључити уговор о куповини ради покрића.“ *Збирка судских одлука*, књига I, свеска I, 1956, бр. 248.

47 Видети више код А. Капор, *нав. дело*, стр. 223.

48 Тако К. Schmidt (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 679.

49 Видети више код I. Schwenzer (ed.), *нав. дело*, стр. 1028.

III Закључак

Одмеравање накнаде штете кад је извршена куповина ради покрића представља начин конкретног одмеравања директне штете кад је уговор о продаји раскинут и могуће је кад су испуњени прописани услови. Прво, основни уговор о продаји мора бити раскинут. Друго, уговор о куповини ради покрића мора бити стварно закључен. Треће, посао ради покрића мора бити разуман, односно извршен на разуман начин и у разумном року након раскида уговора.

Поред наведених општих услова, у српском праву је куповина ради покрића могућа само ако је предмет уговора извесна количина ствари одређених по роду. Наведена законска одредба је непрецизна и поставља ограничења која нису добра. Такође, у домаћем праву купац је дужан да обавести продавца о намераваној набавци робе. Иако, у Бечкој конвенцији дужно обавештавања о намераваној куповини ради покрића није изричито предвиђена, обавештавање би у одређеним случајевима у међународној трговини било целисходно и за стране је препоручљиво.

Sandra FIŠER-ŠOBOT, PhD

Junior Faculty Member at the Faculty of Law University of Novi Sad

CONCRETE CALCULATION OF DAMAGES IN CASE OF SUBSTITUTE PURCHASE IN INTERNATIONAL AND SERBIAN LAW

Summary

Calculation of damages in case of substitute purchase represents method of concrete calculation of non-performance loss when the contract has been avoided. Calculation of damages when the buyer has bought the goods in replacement is only possible under the following conditions. First, the main sales contract has to be avoided. Second, the buyer has to enter into a substitute transaction; the mere possibility to do so does not suffice. Third, goods have to be purchased for a higher price than the price agreed in main contract. Finally, substitute transaction has to be reasonable i.e. effected in reasonable manner and in reasonable time after avoidance.

According to Serbian law additional specific prerequisites have to be fulfilled. First, the object of substitute purchase can be only a certain amount of generic goods. Statutory provision is imprecise and imposes questionable limitations. Furthermore, the buyer has to notify the seller of the intended purchase. In the CISG there is no explicit notification duty for the buyer, but in some cases in international sales notification would be recommendable.

Key words: *breach of contract, damages, substitute purchase.*

мр Маја ЛУКИЋ
асистент Правног факултета Универзитета у Београду

ЕВРО КАО ТРОЈАНСКИ КОЊ ЕВРОПСКОГ УЈЕДИЊЕЊА – НАДВЛАДАВАЊЕ СУВЕРЕНИТЕТА ДРЖАВА ЧЛАНИЦА У ИМЕ ШТЕДЊЕ И СОЛИДАРНОСТИ

Резиме

Правни облици иуштем којих је иредузетио „сиасавање“ ирезадужених чланица ЕМУ, јасно говоре да иосијоји ироблем артикулисања иополитичке воље на нивоу ЕУ у иоиледу исипуњења обавезе солидарности ирема уироженим чланицама, као и у иоиледу разумевања ойишете иинијереса целе ЕУ. Будући да се Уиовором о ЕМС и Фискалним доиовором Комисији, Парламенту и Савету иоверавају нови задаци, а Суду ЕУ нове надлежности, очииледно је ослањање на иосијојећу инстиийуционалну архийектиуру ЕУ уз заобилажење одредби оснивачких уиовора ЕУ о иосиуику иромене ииих уиовора. ЕЦБ је од ситроиої мандаија одржања сиабилности цена ирешила на „ишамиање“ новца ради иодришке фискусима и банкама ирезадужених држава. Одмах након усаиашавања Фискалної доиовора чланице ЕМУ су ирисиуиуиле обједињавању функције надзора банкарскої сектиора. Смаитрамо да инстиийуционални одиовор који ЕМУ даје на кризу сувереної задуживања води нейовратном раздвајању ЕМУ од оних чланица ЕУ које су остиале изван ње. Заио је у новим механизмима моиуће иреиознаији обресе ираве иолиитичке заједнице, засноване на иреиознавању ойишете иинијереса, солидарности, али и узајамној одиоворности за иошиповање шемељних иравила заједнице.

Кључне речи: Евройска монетарна унија (ЕМУ), Евройска средсиво финансијске сиабилности (ЕСФС), Евройски механизам

стабилности (ЕМС), Буџетски уговор, Уговор о стабилности, координацији и ујављању у Економској и монетарној унији, Банкарски савез.

I Иницијално привремено прилагођавање институционалног оквира

Као први институционални одговор Европске уније на кризу сувереног задуживања, *Евројско средство финансијске стабилности (EFSF – European Financial Stability Facility)*, у даљем тексту: ЕСФС), акционарско друштво са седиштем у Луксембургу чији су акционари државе чланице Европске монетарне уније (у даљем тексту: ЕМУ) основано је у јуну 2010. године. На ЕСФС су, наиме, биле концентрисане гаранције кредитно способних држава чланица ЕМУ, тако да је сам ЕСФС на основу примљених гаранција могао на слободном тржишту капитала да под повољним условима дође до средстава, која би, затим, позајмљивао државама у невољи. ЕСФС је основан као привремени механизам.

Пет месеци након интервенције ЕУ извршене путем ЕСФС, неповерење у поједине чланице ЕУ као повериоце (тзв. суверене повериоце) било је и даље веома велико, у толикој мери да је, према оцени ММФ, представљало једну од најозбиљнијих препрека за глобални привредни опоровак.¹ Тако је већ у октобру 2010. године усаглашен и стални механизам – *Евројски механизам стабилности (ESM – European Stability Mechanism)*, у даљем тексту: ЕМС), који је постао у потпуности функционалан у октобру 2012. године.²

Средства на располагању ЕСФС проширена су у марту 2011. године са 250 на 440 милијарди евра, истовремено када су олакшани услови (продужен период отплате и снижена камата) првог пакета помоћи Грчкој. Шефови држава и влада ЕМУ су на истом самиту усагласили и „Евро-плус пакт“, свеобухватан договор о годишњем усаглашавању економских политика држава чланица. Координација фискалних политика чланица ЕМУ ће крајем исте године бити формализована и у виду измена Пакта за стабилност и развој.³ До другог по реду проширења ка-

1 Alan Beattie, „IMF says sovereign risk a threat to recovery“, *The Financial Times*, October 5, 2010.

2 Вид. European Financial Stability Facility – EFSF, About EFSF, доступно на адреси: <http://www.efsf.europa.eu/about/index.htm>, 30.9.2012.

3 German Federal Ministry of Finance, Euro Plus Pact, доступно на адреси: <http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/EN/Standardartikel/Topics/Europe/Articles/>

пацитета ЕСФС дошло је у новембру 2011. године, када је постигнут договор да ЕСФС може и само делимично осигурати обвезнице које издаје поједина држава чланица, као и да се средства ЕСФС могу улагати посредством посебних фондова у којима би учествовао и приватни сектор, било ради куповине обвезница презадужених држава ЕМУ, било у циљу докапитализације банака у тим државама.⁴

Док је помоћ Грчкој организована у оквиру ЕСФС, помоћ Ирској и Португалу спроведена је у оквиру Европског механизма за финансијску стабилизацију (*EFSM – European Financial Stabilisation Mechanism*, у даљем тексту: ЕМФС). ЕМФС није заснован на непосредним уплатама и другим врстама доприноса држава чланица, већ је заснован на могућности да се Европска комисија до одређеног износа задужи на финансијским тржиштима, под прећутном гаранцијом средстава у буџету саме ЕУ. Позајмљена средства је Комисија даље позајмила Ирској и Португалу.⁵ Правни основ овог механизма била је посебна уредба Савета.⁶

II Европски механизам стабилности као стално средство помоћи

Европски механизам стабилности, као стално средство очувања поверења у Еврозону и државе чланице, усаглашен је на самиту лидера Еврозоне у октобру 2010. године, са циљем да у 2013. години замени постојећи низ различитих механизма развијених или искоришћених за ублажавање последица кризе сувереног задуживања, чији правни режим је обухватио међународно јавно право, право ЕУ и приватно право.⁷

У правном смислу, ЕМС је међународна финансијска организација са седиштем у Луксембургу. Као такав, ЕМС има за свој основ посебан међународни уговор – Уговор о Европском механизму стабилности (*European Stability Mechanism Treaty*), иницијално усаглашен у јуну 2011. године, а потписан следећег месеца, а затим измењен како би обухватио

Stabilising_the_euro/euro-plus-pact.html, 30.9.2012.

4 European Financial Stability Facility, „Maximizing EFSF’s capacity approved“, 29 November 2011, доступно на адреси: <http://www.efsf.europa.eu/mediacentre/news/2011/2011-015-maximising-efsf-capacity-approved.htm>, 30.9.2012.

5 European Commission, „European Financial Stabilisation Mechanism“, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/economy_finance/eu_borrower/efsm/index_en.htm, 30.9.2012.

6 Council Regulation (EU) No. 407/2010 of 11 May 2010 establishing a European financial stabilisation mechanism, *Official Journal of the European Union*, 12.5.2010, L 118/1.

7 Bruno de Witte, „The European Treaty Amendment for the Creation of a Financial Stability Mechanism“, Swedish Institute for European Policy Studies (SIEPS), *European Policy Analysis*, Nr. 6/2011, стр. 5.

договоре са састанака шефова држава и влада Еврозоне из јула и децембра 2011. године.⁸

Иако ЕМС не спада у ред европских оснивачких уговора, државе које су га усагласиле сматрале су неопходним да за такво своје поступање ипак обезбеде основ у оснивачким уговорима, и то тако што ће у члан 136 УФЕУ бити унет нови став, који гласи:

„Државе чланице чија валута је евро могу засновати механизам обезбеђивања стабилности који ће бити активиран уколико је то неопходно да се очува стабилност Еврозоне као целине. Додела било какве финансијске помоћи у складу са тим механизмом ће бити строго условљена.“⁹

Б. де Вите (*de Witte*) предлаже два мотива за наведени амандман: да би се обезбедио основ за ЕМС којим би тај механизам био заштићен од дејства забране пружања помоћи другим чланицама ЕУ, из чл. 125 УФЕУ, као и с обзиром да основ који је коришћен почев од избијања кризе, чл. 122 УФЕУ – помоћ у ванредним околностима на које влада која добија помоћ није могла имати утицаја – није био потпуно валидан, с обзиром да су презадужене државе то постале поступајући у складу са својом слободном вољом, а не деловањем непредвидљивих околности које су биле изван њиховог утицаја.¹⁰ Закључно са 12. септембром 2012. године, парламенти свих држава чланица ЕУ су ратификовали ову измену.¹¹

Уговор о ЕМС је ступио на снагу 27. септембра 2012. године, након што је ратификован и од стране Немачке, а сам ЕМС је затим отпочео са радом 8. октобра 2012. Ратификација од стране Немачке била

8 Treaty Establishing the European Stability Mechanism Between the Kingdom of Belgium, the Federal Republic of Germany, the Republic of Estonia, Ireland, the Hellenic Republic, the Kingdom of Spain, the French Republic, the Italian Republic, the Republic of Cyprus, the Grand Duchy of Luxembourg, Malta, the Kingdom of The Netherlands, the Republic of Austria, the Portuguese Republic, the Republic of Slovenia, the Slovak Republic and the Republic of Finland, доступно на адреси: <http://www.european-council.europa.eu/media/582311/05-tesm2.en12.pdf>, 30.9.2012.

9 „The Member States whose currency is the euro may establish a stability mechanism to be activated if indispensable to safeguard the stability of the euro area as a whole. The granting of any required financial assistance under the mechanism will be made subject to strict conditionality“. European Council Decision of 25 March 2011 amending Article 136 of the Treaty on the Functioning of the European Union with regard to a stability mechanism for Member States whose currency is the euro (2011/199/EU), *Official Journal of the European Union*, 6.4.2011, L 91/1–4.

10 B. de Witte, *нав. чланак*, стр. 6.

11 *Directorate General for Internal Policies, European Parliament*, „Article 136 TFEU, ESM, Fiscal Stability Treaty – Ratification requirements and present situation in the Member States, October 2012“, стр. 4, доступно на адреси: <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/studiesdownload.html?languageDocument=EN&file=74355>, 30.9.2012.

је условљена претходном одлуком Савезног уставног суда о уставности тог говора из перспективе права Немачке. Поменути Суд је донео позитивну одлуку, али је поставио и два услова да би се Уговор о ЕМС могао сматрати уставним у Немачкој: да допринос Немачке, у износу од 190 милијарди евра, не може бити повећаван без претходног одобрења Бундестага, и да домови парламента Немачке морају имати могућност увида у рад управног одбора ЕМС, тј. да рад тог одбора не може остати тајан за Бундестаг и Бундесрат.¹²

Укупан обим средстава која ће бити на располагању ЕМС-у уговорен је на 700 милијарди евра. Притом, важно је имати у виду да је изменама Уговора о ЕМС у фебруару 2012. година уведена строга условљеност пружања помоћи одређеној држави приступањем те државе тзв. Буџетском договору (*Fiscal Compact*), тј. Уговору о стабилности, координацији и управљању у Економској и монетарној унији, о чему ће бити речи у даљем тексту. Осим на плану правне форме, ЕМС се од ЕСФС разликује и по употребљивости – правила пружања помоћи ЕМС изричито захтевају да обавеза враћања примљене помоћи ЕМС стекне првенство у односу на дугове које држава која прима помоћ већ има, па се зато ради о мање флексибилном и по државе примаоце помоћи мање повољном механизму него што је то ЕСФС.

Отворено је питање у којој мери ће средства ЕМФС и ЕМС моћи да буду коришћена истовремено.¹³ Најважнији орган ЕМС је Одбор гувернера,¹⁴ у коме су заступљене све државе чланице ЕМУ. Одобравање зајмова државама у невољи подлеже захтеву једногласности у Одбору гувернера.¹⁵

- 12 Directorate General for Internal Policies, European Parliament, „Article 136 TFEU, ESM, Fiscal Stability Treaty – Ratification requirements and present situation in the Member States, October 2012“, стр. 5–6, доступно на адреси: <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/studiesdownload.html?languageDocument=EN&file=74355>, 30.9.2012.
- 13 Werner Mussler, „Unterschiedliche Berechnungen der Brandmauer“, *FAZ*, Nr. 76, 29 March 2012, стр. 13.
- 14 Према садашњем уговорном оквиру, Одбору гувернера је поверено решавање спорова између ЕМС и држава чланица у вези са тумачењем и применом Уговора о ЕМС. Таквом решењу се замера да је Одбор гувернера *judex in causa propria*, предлаже се оснивање независног Жалбеног одбора. Надаље, Уговор о ЕМС не захтева од Одбора гувернера да образложи своје одлуке. У стручној литератури изнети су предлози да се у уговорни оквир унесе обавеза, слична оној коју имају све установе ЕУ по чл. 296 УФЕУ, да Одбор гувернера мора издати образложење својих одлука. Вид. Johanna Croon, Miguel Poiares Maduro, „The Euro Crisis and the Democratic Governance of the Euro: Legal and political Issues of a Fiscal Crisis“, *Policy Brief*, Nr. 3/2012, стр. 7, доступно на адреси: globalgovernanceprogramme.eui.eu, 27.8.2012.
- 15 Friedrich Kubler, „Institutional Aspects of the Eurozone Crisis“, у: F. Allen, E. Carletti, S. Simonelli (eds.), *Governance for the Eurozone – Integration or Disintegration?*, FIC Press, стр. 34.

ЕМС као стални механизам остваривања солидарности унутар Евроzone остварен је упркос позивима који су углавном долазили из Француске за издавање евро-обвезница – за чије испуњење би гарантовале све чланице Евроzone. У прилог евро-обвезницама најчешће су изношени аргументи да се ради о суштинском отелотворењу начела солидарности, а не, као у случају ЕСФС и ЕМС, о строго контролисаном механизму, као и да би издавањем таквих обвезница било обезбеђено много више средстава.¹⁶

III Пресуде Савезног уставног суда Немачке о ЕСФС и ЕМС

Пресудом од 7. септембра 2011. године, Савезни уставни суд Немачке је отклонио оптужбе да је пружање помоћи Грчкој од стране Немачке, као и приступање уговору о оснивању ЕСФС, супротно Уставу Немачке, тј. да усвајањем закона којима су ови поступци предвиђени „Бундестаг није на Уставом недопустив начин угрозио своје право да усвоји буџет и контролише његову примену од стране владе, као ни буџетску аутономију будућих сазива парламента.“¹⁷

Суд је своју одлуку, обједињену у односу на три одвојене иницијативе за оцену уставности, засновао на анализи да ли је дошло до неповратног преноса буџетског овлашћења са Бундестага на тела Европске монетарне уније. У погледу чињеничне процене да ли обавезе које Немачка преузима на основу оспорених аката угрожавају њену буџетску стабилност, Суд је Бундестагу препустио поље слободне процене:

„Када процењује да ли је дошло до забрањеног препуштања буџетске аутономије, Савезни уставни суд не може да се стави у положај законодавног тела, а да притом задржи сопствену стручност. У погледу обима преузетих гаранција, суд мора да ограничи своје преиспитивање на очигледне преласке последњих граница. На тај начин, законодавни орган има поље слободне процене у погледу вероватноће наступања обавезе да изврши плаћања због чињенице у вези са којом су гаранције дате, и то поље слободне процене Савезни уставни суд мора да поштује. Нешто слично се примењује приликом процене будуће одрживости савезног буџета и економског учинка Савезне Републике Немачке... Бундестаг није умањио своје право да усвоји буџет и контролише његову приме-

16 Gaetane Ricard-Nihoul, *Pour une fédération européenne d'Etats-nations. La vision de Jacques Delors revisitée*, Groupe De Boeck, Editions Larcier, Bruxelles, 2012, стр. 116.

17 BVerfG, 2 BvR 987/10 vom 7. 9. 2011, Absatz-Nr. (1 – 142), доступно на адреси: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20110907_2bvr098710en.html, 20.10.2012.

ну од стране владе и није занемарио суштински садржај начела демократије...

Не може се утврдити да износ датих гаранција превазилази ограничења буџетских могућности у таквој мери да би буџетска економија била учињена суштински неделотворном. У садашњем тренутку, такође, не постоји ниједан разлог за претпоставку да је дошло до неповратног процеса са негативним последицама по буџетску аутономију немачког Бундестага.

Немачки закон којим се одобрава Уговор из Мастрихта, у верзији након Уговора из Лисабона, и даље на довољно одређен начин гарантује да се Савезна Република Немачка не подвргава аутоматизму 'заједнице одговорности' (*Haftungsunion*) у коме се одговорност не може унапред израчунати и који следи свој правац, тако да се њиме више не може управљати.¹⁸

Наведена пресуда је значајна јер је ставила тачку на иницијативе за издавање тзв. евро-обвезница, тј. обвезница за чије испуњење је одговорна ЕУ, у оквиру постојеће структуре ЕУ, будући да би издавање таквих хартија од вредности значило да се одговорност Немачке за одговарајуће обавезе не може унапред израчунати, с обзиром да би њен обим искључиво зависио од мере у којој друге државе испуњавају своје обавезе по истим обвезницама. Такође, важан аспект пресуде је и став да без обзира да ли Бундестаг одобри помоћ или не, та помоћ може бити дата само у мери у којој буџет Немачке може апсорбовати евентуалне губитке. Другим речима, Суд је забранио Немачкој да се задужује у циљу финансирања помоћи другим чланицама Еврозоне.¹⁹

С друге стране, бројне су критике ове пресуде, које супротстављају реторику тог акта његовим практичним последицама. Гунар Бек (*Beck*), на пример, пореди логичку структуру ове пресуде са пресудом истог суда којом је одобрено потписивање Лисабонског уговора. Сличност се, по Беку, састоји у номиналном наглашавању првенства устава Немачке над правом ЕУ, као и у наглашавању граница које европским интеграцијама поставља суверена воља парламента Немачке. Међутим, у практичном смислу, у односу на ЕСФС суд се задовољио захтевом да свако обавезивање Немачке буде одобрено од стране Буџетског одбора Бундестага. Бек указује на опште-познату чињеницу да у таквом коми-

18 *Federal Republic of Germany, Federal Constitutional Court – Press office – Press release, No. 55/2011 of 7 September 2011*, доступно на адреси: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/press/bvg11-055en.html>, 30.9.2012.

19 Peadar o Broin, „German Constitutional Court judgment may have far-reaching implications“, *The Institute of International and European Affairs* 26 September 2011, доступно на адреси: <http://www.iiea.com/blogosphere/german-constitutional-court-judgment-may-have-far-reaching-implications>, 30.9.2012.

тету превласт има владајућа коалиција, тако да у суштини одобравање сваке нове обавезе неће зависити од парламента као целине, већ од воље владајуће коалиције. По Беку, ова пресуда спада у низ пресуда Савезног уставног суда започетог тзв. *Solange II* пресудом из 1983. године, који показује све веће повлачење тог суда пред политичким органима и следствено остављање простора за ширење надлежности прво ЕЕЗ, ЕЗ и најзад ЕУ.²⁰ Антје фон Унгерн-Штернберг управо ову пресуду узима као пример савремене тенденције да парламентарно учешће у доношењу одлука служи као „смоквин лист“ за прикривање чињенице да се одговарајуће важне одлуке доносе само на нивоу влада.²¹

Као и у случају ЕСФС, Немачка је и у односу ЕМС била одговорна за далеко највећи удео у финансирању – 27%. Због тога је исход напада на уставност аката којима је Немачка приступила ЕМС пред Савезним уставним судом од стране глобалног финансијског тржишта очекиван с једнаком бригом као и исход преговора о оснивању ЕМС.

Савезни уставни суд Немачке је 12. септембра 2012. одбио иницијативе за испитивање уставности приступања Немачке Уговору о ЕМС, уз две резерве: 1) да се ништа у том уговору не може тумачити тако да обавезује Немачку на виши износ од оног утврђеног у анексу тог уговора без претходног пристанка представника Немачке, и 2) да се одређене одредбе тог уговора (о тајности, имунитету и сл.) не смеју тумачити на начин који би угрозио детаљну информисаност Бундестага и Бундесрата.²² ЕСФС се од ЕМС првенствено разликује у два вида: 1) ЕМС има стални карактер, док је ЕСФС привремен и орочен, и 2) помоћ одређеној држави из ЕМС условљена је приступањем те државе Уговору о стабилности, координацији и управљању у Економској и монетарној унији (Фискалном договору), и поступањем те државе у складу с тим уговором. Због тога се пресуда Савезног уставног суда из 2012. године разликује од пресуде тог суда из 2011. год, у вези са ЕСФС управо зато што је Савезни уставни суд Уговор о ЕМС и Фискални договор у значајној мери анализирао као целину, и то управо у погледу питања да ли се тим уговорима неповратно преноси непреносиви део суверенитета на ЕМУ.²³

20 Gunnar Beck, „The German Constitutional Court versus the EU: self assertion in theory and submission in practice – Euro Aid and Financial Guarantees“, *Eutopia Law*, October 24, 2011, доступно на адреси: <http://eutopialaw.com/2011/10/24/%E2%80%9Cthe-german-constitutional-court-versus-the-eu-self-assertion-in-theory-and-submission-in-practice-%E2%80%93-euro-aid-and-financial-guarantees-part-1/>, 30.9.2012.

21 Antje von Ungern-Sternberg, „Parliaments – Fig Leaf or Heartbeat of Democracy? German Federal Constitutional Court Judgment of 7 September 2011 – Euro Rescue Package“, *European Constitutional Court Review*, Vol. 8, Nr. 2/2012, стр. 304-322.

22 BVerfG, 2 BvR 1390/12 vom 12. 9. 2012, Absatz-Nr. (1 – 248), доступно на адреси: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20120912_2bvr139012en.html, 30.9.2012.

23 *Ibid*, para. 175.

Многи аутори су ову пресуду схватили као својеврсно повлачење Савезног уставног суда пред ЕУ.²⁴

IV Фискални савез

Архитектура ЕМУ до кризе сувереног задуживања предвиђала је заједничку монетарну политику и независне националне фискалне политике држава чланица. Механизми координације фискалних политика били су мастрихтски критеријуми конвергенције и Пакт за стабилност и раст. Изменама тог пакта из 2011. године постигнута је већа координација фискалних политика држава чланица ЕМУ, али не довољно велика да неке државе, пре свега Немачка, пристану на солидарно обавезивање на нивоу ЕМУ путем издавања дужничких хартија од вредности, тј. тзв. евро-обвезница. Практично од почетка кризе сувереног задуживања Француска се залагала за финансирање помоћи презадуженим чланицама ЕМУ управо на тај начин, док се Немачка том начину противила, не желећи да се доведе у ситуацију да гарантује за обавезе неодређеног броја других чланица, издавалаца заједничке обвезнице, у ситуацију у којој не постоје делотворни механизми координације фискалних политика чланица ЕМУ.

Даљи корак у правцу у коме су биле извршене и измене Пакта за стабилност и раст из 2011. представљало је потписивање тзв. Фискалног договора (*Fiscal Compact*), тј. Уговора о стабилности, координацији и управљању у Економској и монетарној унији (*Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union*, у даљем тексту: Фискални договор). Тај уговор су 2. марта 2012. године потписале све државе чланице ЕУ осим Уједињеног Краљевства и Чешке. Фискални договор ступа на снагу 1. јануара 2013. године. Ради се о уговору који је засебан у односу на оснивачке уговоре ЕУ, будући да Уједињено Краљевство није дозволило спровођење предметних промена кроз оснивачке уговоре.²⁵

Фискалним договором су се чланице ЕМУ обавезале да у националне правне системе, „по могућству“ на нивоу уставних норми, унесу обавезу одржавања уравнотеженог буџета или буџетског виш-

24 Thomas Darnstädt, „Ruling Shows Court’s Weakness in EU Matters“, *Spiegel Online International*, 12.9.2012, доступно на адреси: <http://www.spiegel.de/international/germany/commentary-ruling-underscores-german-court-s-weakness-in-europe-a-855441.html>, 30.9.2012.

25 Federal Republic of Germany, Federal Ministry of Finance, „The Fiscal compact – Frequently Asked Questions“, 17 February 2012, доступно на адреси: <http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/EN/FAQ/2012-02-23-fiscal-compact-faq.html>, 30.9.2012.

ка (у енглеској терминологији „правила о буџетској кочници“ – *debt brake rules*). Ратификовање Фискалног договора и испуњење обавезе у погледу доношења уставног или законског акта о обавези одржавања уравнотеженог буџета представљају услов за примање помоћи из ЕМС. Иницирање поступка за примену санкција због претераног дефицита, и примена тих санкција, подвргнути су још већем аутоматизму. Потписнице су се подвргле надлежности Суда ЕУ у погледу оцене поштовања обавеза из Фискалног договора, исто као да се ради о једном од оснивачких уговора.²⁶

Поједини аутори, као нпр. Л. Азуле (*Azoulai*) и М. Мадуро (*Maduro*), предлажу виђење по коме постоји супротност између става Савезног уставног суда Немачке изнетог у пресуди о учешћу Немачке у помоћи Грчком у оквиру ЕСФС, из септембра 2011. године, и Фискалног договора, с обзиром да се Фискалним договором, као међународним уговором, његове потписнице обавезују у погледу својих буџета, док је у наведеној пресуди Савезни уставни суд утврдио да нико сем немачког народа не може одлучивати о буџету Немачке. По том виђењу, наиме, Савезни уставни суд би морао огласити неуставним међународни уговор као извор буџетских норми Немачке.²⁷ Нисмо у могућности да се сложимо са наведеним виђењем управо због захтева Фискалног договора да правила о буџету буду унета у правне системе држава чланица у форми закона, „по могућству“ са уставном снагом. То значи да поштовање предметног међународног уговора значи истовремено и поштовање става Савезног уставног суда, тј. да ће немачки, као и сваки други народ државе потписнице Фискалног договора, слободно одлучити о подвргавању уговореним буџетским правилима.

М. Мадуро, такође, као на могућу замерку Фискалном договору упућује и на тврдњу да се тим уговором повећавају овлашћења институција ЕУ, при чему је поступак прописан за измену оснивачких уговора ЕУ потпуно заобиђен. Сагласни смо са двоструким разликовањем којим наведену замерку отклања Б. де Вите: прво, Суд ЕУ се по могућности да прихвати нове надлежности чији основ није у осни-

26 Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union Between the Kingdom of Belgium, the Republic of Bulgaria, the Kingdom of Denmark, the Federal Republic of Germany, the Republic of Estonia, Ireland, the Hellenic Republic, the Kingdom of Spain, the French Republic, the Italian Republic, the Republic of Cyprus, the Republic of Latvia, the Republic of Lithuania, the Grand Duchy of Luxembourg, Hungary, Malta, the Kingdom of the Netherlands, the Republic of Austria, the Republic of Poland, the Portuguese Republic, Romania, the Republic of Slovenia, the Slovak Republic, the Republic of Finland and the Kingdom of Sweden, доступно на адреси: http://european-council.europa.eu/media/639235/st00tscg26_en12.pdf, 30.9.2012.

27 Loic Azoulai, Miguel Maduro, „The Debate: Opening Statements“, у: Anna Kocharov (уп.), *Another legal monster? An EUI debate on the Fiscal Compact treaty*, *EUI Working Papers, Law*, Nr. 9/2012, стр. 3.

вачким уговорима ЕУ разликује од других органа ЕУ, и, друго, у случају Фискалног договора пре се може говорити о поверавању одређених „затака“ Комисији, Парламенту и Савету, него о проширивању њихових „надлежности“.²⁸

Насупрот циљевима прокламованим у Фискалном договору, поједини аутори, као нпр. Д. Грос (*Gros*) и М. Мадуро, истичу да у Фискалном договору преовлађују политичке изјаве, док је конкретних обавеза мало, као и да тај уговор служи само као оправдање влади Немачке пред сопственом јавношћу за даље пружање помоћи презадуженим чланицама ЕМУ.²⁹ Једина потписница која је најавила подвргавање свог потписа провери на референдуму била је Ирска, у којој је 31. маја 2012. године одржан референдум на коме је потпис на Фискалном договору потврђен. Према стању од 12. септембра 2012. године, неопходна је ратификација од стране још две потписнице како би Фискални договор ступио на снагу како је предвиђено, 1. јануара 2013. године.³⁰

Приметно је да је након потписивања Фискалног договора, у лето 2012. године, уследило помињање, и то у извештају председника Европског савета, Хермана ван Ромпеја, могућности издавања евро-обвезница:

„Кораци у правцу увођења солидарних суверених обавеза могу бити размотрени уколико постоји чврст оквир за буџетску дисциплину и компетитивност, како би био избегнут морални хазард и подржане одговорност и поштовање прописа.“

У том извештају је потом наведен и циљ заједничког фискалног тела и централног буџета.³¹ Закључцима Савета ЕУ од 18. октобра 2012. године, „о употпуњавању ЕМУ“, изнова је најављено разматрање „фискал-

28 Miguel Maduro, Bruno de Witte, „The Debate: Opening Statements“, у: Anna Kocharov (уредник), *Another legal monster? An EUI debate on the Fiscal Compact treaty*, EUI Working Papers, Law, Nr. 2012/09, стр. 5–7.

29 Daniel Gros, „The Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union (aka Fiscal Compact)“, *Economic Policy, CEPS Commentaries*, 8 March 2012, доступно на адреси: <http://www.ceps.eu/book/treaty-stability-coordination-and-governance-economic-and-monetary-union-aka-fiscal-compact>, 30.09.2012; М. Мадуро, „The Debate: Opening Statements“, у: Anna Kocharov (уредник), *Another legal monster? An EUI debate on the Fiscal Compact treaty*, EUI Working Papers, Law, Nr. 9/2012, стр. 3.

30 Directorate General for Internal Policies, European Parliament, „Article 136 TFEU, ESM, Fiscal Stability Treaty – Ratification requirements and present situation in the Member States, October 2012“, стр. 8, доступно на адреси: <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/studiesdownload.html?languageDocument=EN&file=74355>, 30.9.2012.

31 „Towards a Genuine Economic and Monetary Union – Report by the President of the European Council Herman Van Rompuy“, 26 June 2012, доступно на адреси: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/131201.pdf, 30.9.2012.

ног овлашћења за Еврозону“,³² што би у ствари значило обједињавање фискалне функције у одређеној мери на нивоу ЕМУ.

V Банкарски савез

Постоји простор за тумачење да је Лисабонски уговор, убрајањем ЕЦБ у институције ЕУ, а на рачун умањења независности ЕЦБ, створио простор да Банка у будућности има много већа овлашћења у спровођењу надзора над макро-економским параметрима, као и у погледу „штампања новца“ као средства за подстицање привредног раста.³³ Као што је већ објашњено, ЕЦБ ипак није прибегла креирању новца у циљу подстицања привредног раста већ ради очувања поверења у евро, и то у облику куповине обвезница презадужених земаља Еврозоне.

На самиту лидера Еврозоне у јуну 2012. године договорено је да Савет хитно, а најкасније до краја 2012. године, размотри предлоге за јединствени надзор над банкама у Еврозони, а у циљу „разбијања зачараног круга између банака и суверена.“³⁴ Међутим, на самиту у октобру 2012. договорено је да се убрза рад на успостављању банкарског савеза. У закључцима Европског савета са тог самита, за полазиште су узети „фундаментални изазови са којима је ЕМУ суочена“, а затим су, између осталог, позвана законодавна тела да хитно наставе са радом на усаглашавању Јединственог надзорног механизма (*Single Supervisory Mechanism – SSM*), како би законски оквир за тај механизам био усагла-

32 *European Council, The President*, „European Council conclusions on completing EMU“, 18 October 2012, доступно на адреси: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/en/ec/132986.pdf, 20.10.2012.

33 Harold James, Hans-W. Micklitz, Heike Schweitzer (eds.), *The Impact of the Financial Crisis on the European Economic Constitution, EUI Working Papers*, Law, 05/2010, стр. 2, доступно на адреси: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/14055/LAW_2010_05.pdf?sequence=1, 22.11.2010. О ЕЦБ више вид. Jakob de Haan, Sylvester C. W. Eijffinger, Sandra Waller, *The European Central Bank: Credibility, Transparency, and Centralization*, Cambridge, MA, MIT Press, 2005; Tommaso Padoa-Schioppa, *The Euro and its Central Bank: Getting United after the Union*, Cambridge, MA, MIT Press, 2004; Ciara Zilioli, Martin Selmayr, *The Law of the European Central Bank*, Hart, Oxford, 2001; Ciara Zilioli, Martin Selmayr, „The Constitutional Status of the European Central Bank“, *Common Market Law Review*, Vol. 44, Nr. 2/2007, стр. 355–399; Matt Marshall, *The Bank, The Birth of Europe's Central Bank and the Rebirth of Europe's Power*, Random House, Business Book, London, 1999.

34 „Euro Area Summit Statement“, 29 June 2012, доступно на адреси: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/131359.pdf, 30.09.2012. Вид. Suzanne J. Konzelmann, Marc Fovargue-Davies, *Banking Systems in the Crisis, The faces of liberal capitalism*, Routledge, New York, 2013; Suzanne J. Konzelmann, Marc Fovargue-Davies, Olivier Butzbach, „The ‘not so global’ crisis“, *Banking Systems in the Crisis, The faces of liberal capitalism*, Routledge, New York, 2013, стр. 1–32.

шен до 1. јануара 2013. године. Иако је задржан став да ће ЕЦБ водити тај механизам, истакнута је неопходност да функције монетарне власти и банкарског надзора буду јасно раздвојене.³⁵

Уследио је сукоб ставова између Немачке и Француске у погледу мере у којој ЕЦБ преузима одговорност за надзор банака у ЕУ – док се прва залагала да обим одговорности ЕЦБ буде ограничен, Француска је заступала став да ЕЦБ буде једина одговорна за надзор свих банака у ЕУ. Компромис је усаглашен од стране министара финансија ЕУ 13. децембра 2012. године, и састојао се у решењу према коме ће ЕЦБ бити непосредно одговорна за надзор банака које имају средства вреднија од 30 милијарди евра, или читаву активу већу од 20% БДП државе чланице. Процењује се да ће на тај начин под непосредан надзор доћи око 200 банака. Преосталих скоро 6.000 банака остаће под надзором националних регулаторних тела, с тим што ће ЕЦБ имати могућност да се непосредно умеша.³⁶

VI Закључак: нови Савез зарад чвршћег Савеза?

Постепено прерастање лабавог савеза европских економских заједница у данашњу Европску унију као субјект међународног права и политике, који формира и спроводи своју вољу независно од држава чланица у кључним областима јавних послова, праћено је, или боље рећи остваривано, захваљујући сталним променама уговорног система на коме су се заснивале европске заједнице, односно ЕУ данас. Једна од највећих промена у односу на рану фазу јесте увођење могућности једностраног напуштања ЕУ, које је донео Лисабонски уговор. Логички комплементарно једностраном напуштању било би искључивање државе чланице из ЕУ против њене воље.³⁷ Економска криза коју је изазвало обелодањивање огромног дуга Грчке, као и неповерење, одрицања и ризици којима су изложене остале чланице Еврозоне, неке скривљено, а неке без своје кривице, такође говоре у прилог таквој могућности.

35 European Council, The President, „European Council conclusions on completing EMU“, 18 October 2012, доступно на адреси: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/ena/ec/132986.pdf, 20.10.2012. Вид. Thorsten Beck (ed.), *Banking Union for Europe. Risks and Challenges*, Centre for Economic Policy Research (CEPR), 2012.

36 „Europe’s banking union – A measly triumph“, *The Economist*, доступно на адреси: <http://www.economist.com/blogs/schumpeter/2012/12/europes-banking-union>, 20.10.2012; „EU moves closer to banking union“, *EU Commission*, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/news/economy/121214_en.htm, 20.10.2012.

37 Више о томе: Маја Лукић, „Правни и институционални поглед на рањивост ЕУ испољену у вези са кризом сувереног задуживања“, *Правни живои*, бр. 12/2010, стр. 560–562.

Будући да могућност искључења државе чланице садашњи уговорни систем ЕУ изричито не предвиђа, отворено је питање да ли су наведени разлози довољни да се постојање такве могућности тумачи као имплицитно начелима и природи ЕУ. Наравно, против решења које би се састојало у искључењу државе чланице против њене воље говори начело солидарности.

Усаглашавање првог пакета помоћи Грчкој у пролеће 2010. године истовремено је означило и почетак штампања новца од стране ЕЦБ у циљу помоћи презадуженим чланицама ЕМУ, што се лако може поистоветити са кршењем слова Мастрихтског споразума. Притом, не треба губити из вида да је велико повећање новчане масе које је у вези са пакетом помоћи угроженим државама, удружено са креирањем новца које су предузеле банке развијених држава, укључујући и ЕЦБ, ради помоћи својим привредама, довело до веома озбиљне претње инфлације у одговарајућим економијама у будућности. Значи да је ЕЦБ била уверена да добробит таквог поступања надмашује могућу штету.

Поједини аналитичари у првом пакету помоћи који је пружен Грчкој видели су само инструмент пребацивања ризика са приватних банака великих држава ЕУ, које су највећи повериоци Грчке, на буџете земаља Еврозоне. Критичка перспектива обухвата и тврдњу да се у ствари радило о рушењу дотадашњег европског социјалног модела, будући да су Европском иницијативом финансијске стабилности државе-примаоци помоћи приморане на мере штедње које најпре погађају њихове системе социјалне сигурности.³⁸ Теза о пребацивању ризика очигледно се не може одржати након другог пакета помоћи Грчкој, коначно одобреног у марту 2012. године, будући да су том приликом имаоци обвезница изгубили око 50% својих потраживања. Други пакет помоћи Грчкој такође има велики значај, будући да је први пут довео до губитка ималаца обвезница Грчке у приватном сектору, тј. до парцијалног неиспуњења обавеза (*default*) једне од држава ЕМУ.

Приметна је разлика у правном основу два привремена механизма финансијске помоћи презадуженим државама Еврозоне – док је ЕСФС био заснован на политичком договору држава чланица, оствареном кроз институте приватног права, ЕМФС је био заснован на посебној уредби, а у крајњој линији на чл. 122 УФЕУ – пружању помоћи у ванредним околностима.

Поједини аутори указују да је до 2012. године већ дошло до преноса најважнијих надлежности са органа држава чланица ЕМУ на органе ЕУ

38 Ronald Janssen, „Greece and the IMF: Who Exactly is Being Saved?“, *CEPR – Center for Economic and Policy Research*, July 2010, стр. 7, доступно на адреси: <http://www.cepr.net/documents/publications/greece-imf-2010-07.pdf>, 20.10.2012.

и ЕМУ, али да притом ти органи не потпадају под удар начела одговорности у демократији. Тако нпр. Андре Грјебин (*Grjebine*) изражава сумњу да се заједничка економска политика, неопходна за излазак Евроzone из кризе у коју све дубље и дубље пада у периоду од 2008. до 2012. године, не може формулисати у оквиру Евроzone на темељу досадашње „легалистичке културе“, која је природна алтернатива у ситуацији када се не примењује начело демократске одговорности. Решење које Грјебин нуди јесу непосредно изабрани извршни органи на нивоу ЕУ, који би имали легитимитет да формулишу заједничку економску политику.³⁹ Многима поступак изградње фискалног савеза изгледа преспор и неделотворан, тако да решење такође виде на политичко-државном плану, као што Ги Верхофштат (*Verhofstadt*) и Данијел Кон-Бендит (*Cohn-Bendit*) позивају на претварање ЕУ у федералну структуру.⁴⁰

Судећи по развоју до тренутка закључења овог рада, у зиму 2012/2013. године, Грчка је изазвала не само кризу, већ и убрзано зближавање држава чланица ЕМУ у оквиру савеза чији се правни основ толико брзо мења да његова правна природа постаје неухватљива за суштинску научну анализу.

Могуће је препознати парадокс да се највећа трансформација ЕУ у правном смислу одвија изван оквира оснивачких уговора, због противљења једне од држава која није чланица ЕМУ – Уједињеног Краљевства.

Поменути парадокс је илустрација чињенице да садашња архитектура ЕУ има у двоструком смислу нерешена статусна питања – да ли је неопходно да поједине државе морају бити избачене из ЕМУ да не би својим неодговорним понашањем изазвале кризу поново, или постојећу кризу продубиле? Друго, да ли државе које коче даљу политичку и економску интеграцију у оквиру ЕМУ, као што то чини Уједињено Краљевство, могу остати чланице ЕУ, будући да се центрипеталне тежње у оквиру ЕМУ, без обзира што у формалном погледу за свој правни основ узимају уговоре изван ЕУ, или баш управо зато, показују веома снажним?⁴¹ Како у академској литератури, тако и у политичком дискурсу европских политичара и новинским чланцима, као вероватна последица кризе сувереног задуживања скоро искључиво се помињало искључивање Грчке из ЕМУ, или њено својевољно напуштање тог монетарног система. Међутим, развој догађаја у току 2011. и 2012. године

39 André Grjebine, „Brussels needs agenda of radical reform“, *The Financial Times*, October 17, 2012.

40 Guy Verhofstadt, Daniel Cohn-Bendit, „Crisis shows why EU must renew its vows“, *The Financial Times*, October 9, 2012.

41 Више вид. J. Croon, M. Poiars Maduro, *нав. чланак*.

сугерише вероватноћу управо различитог исхода кризе: остатак Грчке у ЕМУ, а напуштање ЕУ од стране од Уједињеног Краљевства. Чланице ЕМУ успоставиле су ЕМС, као стални механизам солидарне помоћи презадуженим државама, изван оснивачких уговора, а затим су изван оснивачких уговора са тим механизмом координирале и Фискални договор. Упркос поновљеним изјавама да се зближавање ЕМУ врши „на темељима ЕУ“, сведоци смо да су нови механизми економског и фискалног савеза, од којих непосредно зависе судбине како влада држава чланица ЕМУ, тако и обичних грађана, успостављени изван оснивачких уговора ЕУ, али уз ослањање на одређене институције ЕУ, пре свега на Суд ЕУ. Од питања значаја фискалног савеза за правну природу ЕУ потпуно је одвојено питање прагматичности и опортуности чврстих буџетских правила у чисто економском смислу, и оно не представља тему овог истраживања.

Криза сувереног задуживања изоштрила је поглед на чињеницу да у погледу Европске уније питања кључних димензија политичких заједница западне цивилизације од њеног настанка стоје отворена – шта је то општи интерес ЕУ и ЕМУ унутар ње, да ли постоји солидарност у оквиру ЕМУ, и на који начин се спроводи одговорност различитих чинилаца ЕМУ за поступке који имају утицаја на заједничку судбину.

Криза сувереног задуживања у великој мери је разоткрила одговоре на ова питања. Док је препознавање општег интереса интелектуални поступак, одговори на питања о солидарности и одговорности непосредно утичу на квалитет живота грађана ЕУ, и управо због тога криза је послужила као средство разоткривања суштине ЕУ.

Судећи на основу наведених критеријума – општег интереса, солидарности и одговорности – мишљења смо да су државе чланице ЕМУ, заједно са још неким чланицама ЕУ које су учествовале у пружању помоћи презадуженим државама (Шведска, Пољска), својим поступцима показале да су удружене у политички савез који је у стању да препозна сопствени општи интерес, као и да делује како би тај интерес заштитио. То је могуће закључити на основу анализе промена изазваних кризом спроведене из угла правне форме и правног дејства, која је показала да се поступак промене оснивачких уговора ЕУ заобилази како би био остварен квалитативни скок у погледу обима надлежности пренетих на ЕУ. Због тога управо развој догађаја у вези са кризом предлагемо као кључну тачку у којој ЕУ као заједница превасходно заснована на праву прераста у политичку заједницу способну да артикулише и следи свој општи интерес. Наравно, као и сваки друштвени процес, и у овом случају постојала је фаза која је најавила политичку заједницу у настајању, а то је период у коме је ЕУ саму себе поимала као „ауто-

номан“ правни поредак, дакле правни систем независан како од својих унутрашњих чинилаца, тако и од спољашње средине (међународног права) у којој се налази.⁴² У својим ранијим чланцима предлагали смо тумачење по коме атрибут „сувереног“ правног поретка прикрива претензију на сувереност ЕУ, дакле не само правни, већ и политички квалитет.⁴³

Верујемо, такође, да се ради о развоју који на природан начин произилази из поступка европских интеграција који траје већ шездесет година. Да ли ће фискални савез бити финализован у оквиру ЕУ, или ће остати изван оквира њених оснивачких уговора, мање је битан одговор, будући да сматрамо да ће у случају да остане изван ЕУ, значај читавог правног оквира ЕУ бити умањен, тј. да ће читав механизам бити реплициран око механизма новог фискалног савеза.

Maja LUKIĆ, LL.M. (Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne)
Junior Faculty Member at the Faculty of Law University of Belgrade

THE EURO AS TROJAN HORSE OF EUROPEAN UNIFICATION – SUBDUING MEMBER STATE SOVEREIGNTY IN THE NAME OF AUSTERITY AND SOLIDARITY

Summary

The legal modalities that have been used for “saving” certain heavily indebted EMU members clearly show that articulation of political will at EU level in respect of fulfilling the obligation of solidarity, as well as in respect of grasping common interests of the entire EU, is an issue. Since both the ESM Treaty and

42 Вид. Маја Лукић, „Ауторитет Суда ЕУ испред правне сигурности – пресуда МОХ“, рад предат редакцији Анала Правног факултета Универзитета у Београду, септембра 2012.

43 Вид. Маја Лукић, „Да ли је Европско право аутономно, самосвојно, унутар или изван међународног – шта крију кључне пресуде Европског суда правде?“, *Хармонизација законодавства Републике Србије са њавом Европске уније*, ИМПП, Београд, 2012, стр. 145–154; Maja Lukić, „Interpreting Newly-Rediscovered ‘Autonomy’ of the EU Legal System“, *Harmonization and Unification of Law in the European Context, Section of European Law and Comparative Jurisprudence English Part, Collection of Papers from the International Scholastic Conference „Law as a Unifying Factor of Europe – Jurisprudence and Practice“*, Comenius University in Bratislava Faculty of Law, Bratislava, 2011, стр. 169–173.

the Fiscal Compact bestow new tasks upon the Commission, the Parliament and the Council, as well as new competences upon the Court, it is evident that reliance on the existing institutional architecture is coupled with circumvention of the EU Treaties' amendment procedures. ECB has moved from strict adherence to price stability aims to "printing money" for the purpose supporting budgets and banks of indebted member states. Immediately after agreeing the Fiscal Compact, EMU members have undertaken to centralize supervision of the banking sector. We believe that the institutional response to the sovereign debt crisis given by the EMU so far is about to lead to an irreversible decoupling of EMU from those EU members that have remained outside the EMU. It is right in these mechanisms that it is possible to discern traits of a new political community, based on a recognized common interest, solidarity, and mutual responsibility for respecting core community norms.

Key words: *European Monetary Union (EMU), European Financial Stability Facility (EFSF), European Stability Mechanism (ESM), Fiscal Compact, Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union, Banking union.*

Марко ЈОВАНОВИЋ, LL.M.
асистент Правног факултета Универзитета у Београду

ПРОБЛЕМ НЕУСАГЛАШЕНОСТИ ПРАВИЛА О ОДРЕЂИВАЊУ ПРЕФЕРЕНЦИЈАЛНОГ ПОРЕКЛА РОБЕ У МЕЂУНАРОДНИМ ТРГОВИНСКИМ СПОРАЗУМИМА

Резиме

Правила о одређивању порекла робе садржана у преференцијалним трговинским споразумима представљају важан механизам за подстицање самонострове државе. Међутим, неусаглашеност тих правила у различитим споразумима који обавезују исту државу, нарочито у делу који се односи на правила о кумулацији преференцијалног порекла, може да утиче на прекограничну трговину на начин који није у складу са економско-политичким циљевима преференцијалних споразума. Аутор указује на две типичне парадоксалне ситуације до којих долази услед неусаглашености правила о одређивању преференцијалног порекла: уздржавање учесника у међународној трговини од коришћења царинских повољности предвиђених преференцијалним споразумима и изиђравање циља правила о одређивању порекла. У последњем делу рада анализирају се различити исходи решењу проблема неусаглашених правила о одређивању преференцијалног порекла а нарочито најважнија је посвећена преференцијалним споразумима који обавезују Републику Србију.

Кључне речи: међународна трговина, преференцијални споразуми, правила о одређивању порекла робе, билатерална кумулација, дијационална кумулација.

I Увод

Развој међународне трговине после Другог светског рата обележава борба против протекционизма и државног интервенционизма.¹ Либерализација међународне трговине се постиже како на глобалном плану, деловањем Светске трговинске организације (у даљем тексту: СТО),² тако и на регионалном плану кроз различите облике интеграција царинских система: зоне слободне трговине,³ царинске уније⁴ или заједничка тржишта.⁵ Ови облици трговинске интеграције се заједнички називају преференцијалним трговинским споразумима, јер предвиђају царинске олакшице (преференцијале) за учеснике у међународној трговини који имају своја седишта на територијама држава-потписница.

Статус зона слободне трговине и царинских унија у глобалном систему међународне трговине регулисан је у члану XXIV Општег споразума о царинама и трговини (у даљем тексту: ГАТТ).⁶ Препознајући значај зона слободне трговине и царинских унија за олакшање трговине међу

- 1 Више о развоју правног регулисања међународне трговине вид. John J. Jackson, *The World Trading System – Law and Policy of International Economic Relations*, 2nd edition, MIT Press, Massachusetts, 2002, стр. 1–30; Michael Trebilcock, Robert Howse, *The Regulation of International Trade*, 3rd edition, Routledge, New York, 2005, стр. 20–26; Peter van den Bossche, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 2nd edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, стр. 3–31.
- 2 Више о томе вид. Милена Ђорђевић, Марко Јовановић, „Унификација права међународне трговине под окриљем СТО“, *Правни животи*, бр. 11/2012, стр. 319–338.
- 3 Зона слободне трговине представља такав вид повезивања царинских територија у коме се у међусобној трговини између царинских територија уклањају царинске обавезе, али свака царинска територија чланица зоне слободне трговине задржава своју спољнотрговинску и царинску политику према трећим државама. Више о томе вид. Владимир Стојиљковић, *Међународно привредно право*, ИП Јустинијан, Београд, 2003, стр. 102; Александар Ђирић, *Међународно трговинско право – ојшћи гео*, Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Нишу, Ниш, 2012, стр. 92–95.
- 4 Царинска унија представља такав вид повезивања царинских територија у коме се појединачне царинске територије-чланице уније спајају у једну нову – јединствену царинску територију царинске уније. У царинској унији су уклоњене царинске обавезе у међусобној трговини између чланица уније а успостављена је јединствена спољнотрговинска и царинска политика према споља. Више о томе вид. В. Стојиљковић, *нав. дело*, стр. 102–103; А. Ђирић, *нав. дело*, стр. 91–92.
- 5 Заједничко тржиште представља такав вид повезивања царинских територија у коме су уклоњене све препреке слободном кретању роба, лица, услуга и капитала и које се одликује заједничком економском, спољнотрговинском и царинском политиком. Више о томе вид. В. Стојиљковић, *нав. дело*, стр. 103.
- 6 О тумачењу ове одредбе вид. Mitsuo Matsushita, Thomas J. Schoenbaum, Petros C. Mavroidis, *The World Trade Organization – Law, Practice and Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2006, стр. 547–590; P. van den Bossche, *нав. дело*, стр. 699–708.

државама чланицама СТО,⁷ ова одредба дозвољава њихово формирање под условом да царине које царинске уније, односно чланице слободних зона, уводе према трећим државама не буду, у целини, више или рестриктивније од оних које су раније важиле, као ни да остали трговински прописи не буду строжији од дажбина и трговинских прописа који су важили пре стварања царинске уније, односно зоне слободне трговине.⁸ Такође, потребно је да сви привремени преференцијални уговори садрже план и програм стварања царинске уније или зоне слободне трговине у једном разумном року.⁹ Поштовање правила ГАТТ-а о слободним трговинским зонама и царинским унијама је од изузетног значаја, јер ови облици трговинских интеграција представљају ретке дозвољене изузетке од принципа најповлашћеније нације, на коме се заснива читав систем међународне трговине у оквиру СТО.¹⁰

Питање сврсисходности и корисности регионалних трговинских интеграција одавно је поделило економисте и правнике који се баве међународним трговинским правом.¹¹ Ипак, упркос томе, број различитих облика преференцијалних међународних трговинских споразума непрекидно расте. Издање Извештаја о међународној трговини (*World Trade Report*) за 2011. годину, које је у потпуности било посвећено представљању различитих аспеката преференцијалних трговинских споразума, показује да је њихов број са 70, колико их је било на снази у целом свету 1990. године, у року од само двадесет година порастао на скоро 300, колико их је било на снази 2010. године.¹²

У условима умножавања и међусобне испреплетаности различитих трговинских споразума јавља се проблем њихове међусобне координације. Овим проблемом се, проучавајући трговинске споразуме који обавезују Сједињене Америчке Државе, нарочито бавио профе-

7 Члан XXIV:4 ГАТТ-а.

8 Вид. чл. XXIV:5(а) и (б) ГАТТ-а.

9 Члан XXIV:5(ц) ГАТТ-а.

10 ГАТТ дозвољава изузетке од принципа најповлашћеније нације у односу на земље у развоју, у случају увођења тзв. дозвољених дискриминаторних квота сходно члану XIV ГАТТ-а и у случају преференцијалних трговинских споразума. Више о томе вид. М. Matsushita, Т. J. Schoenbaum, Р. С. Mavroidis, *нав. дело*, стр. 219–231.

11 Један од првих аутора који је преференцијалне трговинске споразуме подвргао економској анализи и изоловао њихове предности и мане био је канадски економиста Џејкоб Вајнер. Вид. Jacob Viner, *The customs union issue*, Carnegie Endowment for International Peace, New York, 1950. За детаљнији приказ радова у којима се различитим методима анализира сврсисходност преференцијалних трговинских споразума вид. Raj Bhala, *Modern GATT Law*, Sweet & Maxwell, London, 2005, стр. 566–567.

12 *World Trade Report 2011*, стр. 54, доступно на веб-адреси: http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/anrep_e/world_trade_report11_e.pdf.

сор Јагдиш Багвати, који је за наведену појаву и сковао термин „ефекат тањира шпагета“ (енгл. *spaghetti bowl effect*).¹³ Наиме, када би се на мапи света повукле линије које би повезивале државе потписнице различитих међународних трговинских споразума, скуп тих линија би био толико замршен да би подсећале на порцију шпагета.

С обзиром да би свеобухватно испитивање проблема испреплетаних међународних трговинских споразума превазишло предвиђени обим и сврху овог рада, одлучили смо да пажњу ограничимо само на оне проблеме који могу да проистекну из неусаглашености правила о одређивању преференцијалног порекла робе. У том контексту нарочиту пажњу ћемо посветити правилима о пореклу робе садржаним у трговинским споразумима који обавезују Републику Србију: Прелазном трговинском споразуму са Европском унијом,¹⁴ Споразуму о слободној трговини у централној Европи (ЦЕФТА),¹⁵ Споразуму о слободној трговини са државама чланицама Европске зоне слободне трговине (ЕФТА)¹⁶ и споразумима о слободној трговини са Турском,¹⁷ Руском федерацијом,¹⁸ Белорусијом¹⁹ и Казахста-

13 Jagdish Bhagwati, „US Trade Policy: The Infatuation with FTAs“, у: Jagdish Bhagwati, Anne Krueger, *The Dangerous Drift to Preferential Trade Agreements*, AEI Press, Washington, 1995, стр. 3–4.

14 Вид. Закон о потврђивању Прелазног споразума о трговини и трговинским питањима између Европске заједнице, са једне стране, и Републике Србије са друге стране, *Службени гласник РС*, бр. 83/2008.

15 Вид. Закон о потврђивању Споразума о измени и приступању Споразуму о слободној трговини у централној Европи – ЦЕФТА 2006, *Службени гласник РС*, бр. 88/2007 и Закон о потврђивању Додатног протокола Споразума о измени и приступању Споразуму о слободној трговини у централној Европи, *Службени гласник РС – Међународни ујевори*, бр. 8/2011.

16 Вид. Закон о потврђивању Споразума о слободној трговини између Републике Србије и држава ЕФТА, *Службени гласник РС – Међународни ујевори*, бр. 6/2010.

17 Вид. Закон о потврђивању Споразума о слободној трговини између Републике Србије и Републике Турске, *Службени гласник РС*, бр. 105/2009.

18 Вид. Закон о потврђивању Споразума између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Руске федерације о слободној трговини између Савезне Републике Југославије и Руске федерације, *Службени листи СРЈ – Међународни ујевори*, бр. 1/2001 и Закон о потврђивању Протокола између Владе Републике Србије и Владе Руске федерације о изузецима режима слободне трговине и правилима о одређивању земље порекла робе уз Споразум између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Руске федерације о слободној трговини између Савезне Републике Југославије и Руске федерације од 28. августа 2000. године, *Службени гласник РС – Међународни ујевори*, бр. 8/2011.

19 Вид. Закон о потврђивању Споразума између Владе Републике Србије и Владе Републике Белорусије о слободној трговини између Републике Србије и Републике Белорусије, *Службени гласник РС*, бр. 105/2009 и Закон о потврђивању Протокола између Владе Републике Србије и Владе Републике Белорусије о измени и до-

ном.²⁰ Најпре ћемо испитати различите приступе одређивању порекла робе (II), затим ћемо приказати типичне проблеме који се јављају у вези са одређивањем преференцијалног порекла (III) и, коначно, размотрити могућности за решење тих проблема (IV).

II Одређивање порекла робе

Исправно одређивање порекла робе има многоструки значај у међународној трговини. Од порекла робе зависи која ће се царинска тарифа примењивати приликом увоза, да ли ће се примењивати антидампиншке мере, да ли увозник робе има право на одређене фискалне привилегије итд.²¹ Међутим, упркос великом значају исправног одређивања порекла робе, покушаји међународне хармонизације ових правила дуго нису давали значајније резултате. Тако, на пример, иако на чак 14 места помиње порекло робе и везује га за примену одређених правила, ГАТТ 1947 ни на једном месту не покушава да дефинише овај институт.²² Једини значајнији корак у том правцу била је Конвенција из Кјота о поједностављивању и усаглашавању царинских процедура, која је усвојена 1974. године.²³ Међутим, ни ова конвенција није допринела хармонизацији правила о одређивању порекла робе јер садржи само препоручене стандарде прописивања правила за одређивање порекла робе, али не и обавезујуће прописе у том смислу које би државе-потписнице морале да примењују.²⁴ Ситуација је почела да се мења тек крајем XX века када је, у оквиру Уругвајске рунде преговора, у оквиру

пуни Споразума између Владе Републике Србије и Владе Републике Белорусије о слободној трговини између Републике Србије и Републике Белорусије од 31. марта 2009. године, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 8/2011.

- 20 Вид. Закон о потврђивању Споразума о слободној трговини између Владе Републике Србије и Владе Републике Казахстан, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 11/2010.
- 21 Massimo Fabio, *Customs Law of the European Union*, Kluwer law International, Alphen aan der Rijn, 2010, стр. 3–1.
- 22 R. Bhala, *нав. дело*, стр. 483–484.
- 23 Конвенција из Кјота је измењена и допуњена 1999. године са циљем да се претвори у модел за модерне националне царинске законе. Акцент је стављен на побољшање транспарентности и предвидљивости исхода царинског поступка, повећање његове ефикасности, стандардизацији и поједностављивању царинске документације и повећаном коришћењу информационих технологија. Измене и допуне Конвенције из Кјота су ступиле на снагу 3. фебруара 2006. године а Србија је приступила измењеној Конвенцији 18. септембра 2007. године.
- 24 John J. Barceló III, „Harmonizing Preferential Rules of Origin in the WTO System“, *Cornell Law School Research Paper Series*, No. 72, стр. 5. Допринос Конвенције из Кјота се, међутим, огледа у томе што је увела критеријум последње битне прераде

СТО закључен Споразум о правилима о пореклу робе којим се на глобалном нивоу успоставља програм хармонизације правила о одређивању непреференцијалног порекла робе. Ипак, програм хармонизације као и правила које су у том смислу формулисана обавезују само оне државелчанице СТО које су приступиле Споразуму.²⁵

Да бисмо целовито приступили проблему одређивања порекла робе, најпре ћемо приказати разлику између преференцијалног и непреференцијалног порекла робе (1), а затим ћемо се, сходно теми нашег рада, усредсредити на испитивање правила о кумулацији преференцијалног порекла (2).

1. Преференцијално и непреференцијално порекло робе

Царински закони по правилу разликују преференцијално и непреференцијално порекло робе.²⁶ Правила о преференцијалном пореклу дозвољавају да роба која потиче из државе која има преференцијални статус ужива унапред утврђене царинске повластице. Те повластице се огледају у подвргавању робе преференцијалног порекла нултој царинској стопи или царинској стопи која је нижа од редовне. Правила о преференцијалном пореклу могу бити конвенционалног (садржана у билатералним или мултилатералним међународним трговинским споразумима) или аутономног порекла (једнострано утврђена од државе која их прописује и садржана у неком аутономном извору права).²⁷ Са друге стране, правила о непреференцијалном пореклу су општег дејства и примењују се на сваку робу чије порекло не испуњава преференцијалне захтеве.

Докле год је роба у целости добијена или произведена у једној држави, одређивање њеног порекла не представља проблем. Основно правило како у домаћем тако и у упоредном царинском праву гласи да

робе као принцип одређивања њеног порекла. Овај критеријум ће касније бити широко коришћен у међународним и националним изворима царинског права.

25 Више о томе вид. М. Matsushita, Т. Ј. Schoenbaum, Р. С. Mavroidis, *нав. дело*, стр. 266–267.

26 У српском Царинском закону (*Службени гласник РС*, бр. 18/2010 и 111/2012) ова разлика је исказана у Глави II Другог дела (чланови 32–37). У Царинском кодексу ЕУ разлика преференцијалног и непреференцијалног порекла видљива је у Одсецима 1 и 2 Главе 2. Више о разлици преференцијалног и непреференцијалног порекла вид. М. Fabio, *нав. дело*, стр. 3–2 и 3–6.

27 Пример за аутономно одређена правила о преференцијалном пореклу робе је Општи систем царинских преференција Европске уније (енгл. *Generalized System of Tariff Preferences – GSP*). Више о томе вид. Laurence W. Gormley, *EU Law of Free Movement of Goods and Customs Union*, Oxford University Press, Oxford, 2009, стр. 53–62.

се робом пореклом из одређене државе сматра она роба која је у потпуности добијена или произведена у тој држави.²⁸ Типичан пример таквих роба које не задају тешкоће при одређивању порекла јер су у целости добијене у једној држави су руде, воће и поврће, животињски производи, плодови мора и сл.²⁹

Одређивање порекла робе постаје сложеније када компоненте из којих се роба састоји или сировине које се користе за производњу робе потичу из држава различитих од оне у којој се обавља последња прерада или обрада робе, или када се радње прераде или обраде у производном ланцу обављају у више држава. Тада се прибегава правилима о тзв. „индиректном“³⁰ одређивању порекла робе. Правило о индиректном пореклу робе прихваћено у Царинском закону Србије предвиђа да се роба у чијој су производњи учествовале две или више држава сматра да је пореклом из оне државе у којој је обављена последња битна, економски оправдана прерада или обрада, у привредном друштву опремљеном за ту прераду или обраду, и чији је резултат нови производ или која представља битну фазу производње.³¹ Ово правило је хармонизовано са Царинским кодексом Европске уније, који у члану 24 такође захтева кумулативно испуњење три услова за индиректно одређивање порекла робе: постојање битне прераде или обраде, економску оправданост такве прераде или обраде и настајање новог производа, односно промену тарифног броја или подброја у Хармонизованој европској номенклатури. На сличан начин се одређује порекло робе која није у целости добијена или произведена у једној држави и у мултилатералним трговинским споразумима, као што су, примера ради, Споразум о стварању заједничког тржишта у Јужној Америци (Меркосур)³² или Споразум о Северноамеричкој зони слободне трговине (НАФТА).³³

С обзиром да описни критеријуми који се заснивају на захтевима за постојањем „битне“ прераде некада могу да доведу до проблема у практичној примени, нарочито у погледу монтажне робе,³⁴ ови

28 Члан 33 Царинског закона. Исто правило садржано је и у члану 23 Царинског кодекса ЕУ.

29 М. Fabio, *нав. дело*, стр. 3–6.

30 *Исто*.

31 Члан 34 Царинског закона.

32 Вид. члан 1(ц) Анекса II уз Споразум о стварању заједничког тржишта у Јужној Америци.

33 Вид. члан 401(б) НАФТА Споразума.

34 О проблемима при одређивању порекла монтажне робе, нарочито у праву ЕУ и СТО вид. Милена Ђорђевић, Марко Јовановић, „Неки институти царинског права Европске уније у светлу праксе Европског суда правде и Тела за решавање спорова Светске трговинске организације“, у: Вук Радовић (ур.), *Усклађивање њословној*

критеријуми се допуњују критеријумом додате вредности.³⁵ Правила о додатој вредности се појављују у два облика: 1) као највише дозвољени удео у вредности финалног производа сировина и компонената које имају инострано порекло и 2) као најмање дозвољен удео у вредности финалног производа сировина и компонената домаћег порекла. Као предности критеријума додате вредности при утврђивању порекла робе наводи се њихова једноставност у примени у односу на критеријум битне прераде, док се као главна мана препознаје његова непредвидљивост јер, у крајњем исходу, вредност финалног производа и његових компонената зависе од валутних флукуација.³⁶ Ипак, критеријум додате вредности се, у различитим варијацијама, релативно често среће у билатералним и мултилатералним трговинским споразумима. Тако, на пример, Споразум о стварању заједничког тржишта у Јужној Америци (Меркосур) је, у прелазном периоду који је трајао од стварања Меркосура 26. марта 1991. године до 31. децембра 1994. године, предвиђао да ће се сматрати да монтажна роба потиче из државе-потписнице у којој је обављена (последња) монтажа уколико вредност њених компоненти које потичу из држава-потписница износи најмање 40% вредности финалног монтажног производа израчунате по паритету FOB (франко брод).³⁷

2. Правила о кумулацији преференцијалног порекла робе

У настојању да осигурају да роба која ће уживати трговинске и царинске повластице у целости или бар у што је могуће већој мери потиче из држава-трговинских партнера, тј. да би се „онемогућили извозници из трећих држава да користе преференцијале намењене инсајдерима“,³⁸ преференцијални трговински споразуми постављају додатне услове при одређивању порекла робе. Ти додатни услови се огледају у захтевима различитих облика кумулације – „укрштања“ или „сабирања“ порекла између две или више држава у ситуацији када компоненте једног производа потичу из различитих држава. Правила о кумулацији омогућавају

Њава Србије са њравом Европске уније (2011), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011, стр. 401–407.

35 М. Fabio, *нав. дело*, стр. 3–11.

36 World Customs Organization, *Rules of Origin – Handbook*, стр. 10, доступно на веб-адреси: http://www.wcoomd.org/en/topics/origin/overview/~/_media/D6C8E98EE67B472FA02B06BD2209DC99.ashx.

37 Вид. члан 1(д) Анекса II уз Споразум о стварању заједничког тржишта у Јужној Америци.

38 Laura Alejandra da Costa Ferré, *Diagonal Cumulation of Rules of Origin in South America*, Barcelona, 2009, стр. 7.

да сложени производ не изгуби преференцијално порекло иако његове компоненте, односно материјали од којих је направљен не потичу из државе у којој је произведен, односно склопљен. У теорији се разликује неколико облика кумулације: билатерална, мултилатерална, регионална, пуна и дијагонална.³⁹ С обзиром да се у преференцијалним трговинским споразумима који обавезују Републику Србију појављују само захтеви за билатералном и дијагоналном кумулацијом, ближе ћемо описати само ова два облика кумулације.

Билатерална кумулација је такав вид сабирања порекла саставних делова финалног производа који омогућава да се државом порекла финалног производа сматра држава потписница преференцијалног трговинског споразума у којој је изведена последња прерада или обрада тог производа ако су при његовој производњи коришћене сировине, материјали или полупроизводи (компоненте) пореклом из друге државе потписнице преференцијалног трговинског споразума.⁴⁰ У случају билатералне кумулације, преференцијално порекло би се изгубило ако сировине, материјали или компоненте финалног производа пореклом из треће државе (непотписнице) по својој вредности превазилазе преференцијалним споразумом фиксирани проценат укупне цене финалног производа (најчешће 50% вредности), чак и ако би последња обрада или прерада била обављена у држави-потписници. Овај вид кумулације порекла предвиђен је споразумима о слободној трговини које је Србија закључила са Руском федерацијом, Белорусијом и Казахстаном. Како Русија, Белорусија и Казахстан чине царинску унију, за потребе примене споразума о слободној трговини између Србије и ове три државе сматраће се, што је и логично, да роба има порекло из Србије уколико је произведена, односно добијена у Србији уз коришћење материјала пореклом из Русије, Белорусије, Казахстана или Србије, и уз услов да вредност коришћених материјала из трећих држава не прелази 50% вредности готове робе израчунате по паритету EXW (франко фабрика).⁴¹

39 М. Fabio, *нав. дело*, стр. 3-15 – 3-22.

40 *Rules of Origin – Handbook*, стр. 17.

41 Вид. чл. 5 Прилога 3 уз Протокол између Владе Републике Србије и Владе Руске федерације о изузецима режима слободне трговине и правилима о одређивању земље порекла робе уз Споразум између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Руске федерације о слободној трговини између Савезне Републике Југославије и Руске федерације од 28. августа 2000. године; чл. 5 Прилога Б уз Протокол између Владе Републике Србије и Владе Републике Белорусије о измени и допуни Споразума између Владе Републике Србије и Владе Републике Белорусије о слободној трговини између Републике Србије и Републике Белорусије од 31. марта 2009. године; чл. 5 Прилога 3 уз Споразум о слободној трговини између Владе Републике Србије и Владе Републике Казахстан.

Дијагонална кумулација је такав вид сабирања порекла саставних делова финалног производа који омогућава да се државом порекла финалног производа сматра држава потписница преференцијалног трговинског споразума у којој је изведена последња прерада или обрада тог производа ако су при његовој производњи коришћене сировине, материјали или полупроизводи (компоненте) пореклом не само из друге државе потписнице преференцијалног трговинског споразума већ и из оних држава-непотписница у односу на које предметни трговински споразум дозвољава кумулацију порекла (тзв. државе-партнери).⁴² Овај вид кумулације предвиђен је у Прелазном трговинском споразуму између Србије и Европске уније,⁴³ у Споразуму ЦЕФТА,⁴⁴ Споразуму о слободној трговини са државама ЕФТА⁴⁵ и Споразуму о слободној трговини са Турском.⁴⁶

III Утицај неусаглашености правила о одређивању преференцијалног порекла робе на међународну трговину

Када је реч о утицају правила о одређивању преференцијалног порекла робе на међународну трговину, метафора професора Багватија о мрежи међународних трговинских споразума као тањир у шпагета показује се двоструко тачном. Не само да, у статичком смислу, графички приказ броја и међусобне испреплетаности трговинских споразума подсећа на тањир шпагета, већ се ово поређење чини исправним и у динамичком смислу. Наиме, као што је потребна одређена умешност да би се кашиком и виљушком јели шпагети, тако и сналажење и успешно

42 *Rules of Origin – Handbook*, стр. 17.

43 Прелазни трговински споразум са Европском унијом дозвољава дијагоналну кумулацију порекла са Турском и државама или територијама укљученим или повезаним у Процес стабилизације и придруживања Европској унији. Вид. чл. 4 уз Протокол 3 Прелазног трговинског споразума са Европском унијом.

44 Споразум ЦЕФТА дозвољава дијагоналну кумулацију порекла са државама чланицама Европске уније. Вид. чл. 3 Анекса 4 уз Споразум о слободној трговини у централној Европи – ЦЕФТА 2006.

45 Споразум о слободној трговини са државама ЕФТА дозвољава кумулацију са државама чланицама Европске уније, Турском и државама или територијама укљученим или повезаним у Процес стабилизације и придруживања Европској унији. Вид. чл. 3 и 4 Протокола Б уз Споразум о слободној трговини са државама чланицама ЕФТА.

46 Споразум о слободној трговини са Турском дозвољава кумулацију са државама чланицама Европске уније и државама или територијама укљученим или повезаним у Процес стабилизације и придруживања Европској унији. Вид. чл. 3 и 4 Главе II Протокола II уз Споразум о слободној трговини између Републике Србије и Републике Турске.

пословање у мрежи понекад супротстављених правила међународних трговинских споразума захтева знање и вештину. Ова потреба нарочито долази до изражаја у државама чије су привреде слабије развијене и заснивају се на увозу готових производа, полупроизвода и сировина,⁴⁷ каква је, уосталом, и привреда Србије.⁴⁸

У идеалном случају, правила о одређивању порекла робе у преференцијалним трговинским споразумима треба да подстакну трговинску размену међу државама-партнерима. У том циљу, круг територија обухваћених преференцијалним третманом, а који обухвата државе потписнице преференцијалог споразума (у случају билатералне кумулације) и државе-непотписнице из којих могу да потичу сировине и компоненте финалног производа а да финални производ не изгуби преференцијално порекло (у случају дијагоналне кумулације) треба да буде постављен тако да омогућава максималну корисност не само државама-потписницама преференцијалног споразума већ и учесницима у међународној трговини који имају своја седишта у државама-потписницама.⁴⁹ Корисност за државе-потписнице се огледа у подстицању производње на њиховим територијама. Повећана привредна активност држави доноси приходе који би требало да компензују, а у идеалном случају и надмаше, мањак средстава до кога долази услед умањења или укидања царина на робу која се увози из држава којима је признат преференцијални третман. Са друге стране, корисност преференцијалних аранжмана за учеснике у међународној трговини се огледа у смањењу њихових трошкова пословања. До смањења трошкова пословања ће доћи онда када су трошкови прилагођавања производних ланаца условима преференцијалних трговинских споразума мањи од уштеда које би се оствариле коришћењем царинских привилегија предвиђених меродавним преференцијалним споразумима.

На пример, претпоставимо да се произвођач сокова од поморанце из државе А снабдева поморанцама из државе П, где су оне најјефтиније и њихова цена износи 10. Произвођач сокова своје производе извози у државе Б и В са којима А нема преференцијалне трговинске споразуме. Увозне царине за сокове у држави Б износе 7, док је у држави В вис-

47 Katja Zajc Kejžar, Andrej Kumar, „Do EU Rules of Origin Restrict Western Balkans' Trade Performance“, стр. 5, доступно на веб-адреси: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2232673.

48 Према подацима Привредне коморе Србије за 2012. годину, у укупној вредности спољнотрговинске размене Србије увоз је учествовао са чак око 62,6%. Вид. <http://www.pks.rs/PrivredaSrbije.aspx>.

49 Milan Jurše, Klavdij Logožar, Romana Korez Vide, „Diagonal Cumulation of Origin as the EU's Institutional Incentive Mechanism for Promoting International Trade and Business“, *Zbornik radova Ekonomskog fakulteta u Rijeci*, бр. 2/2010, стр. 224–225.

на царине 12. Цена рада уложеног за производњу сока је 15, а жељена зарада произвођача 5. Према томе, цена сока у држави Б ће износити 37 а у држави В 42. Произвођач сокова би имао највећу корисност ако би држава А закључила преференцијалне споразуме са државама Б и В који би предвиђали дијагоналну кумулацију у корист државе П. Укидањем царина као једног од параметара за формирање цене сокова, њихова цена би на тржиштима држава Б и В сада постала 30, што би произвођачу омогућило чак и да дуплира жељену зараду а да његов производ и даље остане јефтинији него што је био пре ступања на снагу преференцијалног споразума. Такође, с обзиром да оба споразума дају статус партнера држави П, произвођач сокова не би морао да мења снабдевача поморанцама. Преференцијални аранжман би за произвођача сокова био користан и када би трговински споразуми између држава А и Б и А и В предвиђали дијагоналну кумулацију са државом Г, где је цена поморанци виша него у П и износи 15. Тада би цена сока у државама Б и В била 35, што је и даље мање од почетних 37 односно 42. Дакле, за произвођача сокова ће бити рационално да мења снабдевача сировинама и реконфигурише свој производни ланац докле год је трошак промене снабдевача мањи од износа царине коју би плаћао када се његова роба не би квалификовала за преференцијални статус.

Међутим, у ситуацији када различити преференцијални споразуми који обавезују једну државу не предвиђају исти круг територија обухваћених преференцијалним третманом, као што је то случај са преференцијалним споразумима чији је потписник Република Србија, могуће је да дође до две врсте парадоксалних сценарија, од којих би један био неповољан за учеснике у међународној трговини, а други за државепотписнице преференцијалног споразума. С једне стране, колизија правила о одређивању преференцијалног порекла би могла да доведе до тога да прилагођавање производног ланца захтевима преференцијалних правила заправо не представља рационални избор за извозника робе због трошкова које би то прилагођавање са собом повукло. С друге стране, учесници у међународној трговини могу да експлоатишу колизију правила о одређивању преференцијалног порекла робе и да, захвљајући тој колизији, тако преуреде свој производни ланац да увећају сопствену корисност али да притом, иако поштују правила преференцијалних споразума, заправо послују супротно жељеним економско-политичким циљевима тих споразума.

Прву врсту парадоксалног сценарија ћемо илустровати на хипотетичком примеру српског произвођача кошуља који своју робу извози у државе А и Б, са којима Србија још увек нема закључене преференцијалне трговинске споразуме. Како на висину увозних цари-

на не може да утиче, произвођач који се рационално понаша ће тканину за производњу кошуља набављати у држави В, у којој је тканина потребног квалитета најјефтинија. Међутим, ситуација се мења уколико Србија закључи преференцијалне трговинске споразуме са државама А и Б. Претпоставимо да трговински споразум између Србије и А дозвољава дијагоналну кумулацију са државом Г (што је ситуација упоредива са правилима садржаним у српским споразумима са ЕУ, државама ЕФТА, Турском и ЦЕФТА-ом), док трговински споразум између Србије и Б предвиђа билатералну кумулацију (што је ситуација упоредива са правилима садржаним у српским споразумима са Русијом, Белорусијом и Казахстаном). У таквој ситуацији, за произвођача кошуља са почетка примера трговинске привилегије предвиђене преференцијалним споразумима између Србије и државе А и Србије и државе Б сада постају један од одлучујућих фактора при избору снабдевача тканином. Како би утврдио шта му доноси највећу корисност, произвођач кошуља мора да проучи економске ефекте неколико опција. У првој опцији, произвођач кошуља жели да настави да извози своју робу у државе А и Б. Тада он мора да реорганизује свој производни ланац тако да се за потребе извоза кошуља у државу А снабдева тканином из држава А или Г, а за потребе извоза кошуља у државу Б одатле мора и да набавља тканину. Избор ове опције ће бити рационалан само ако су укупни трошкови изложене „бифуркације“ производног ланца мањи од суме која ће се уштедети неплаћањем царина услед уживања преференцијалног статуса. Друга опција би подразумевала да се произвођач концентрише само на једно тржиште и извози робу само у државу А (у ком случају тканином може да се снабдева из А или Г) или само у Б (у ком случају тканином може да се снабдева из те државе). Да ли ће се определити за ову опцију опет зависи од односа трошкова реорганизације производног ланца и царинске уштеде која би се тиме остварила. Коначно, ако утврди да трошкови реорганизовања производног ланца на начин који би задовољио услове за признавање преференцијалног порекла кошуљама превазилазе уштеду коју би остварио ослобађањем од царине, произвођач кошуља ће наставити да се снабдева тканином из државе В. Али, у том случају неће моћи да користи царинске повластице предвиђене преференцијалним споразумима, па су ти споразуми, из његове перспективе, потпуно сувишни. Парадокс се састоји у томе да, иако су преференцијални споразуми на снази, они заправо немају никакву практичну вредност јер су њихова правила постављена тако да, у датим условима, не мотивишу учеснике у међународној трговини да им се прилагоде зато што је збир трошкова реорганизације и усложњавања производног ланца и трошкова повећања цене сировина до које долази због промене снабде-

вача мањи од вредности која ће се уштедети коришћењем повољности преференцијалног царинског третмана финалног производа.

Други могући облик парадоксалног дејства правила о одређивању преференцијалног порекла нарочито је карактеристичан за сложене производе. Претпоставимо да Србија има закључене преференцијалне трговинске споразуме са државама А и Б. Споразум са државом А предвиђа билатералну кумулацију, док споразум са Б предвиђа дијагоналну кумулацију са државом В. Државе А, Б и В нису везане заједничким међусобним преференцијалним споразумом. Претпоставимо даље да у Србији послује произвођач усисивача. За производњу усисивача он користи моторе које набавља из државе А. У укупној вредности мотора компоненте из државе А чине 60%, док преосталих 40% вредности потиче од компонента пореклом из државе Г. С обзиром да се већински део вредности мотора везује за државу А, приликом увоза таквог мотора у Србију држава А ће се узети за државу његовог порекла. Другим речима, правила о одређивању преференцијалног порекла робе деловаће на тај начин што ће „проширити“ удео компонента из државе А у вредности готовог мотора јер ће се сматрати да мотор у целости потиче из А.⁵⁰ Остале компоненте за усисиваче потичу из државе Б. Како је мотор најскупљи појединачни део усисивача, претпоставимо да у цени готовог усисивача мотор учествује са 50%, остале компоненте са 40% а рад на обради и склапању свих компонента у готов производ са 10%. У светлу правила о одређивању порекла, 50% вредности производа потиче из државе А, 40% из државе Б а 10% из Србије. Захваљујући „ефекту проширивања“, овакви усисивачи ће моћи да уживају преференцијални третман приликом увоза у државу А јер, сходно правилима о одређивању порекла, 60% њихове вредности потиче из партнерских држава: државе А (50%) и Србије (10%). Међутим, ако се сетимо удела у вредности самог мотора (60:40), произлази да заправо само 40% вредности готовог производа има порекло из партнерских држава (30% из државе А и 10% из Србије). Остатак вредности готовог производа везује се за државе са којима А нема преференцијалне трговинске односе: 40% потиче из државе Б а 20% (колико износи учешће у компонентама самог мотора) потиче из државе Г. У изложеној хипотези учесници у међународном пословном подухвату су максимизовали своју корисност јер би продајна цена усисивача на тржишту државе А услед царина била виша да производ није склапан у Србији. Али, премда ниједан учесник подухвата није прекршио правила преференцијалних споразума, циљ споразума између Србије и државе А је ипак изигран јер су царинске повласти-

50 Ово је такозвани „roll-up“ ефекат преференцијалних правила о одређивању порекла робе. Вид. у том смислу М. Fabio, *нав. дело*, стр. 3–12 – 3–13.

це одобрене производу чији је највећи део вредности, чак 60%, заправо створен у државама које, из перспективе преференцијалног споразума Србија-А, имају статус трећих држава.⁵¹

IV Могућности решења проблема неусклађености правила о одређивању преференцијалног порекла

У теорији и пракси су чињени различити напори да се формулишу критеријуми за решавање проблема који проистичу из неусаглашености правила о одређивању преференцијалног порекла робе. Остављајући по страни екстремне предлоге за потпуно укидање регионалних трговинских споразума⁵² или њихово претварање у царинске уније⁵³ могуће је разликовати два приступа решењу проблема.

Први приступ проблему неусаглашених правила о одређивању преференцијалног порекла робе темељи се на ставу да би ово питање требало регулисати на глобалном нивоу, кроз активности и правила СТО, за шта се залаже професор Барсело.⁵⁴ Према његовом предлогу, преференцијални трговински споразуми не би уопште требало да садрже правила о кумулацији порекла сировина и компонената, већ би на та питања требало примењивати опште националне прописе о преференцијалном пореклу који би се заснивали на принципу последње битне прераде или обраде и које би претходно требало хармонизовати у светлу одредаба чланова III:4 и XXIV:8(b) ГАТТ-а.⁵⁵ На

51 Изложени пример конструисан је по угледу на трговински спор који је избио између Сједињених Америчких Држава и Канаде деведесетих година XX века поводом одређивања порекла Хондиног модела „Сивик“ за који су мотори, од јапанских сировина и компонената, склапани у Охају где су, захваљујући високој цени радне снаге која је односила превагу над сировинама и компонентама, „стицали“ америчко порекло и, као такви, даље извожени у Канаду где су коришћени за склапање „Сивика“. Пошто је овакав производни аранжман био у складу са одредбама америчко-канадског споразума о слободној трговини, спор је у крајњем исходу решен постављањем строжијих правила за одређивање порекла аутомобила и аутомобилских производа у Споразуму НАФТА, који је заменио америчко-канадски споразум и проширио зону слободне трговине на Мексико. Више о томе вид. М. Fabio, *нав. дело*, стр. 3–13 – 3–14; Hatem Mabrouk, „Rules of Origin as International Trade Hindrances“, *Entrepreneurial Business Law Journal*, бр. 1/2010, стр. 125–126.

52 J. Bhagwati, *нав. чланак*, стр. 14–15.

53 M. Trebilcock, R. Howse, *нав. дело*, стр. 195 и даље.

54 J. J. Barceló III, *нав. чланак*, стр. 21–38.

55 Члан III:4 ГАТТ-а предвиђа да производи са територије било које чланице СТО, увезени на територију било које друге чланице, неће уживати неповољнији третман од третмана који уживају слични производи домаћег порекла када су у питању закони, уредбе и прописи који се односе на продају, пуштање у промет, куповину,

овај начин би се, према професору Барселу, створила мрежа неутралних регионалних трговинских споразума који не би садржавали правила о одређивању порекла робе па, самим тим, не би ни могли да сужавају круг територија које могу да буду укључене у производни ланац док би, истовремено, услед хармонизације националних прописа о одређивању преференцијалног порекла робе, учесници у међународној трговини били одвраћени од изигравања правила о одређивању порекла робе.⁵⁶

Друга група гледишта о проблему неусаглашених правила о одређивању преференцијалног порекла робе предност даје регионалном приступу у решавању овог питања. Основна идеја овог приступа је стварање широког поља територија са преференцијалним статусом коришћењем принципа дијагоналне кумулације порекла. Овај приступ примењен је у спољнотрговинској политици Европске уније. Након што је емпиријски утврђено да билатерална кумулација не утиче позитивно на подстицање уравнотежене спољнотрговинске размене са слабије развијеним тржиштима, Европска унија је почела да развија систем дијагоналне кумулације са својим спољнотрговинским партнерима како би покушала да сузбије ефекат тањира шпагета који је створен закључивањем различитих типова преференцијалних споразума са различитим категоријама спољнотрговинских партнера.⁵⁷ У том циљу је још 1997. године успостављен тзв. паневропски систем дијагоналне кумулације између држава чланица тадашње Европске заједнице, Европске зоне слободне трговине (ЕФТА) и држава централне и источне Европе које у то време још увек нису биле чланице Европске заједнице.⁵⁸ Идеја система паневропске кумулације је у успостављању принципа

транспорт, дистрибуцију и коришћење тих производа на домаћем тржишту, при чему није забрањена примена различитих тарифа у домаћем транспорту, ако се те тарифе заснивају искључиво на економичном искоришћавању превозних средстава, а не на пореклу производа. Члан XXIV:8(b) дефинише зону слободне трговине као групу од две или више царинских територија између којих се царине и друга трговинска ограничења укидају за *највећи гео* трговине производима који су *йореклом* са територија које сачињавају зону слободне трговине.

56 J. J. Barceló III, *нав. чланак*, стр. 30.

57 Richard Baldwin, „Lessons from the European Spaghetti Bowl“, рад настао на основу излагања на конференцији „Multilateralizing Asian Regionalism“ одржаној у Токију 18–19. септембра 2008. године, стр. 5–7 (доступан на веб-адреси: http://graduateinstitute.ch/webdav/site/ctei/shared/CTEI/Baldwin/Publications/Chapters/Regionalism/Baldwin%20European%20Spaghetti%20Lessons_1Sep08_%20rb.pdf).

58 *Исџо*. Иначе, пре ступања на снагу хармонизованог паневромедитеранског система одређивања преференцијалног порекла, Европска заједница, односно унија, је имала неколико десетина различитих протокола за одређивање порекла. Вид. у том смислу: *Recommendation on the draft Council decision on the conclusion of the regional Convention on pan-Euro-Mediterranean preferential rules of origin* (rapporteur: Emilio Menéndez del Valle), Doc. No. A7-0026/2012, стр. 6.

дијагоналне кумулације између свих држава-чланица система, независно од тога да ли између њих постоји директан преференцијални споразум или не. Примера ради, иако у време успостављања система паневропске кумулације није постојао преференцијални споразум између неке од држава чланица ЕФТА (држава А) и неке од држава централне или источне Европе (држава Б), принцип дијагоналне кумулације у корист државе А би се примењивао у међусобној трговини између држава чланица Европске заједнице и државе Б јер би се принцип кумулације успостављен трговинским споразумом ЕЗ-ЕФТА „проширио“ и на трговински споразум ЕЗ-Б посредством система паневропске кумулације. Систем паневропске кумулације је током година растао: прво му се 1999. године придружила Турска а онда, 2005. године, и државе медитеранског региона које су биле потписнице тзв. Барселонске декларације: Алжир, Египат, Израел, Јордан, Либан, Мароко, Сирија, Тунис и Палестинска управа, што је довело до његовог преименовања у паневромедитерански систем кумулације.⁵⁹ Позитивни резултати примене паневромедитеранског система кумулације, потреба за успостављањем правнотехнички једноставнијег система координације различитих преференцијалних споразума и стратешко настојање да се у овај систем укључе и западнобалканске државе обухваћене Процесом стабилизације и придруживања⁶⁰ довели су до стварања Регионалне конвенције о паневромедитеранским преференцијалним правилима порекла која је отворена за приступање 15. јуна 2011. године, а објављена у Службеном гласнику Европске уније 26. фебруара 2013. године.⁶¹ Конвенција предвиђа кумулацију порекла робе између држава потписница, независно од постојања посебних преференцијалних споразума.⁶² Такође, Конвенција је отворена за приступ и трећим државама, а услов за приступ Конвенцији је постојање споразума о слободној трговини између државе-кандидата за приступ Конвенцији и било које државе-чланице Конвенције.⁶³ Премда, у поређењу са предлогом професора Барсела, полази од различите основне идеје, и паневромедитерански систем кумулације у крајњем исходу тежи уједначавању правила о одређивању преференцијалног порекла робе (кроз примену правила предвиђених Конвенцијом) и ширењу мреже територија у односу на које је могуће примењивати кумулацију порекла, што заједно за циљ има лакше прилагођавање производних ланаца и одвраћање учесника

59 R. Baldwin, *нав. дело*, стр. 5–6.

60 Вид. у том смислу E. Menéndez del Valle, *нав. извештај*, стр. 7.

61 Regional Convention on pan-Euro-Mediterranean preferential rules of origin, *Official Journal of the European Union* L-54 of 26 February 2013, стр. 4–158.

62 Вид. чл. 3 Анекса II уз Конвенцију.

63 Вид. чл. 5 Конвенције.

у међународној трговини од покушаја изигравања преференцијалних прописа и експлоатисања њихове међусобне неусаглашености.

V Закључак

Изложена разматрања показују да само постојање преференцијалних трговинских споразума не значи нужно да ће ти споразуми донети предвиђене користи државама-потписницама и учесницима у међународној трговини. Правила о одређивању преференцијалног порекла су један од елемената трговинских споразума чија формулација пресудно утиче на ефекат који ће ти споразуми произвести у пракси. Уколико су та правила постављена сувише ригорозно, трошкови прилагођавања ће превазићи уштеду која би се њиховом применом постигла, па извозници неће бити мотивисани да уподобљавају своје производне ланце правилима о одређивању преференцијалног порекла. С друге стране, у ситуацији међусобне испреплетаности споразума који предвиђају различите начине кумулације порекла, извозници ће потенцијално доћи у искушење да максимизују корисност својих производних ланаца искоришћавањем супротстављености правила.

Због царинских привилегија које нуде, али и одређења услова под којима је једино могуће користити те привилегије, преференцијални трговински споразуми постају важан фактор у организовању производних ланаца. Степен применљивости преференцијалних споразума зависи од односа трошкова прилагођавања њиховим правилима и царинских уштеда које би се оствариле њиховом применом. Сваки нови преференцијални споразум чија правила о одређивању порекла робе нису усклађена са правилима раније закључених споразума не само да чини наведену рачуницу компликованијом већ и отвара више простора за (зло)употребу насталих неусаглашености.

Иако нам није познато да је до овог тренутка дошло до спорова поводом примене преференцијалних трговинских споразума који обавезују Републику Србију, плашимо се да постојећа супротстављеност билатералне кумулације предвиђене споразумима о слободној трговини са Русијом, Белорусијом и Казахстаном и дијагоналне кумулације предвиђене Прелазним трговинским споразумом, ЦЕФТА-ом и трговинским споразумима са државама-чланицама ЕФТА и Турском може да отежа пуно искоришћавање царинских привилегија које ти споразуми нуде, јер се мреже територија-партнера не поклапају, што учеснике у међународној трговини доводи у ситуацију да морају пажљиво да рачунају каква организација производног ланца им доноси највеће повољности. Ситуација би се додатно искомпликовала уколико би наша

земља потписала нове споразуме о слободној трговини чија би правила о одређивању порекла робе била додатно неусаглашена са правилима већ постојећих споразума. Да би споразуми о слободној трговини били заиста корисни за наше привреднике, потребно је да правила о одређивању преференцијалног порекла робе буду формулисана тако да одговарају привредној структури наше земље (производној структури, структури увоза и извоза), како би се учесницима у међународној трговини олакшало уподобљавање производних ланаца захтевима преференцијалног порекла и како они не би били мотивисани да изигравају економско-политичке циљеве тих споразума. У том смислу сматрамо да, у недостатку глобалног решења за проблем неусаглашених правила о одређивању преференцијалног порекла, предност треба дати приступању оним споразумима који широко постављају круг партнерских територија, као што је то Регионална конвенција о паневромедитеранском преференцијалном пореклу робе.

Marko JOVANOVIĆ, LL.M.

Junior Faculty Member at the Faculty of Law University of Belgrade

EFFECTS OF CONFLICTING RULES OF ORIGIN CONTAINED IN PREFERENTIAL TRADE AGREEMENTS

Summary

Rules of origin of goods contained in preferential trade agreements constitute a valuable tool for shaping and encouraging foreign trade. However, if different preferential trade agreements which bind one State contain conflicting rules of origin, this may produce paradoxical effects on cross-border trade in goods. This is especially true when different preferential trade agreements contain conflicting rules on cumulation of origin. The author points to two typical paradoxical situations which may arise out of conflicting rules of origin: trade diversion and abuse of the economic goals of preferential trade agreements. The last part of the paper brings an analysis of possible approaches to the problem. A special emphasis is placed on the rules of origin contained in preferential trade agreements ratified by the Republic of Serbia.

Key words: *international trade, preferential trade agreements, rules of origin of goods, bilateral cumulation, diagonal cumulation.*

Велимир ЖИВКОВИЋ, мастер, MJur (Oxford)
истраживач – сарадник, Институт за упоредно право, Београд

ЛИСАБОНСКИ УГОВОР И НОВА УРЕДБА 1219/2012 КАО ОСНОВИ ПРАВА ЗАШТИТЕ СТРАНИХ УЛАГАЊА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Резиме

Након стицања на снагу Лисабонског уговора 2009. године Европска унија (ЕУ) преузела је искључиву надлежност у домену склапања уговора о заштити страних инвестиција са трећим земљама. Уредба 1219/2012 представља први корак у даљој конкретизацији тих овлашћења и прописује правни режим у погледу постојећих споразума држава чланица ЕУ и трећих земаља и надлежности Европске комисије у погледу склапања или измена оваквих споразума у будућности.

У овом раду се анализира настајак и садржај ове нове правне режима, проблеми у погледу надлежности ЕУ у домену заштите страних улагања као и конкретан садржај нове Уредбе и њен значај у погледу правне сигурности и давања назнака будуће деловања ЕУ у овој области.

Кључне речи: *право Европске уније, право заштите страних улагања.*

I Увод

Заштита страних улагања од почетака Европске уније до Лисабонског уговора била је материја којом су се превасходно бавиле државе чланице. Дуги низ деценија право држава чланица да склапају билате-

ралне споразуме о заштити страних улагања (у даљем тексту билатерални инвестициони споразуми – БИС) и доносе законе у овој области није било спутавано европским прописима. Појачани интерес ЕУ за страна улагања везује се за деведесете године прошлог века, када у контексту настанка Светске трговинске организације и јачања слободне трговине у свету Европска комисија (у даљем тексту: Комисија) тежи да предузећима из ЕУ обезбеди што повољније услове за инвестирање и трговину у иностранству.¹ Чињеница да у домену страних улагања ЕУ није имала суштинска овлашћења почела је да се схвата као озбиљан хендикеп у ривалству са САД, Јапаном и новим економским силама у настајању.

ЕУ је са низом трећих земаља склопила споразуме о слободној трговини у које су садржане одређене одредбе везане за страна улагања. Оно што је ЕУ у складу са тада постојећим надлежностима могла да уговори је гарантовање слободе приступа улагача тржишту у свим или одређеним секторима, уз додатну слободу коју гарантује Генерални споразум о трговини услугама Светске трговинске организације.² Оно што није могло постати део тих споразума су одредбе о третману улагача након уласка на тржиште, регулисању експропријација страних улагања и механизам решавања спорова државе домаћина и инвеститора.³ Укратко, кључне одредбе о заштити страних улагача присутне у хиљадама БИС који данас постоје остале су резервисане за споразуме које су закључиле државе чланице. Као директну последицу тога, овим правима могу да се користе само предузећа из тих држава чланица а не из читаве ЕУ.

Оваква неравноправност предузећа из ЕУ, уз мањак овлашћења у односу на друге „велике играче“ на светској сцени, условио је жељу да се створи један јединствени режим заштите страних улагања у ЕУ као и заштите улагања предузећа из Уније ван ЕУ. Решење према коме ЕУ преузима искључиву надлежност у домену страних улагања постојало је у неуспелом Уставном уговору, а задржано је у практично непромењеној форми у Лисабонском уговору који је ступио на снагу 1. децембра 2009. године.⁴

1 Cecilia Olivet, „European investment policies: 20 years constructing an architecture of protection for TNCs“, у Seattle to Brussels Network, *Eu Investment Agreements in the Lisbon Treaty Era: A Reader*, Amsterdam, 2010, стр. 16–19.

2 Lorenzo Mola, „Which Role for the EU in the Development of International Investment Law?“, *SIEL Online Proceedings Working Paper No. 26/08*, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=1154583>, стр. 9–10.

3 *Ibid.*; Видети и Wenhua Shan, Sheng Zhang, „The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy“, *The European Journal of International Law*, бр. 21(4)/2011, стр. 1051.

4 За више података о овој материји видети од радова на српском језику Марко Јовановић, „Заштита страних директних улагања између држава чланица Европске

Требало би напоменути да је циљ оваквих решења двострук. Поред стварања могућности за јединствен наступ ЕУ према трећим земљама у закључивању БИС, постоји и тежња да се уклоне сви постојећи БИС између држава чланица ЕУ који представљају посебну опасност за равноправност субјеката унутар ЕУ. Тема ових такозваних интра-ЕУ споразума неће у овом раду бити даље разматрана, иако би неспорно у овој области требало пратити даља дешавања у будућности.⁵

Као конкретизација нових лисабонских овлашћења, 12. децембра 2012. године донета је Уредба 1219/2012 о прелазном режиму споразума о заштити страних улагања (у даљем тексту Уредба).⁶ Овом Уредбом се ствара правни оквир за будућност великог броја закључених БИС и оних у настајању те стога завређује посебну пажњу. У првом делу рада биће дат преглед најзначајнијих питања везаних за режим Лисабонског уговора и страна улагања, а потом ће пажња бити посвећена конкретним одредбама Уредбе 1219/2012 и њеном значају.

II Лисабонски уговор и страна улагања

Уговор о функционисању Европске уније после лисабонских измена у члану 207 предвиђа да је материја директних страних улагања (енгл. *foreign direct investment*) део заједничке трговинске политике (енгл. *common commercial policy*) Европске уније, што је област у којој Унија има искључиву надлежност.⁷ Као и код осталих сегмената ове политике (трговински споразуми, област интелектуалне својине и др.) у области директних страних инвестиција у истом члану прописано је да све активности морају бити усклађене са принципима и циљевима спољне активности ЕУ. Од посебног значаја у том контексту су циљеви постизања одрживог развоја у свету, као и уклањања препрека за одвијање трговине и проток страних улагања.⁸

За доношење уредба којима се уопштено обликује конкретан садржај и циљеви заједничке трговинске политике надлежни су заједнички

уније и трећих држава након ступања на снагу Лисабонског споразума“, *Правни живоић*, бр. 11/2011, стр. 417–434.

5 Више о овој теми, на пример, Nikos Lavranos, „Member States’ Bilateral Investment Treaties (BITs): Lost in Transition?“, *Hague Yearbook of International Law*, Vol. 24, 2011.

6 Regulation (EU) no 1219/2012 of the European parliament and of the Council establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries, *OJ EU L* 351.

7 Уговор о функционисању Европске уније, чл. 3(1)(е).

8 Уговор о функционисању Европске уније, чл. 11 и 206. Видети и Armand de Mestral, „The Lisbon Treaty and the Expansion of EU Competence over Foreign Direct Investment“, *ECSA Conference 2008 Paper*, доступно на адреси: http://web.uvic.ca/ecsac/bienial2008/Conference%20Program_files/Mestral.pdf, стр. 5.

Европски парламент и Савет.⁹ За преговарање конкретних споразума, надлежна је Европска комисија по претходно добијеном овлашћењу Савета. Поред овлашћења, Комисија је дужна да се придржава и преговарачких упутстава која јој упућује Савет, као и да се у току преговора консултује са посебним комитетом именованим од стране Савета ради праћења придржавања релеватних уредаба, овлашћења и упутстава од стране Комисије.¹⁰ Као додатан знак давања на значају споразумима у области страних улагања, за њихово коначно усвајање потребна је једногласност свих чланова Савета.¹¹

У решењима која се односе на склапање будућих БИС Европске уније приметна је тежња да се онемогући претерано самостално деловање Комисије. Област заштите страних улагања иначе је укључена у искључиву надлежност ЕУ уз озбиљан отпор утицајних држава чланица.¹² Виђење које преовладава је да су постојећи БИС држава чланица ЕУ, којих има преко 1.200, важан инструмент у заштити предузећа из тих земаља у иностранству. Сва даља дешавања у будућности у погледу тог режима стога су предмет посебне пажње држава чланица, са нагласком на то да се не допусти снижавање нивоа заштите кроз промену постојећих формулација стандарда третмана инвеститора у БИС.¹³ Претерано амбициозне намере Комисије у погледу овлашћења да ревидирају постојеће споразуме довело је и до одуговлачења у доношењу Уредбе 1219/2012, о чему ће бити нешто више речи касније.

Преношење надлежности у погледу заштите страних инвестиција са држава чланица на ЕУ изазвало је велику пажњу у академским круговима и довело је до настанка великог броја чланака, па и књига на ту тему.¹⁴ Општи консензус је да су одредбе Лисабонског уговора остале у великој мери недоречене и да пружају доста могућности за различита тумачења. Осврнућемо се на неколико најчешће спомињаних проблема.

1. Непостојање транзиционог режима

Први проблем који је често истицан и који се решава Уредбом 1219/2012 је непостојање одредаба о судбини постојећих БИС. Једно од

9 Уговор о функционисању Европске уније, чл. 207(2).

10 Уговор о функционисању Европске уније, чл. 207(3).

11 Уговор о функционисању Европске уније, чл. 207(4).

12 August Reinisch, „The EU on the Investment Path – Quo Vadis Europe? The Future of EU BITs and other Investment Agreements“, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=2236192>, стр. 2.

13 W. Shan, S. Zhang, *нав. дело*, стр. 1057.

14 За исцрпан списак видети А. Reinisch, *нав. дело*, фн. 6.

тумачења које се појавило је било и да су ступањем на снагу Лисабонског уговора сви ови споразуми постали ништави или у најмању руку противни праву ЕУ. Став о ништавости ових уговора према међународном праву инвестиционе арбитраже су одбациле уз оцену да Лисабонски уговор не утиче на валидност постојећих БИС према међународном праву и одредбама Бечке конвенције о уговорном праву.¹⁵ Питање валидности према праву ЕУ, које би решавао Суд правде ЕУ, је могло бити другачије решено али у погледу споразума држава чланица са трећим земљама ово питање није покренуто пред тим судом. Комисија је изабрала пут којим се њихово постојање у непромењеном облику толерише до доношења Уредбе 1219/2012.

2. (Не)надлежност у погледу портфолио инвестиција

Друго значајно питање које је изазвало доста интереса у стручним круговима још увек није решено. Формулација унета путем Лисабонског уговора да се надлежност ЕУ односи на *директна* страна улагања створила је нејасноће у погледу домашаја ове надлежности и начина склапања будућих споразума. Према пракси Европског суда правде, националних судова, ставу међународних организација, па и речима саме Европске комисије, директна страна улагања обухватају таква улагања која су усмерена на стицање контролног учешћа у привредном субјекту са намером стварања дуготрајне везе између тог субјекта и инвеститора.¹⁶ Ово искључује такозване портфолио инвестиције где се учешће улагача своди на мале уделе, без могућности и жеље за стварном контролом. Оваква улагања често чине појединци или инвестициони фондови у циљу смањења ризика кроз широк спектар предузећа у које се улаже (ширење „лепезе“ инвестиција) а неретко и у спекулативне сврхе. Проблем настаје што споразуми држава чланица ЕУ, као уосталом и други широм света, не праве разлику између ове две категорије у дефиницији инвестиције садржаној у споразуму. Разлог томе је став да и поред ризика није оправдано дискриминисати мале инвеститоре, као и чињеница да разлику између директне и портфолио инвестиције није увек лако направити у пракси.

Тумачење формулације из Лисабонског уговора наводи на закључак да надлежност о заштити портфолио инвестиција задржавају државе

15 Видети *Eureko B.V. v. The Slovak Republic*, PCA Case No. 2008–13, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, доступно на адреси: <http://italaw.com/documents/EurekovSlovakRepublicAwardonJurisdiction.pdf>, стр. 63–75. Подршку таквом ставу пружа и А. Reinisch, *нав. дело*, стр. 6.

16 Видети преглед ових схватања код W. Shan, S. Zhang, *нав. дело*, стр. 1057–1059.

чланице ЕУ. Став доктрине је у том погледу практично униформан.¹⁷ Истог схватања је и утицајни немачки Уставни суд, као и Европски Савет.¹⁸ С друге стране, Комисија је става да нема основа за прављење овакве разлике и да постоји имплицитно овлашћење ЕУ да својим БИС покрије и ову област.¹⁹ Неспорно је да са практичног становишта склапање споразума који би обухватили само директне инвестиције није ни најмање привлачно и да би у смислу тумачења проузроковало велике проблеме. И поред тога, чини се да је Комисија усамљена у својим ставовима и да ће на крају морати да превлада решење да у овој области ЕУ и државе чланице деле надлежности.

Конкретна последица тога је да ће будући ЕУ споразуми морати да буду склапани као мешовити (енгл. *mixed agreements*). Ово за собом повлачи поступак по коме ће сваки такав споразум морати да буде одобрен од парламента сваке државе чланице.²⁰ То значи и поновно јачање утицаја држава чланица у погледу будућих БИС, што Комисија покушава да избегне. Чини се да је у овом контексту неодговарајућа формулација страних инвестиција пре резултат законодавне омашке него циљаног ограничења надлежности ЕУ. Правно-политичке последице овакве омашке неће бити занемарљиве и вероватно ће бити поприште окршаја Комисије, Савета и утицајних држава чланица.

3. Експропријација и питање имовинских права

Један од основних елемената сваког БИС-а је и регулисање експропријације страног улагања од стране државе домаћина. Решења су у том погледу релативно једнообразна и предвиђају право државе на експропријацију, али уз брзу и правичну надокнаду по тржишној вредности.²¹ Проблем у погледу будућих ЕУ споразума настаје услед

17 L. Mola, *нав. дело*, стр. 16; A. Reinisch, *нав. дело*, стр. 4 и 10 и аутори тамо наведени; N. Lavranos, *нав. дело*, стр. 299; Julien Chaisse, „Promises and Pitfalls of the European Union Policy on Foreign Investment—How Will the New EU Competence on FDI Affect the Emerging Global Regime?“, *Journal of International Economic Law*, Vol. 15, Issue 1, 2012, стр. 58; W. Shan, S. Zhang, *нав. дело*, стр. 1059.

18 Пресуда немачког уставног суда о Лисабонском уговору, 2 BvE 2/08, 30 јун 2009, ¶379; доступно на адреси: http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html; став Савета изражен је у закључцима о европској инвестиционој политици од 25. октобра 2010. године, доступним на адреси: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/foraff/117328.pdf.

19 A. Reinisch, *нав. дело*, стр. 5.

20 Уговор о функционисању Европске уније, чл. 2. За више о овим питањима видети Ramses A. Wessel, „The EU as a party to international agreements: shared competences, mixed responsibilities“, у Alan Dashwood, Marc Maresecau (eds.), *Law and Practice of EU External Relations: Salient Features of a Changing Landscape*, Cambridge, 2008.

21 M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 3rd Edition, Cambridge, 2010, стр. 207–209.

тога што материја имовинских права остаје у искључивој надлежности држава чланица.²² Стога ЕУ формалноправно гледано нема овлашћења да државама чланицама прописује како се морају понашати у случајевима експропријације, посебно имајући у виду члан 207(6) Уговора о функционисању Европске уније који изричито предвиђа да се споразумима ЕУ не може спроводити хармонизација заобилазним путем, односно где је друге одребе основних докумената Уније не предвиђају.

Питање експропријација засад није у толикој мери у центру пажње као питање портфолио инвестиција, али је несумњиво да ће морати да буде решено.²³ Склапање БИС без одредаба о експропријацији би имајући у виду досадашњу праксу држава чланица ЕУ значило значајно мањкавији систем него до сада. Највероватније би такво решење било неприхватљиво и државе које би са ЕУ склапале споразуме. Стога се најизвеснијим чини да ће и ово бити додатни аргумент за неопходност склапања мешовитих споразума о заштити страних улагања.²⁴

4. ЕУ као субјекат у систему решавања спорова

Систем решавања спорова који улагачима омогућава да за третман у супротности са БИС-ом непосредно туже државу домаћина пред међународним арбитражним трибунаlima присутан је у највећем броју споразума о заштити страних улагања као и националним законима у овој материји. Иако је овај систем често изложен критикама као не-транспарентан и наклоњен инвеститорима, нема сумње да и даље ужива довољну подршку да би био део нових БИС Европске уније.²⁵ У том погледу постоји неколико проблема.

Први проблем је што ЕУ као супранационални ентитет који нема међународноправно својство државности не може приступити Конвенцији о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (Вашингтонска конвенција) из 1965. године. То значи да ЕУ не може тужити нити бити тужена пред Центром за решавање инвестиционих спорова (енгл. ICSID) у Вашингтону. Мада на располагању остају друге институције које се обично више користе у међународној трговинској арбитражи или *ad hoc* решавање уз примену UNCITRAL правила, ICSID је несумњиво најангажованија институција

22 Уговор о функционисању Европске уније, чл. 345; Видети и de Mestral, *нав. дело*, стр. 9.

23 J. Chaisse, *нав. дело*, стр. 61; A. Reinisch, *нав. дело*, стр. 15.

24 de Mestral, *нав. дело*, стр. 10.

25 Видети недвосмислен став у том погледу у саопштењу Комисије „Towards a comprehensive European international investment policy“, COM(2010) 343 final, стр. 9 (Саопштење).

у домену инвестиционих спорова. Један од разлога за то је и јединствен систем признања и извршења донетих одлука, где се таква одлука сматра једнаком финалној одлуци суда земље где се тражи њено извршење.²⁶ То значајно олакшава поступак признања и извршења и битан је разлог за популарност ICSID-а. С обзиром на то, Европска комисија је истакла начелну намеру да испита могућност измене Вашингтонске конвенције како би ЕУ могла да приступи,²⁷ али се овакве идеје са правом оцењују као у великој мери нереалне.²⁸ Измена би захтевала сагласност 131 држава које су ратификовале конвенцију, што је задатак који се не чини реално остваривим.

Други проблем представља питање ко би у сваком конкретном случају био одговарајући тужени – сама држава чланица која је учинила наводно кршење БИС-а или ЕУ? Ако се узме у обзир горе поменуто питање склапања мешовитих споразума, страни инвеститор који би желео да тужи према неком од нових ЕУ споразума би највероватније, опреза ради, морао да тужбом обухвати и државу чланицу и ЕУ. Европска комисија са своје стране предвиђа извесну флексибилност у одлучивању ко ће у конкретном спору бити одређен за туженог, тј. да ли ће ЕУ преузети вођење читавог спора на себе, само асистирати држави чланици или се неће мешати уопште.²⁹ Чини се да у многим ситуацијама може доћи до сукоба држава чланица и Комисије, како у случајевима када ЕУ не пружи одговарајућу помоћ држави чланици тако и када би држава чланица желела сама да води спор због евентуалног става да је за то компетентнија и непосредније заинтересована. С друге стране, ни инвеститору који тужи није свеједно да ли ће као супротстављену страну имати само државу чланицу или комбиноване снаге ЕУ. И решење ових дилема ће највероватније сачекати склапање првог ЕУ БИС-а, с обзиром да је за очекивати да и државе чланице и друга страна у преговорима буду заинтересоване да се ова питања прецизирају.

Трећи проблем би могло представљати и питање плаћања евентуалне одштете улагачима и других трошкова на основу донетих арбитражних одлука у поступцима према ЕУ споразумима. У овој области ситуација ће, чини се, бити решена брже и јасније. Расподела одговорности између ЕУ и држава чланица биће регулисана посебном уредбом, чије доношење је већ предложено и којој предстоји деликатан процес усаглашавања између различитих ЕУ актера.³⁰

26 Вашингтонска конвенција, чл. 54(1).

27 Саопштење, стр. 10.

28 N. Lavranos, *нав. дело*, стр. 296–297; A. Reinisch, *нав. дело*, стр. 18.

29 Упоредити Саопштење, стр. 10 и Уредбу 1219/2012, чл. 13.

30 Видети предлог Уредбе о управљању одговорношћу, COM(2012) 335 final, 2012/0163 (COD), доступно на адреси: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2012/june/tradoc_149567.pdf.

III Уредба 1219/2012

Као неопходан корак у регулисању статуса постојећих споразума о страним улагањима држава чланица, Европска комисија је 2010. године предложила доношење посебне уредбе. У склопу намера Комисије да преуме што потпунију контролу у овој области, првобитан предлог предвиђао је неограничено право Комисије да наложи држави чланици раскид било ког БИС-а за који би сматрала да није у складу са новим овлашћењима и политиком Уније у домену инвестиција, уз седмогодишњи временски лимит за остајање на снази постојећих споразума. Овакав предлог наишао је на отпор држава чланица и неопходност преговора око амандмана условила је релативно дужи период доношења Уредбе.³¹ Као коначно решење, предвиђена су три различита режима у погледу важећих и БИС-ова који су у поступку закључивања, а све у зависности од времена њиховог закључивања односно отпочињања преговора о њиховом закључивању. Појам БИС-а иначе обухвата сваки споразум који у себи садржи поглавља или поједине одредбе о заштити страних улагања, макар он имао и шири домашај или другачији назив.³²

У прву групу спадају споразуми који су ступили на снагу или су закључени пре 1. децембра 2009. године. О сваком од ових споразума који су желеле да оставе на снази или да омогуће да ступи на снагу државе чланице су биле дужне да обавесте Комисију до 8. фебруара 2013. године или у случају Хрватске 30 дана од приступања ЕУ (што би значило до 30. јула 2013. године) и приложе примерак споразума.³³ Супротно првобитном плану Комисије, начелно правило у погледу ових споразума је да остају на снази у непромењеном облику све до момента ступања на снагу БИС-а између ЕУ и земље са којом постоји БИС државе чланице.³⁴ Уместо правила по коме Комисија дискреционо одлучује о судбини ових споразума, постоји право Комисије да спроведе процену сваког од ових споразума³⁵ и да у случају да сматра да БИС или нека одредба представљају озбиљну препреку склапању ЕУ споразума са трећим земљама приступи консултацијама са конкретном државом чланицом око отклањања тих препрека.³⁶ Као последње средство, 60

31 Видети више код Marc Maes, „The Lisbon Treaty and the new EU investment competence“, у: Seattle to Brussels Network, *Eu Investment Agreements in the Lisbon Treaty Era: A Reader*, Amsterdam, 2010, стр. 12–14.

32 Уредба, чл. 1(2).

33 Уредба, чл. 2.

34 Уредба, чл. 3.

35 Уредба, чл. 5.

36 Уредба, чл. 6.

дана по окончању консултација Комисија може указати на мере које би биле неопходне да се постојеће препреке отклоне, али нема конкретног механизма којим би могла државу чланицу приморати на то.³⁷

Систем одобрења какав је Комисија планирала за све споразуме остао је на снази за оне који су ступили на снагу или су закључени после 1. децембра 2009. године. У случају ових споразума, државе чланице су дужне да обавесте Комисију о њиховом постојању, а Комисија има дискреционо право да процени да ли ти споразуми спадају под неки од критеријуме члана 9(1) и у случају да је тако може тражити уклањање конкретне спорне одредбе или одбити да изда одобрење за читав БИС, у ком случају је држава чланица дужна да споразум раскине или да спречи његово ступање на снагу. Критеријуми који су предвиђени су да је постојећи БИС: 1) у супротности са правом ЕУ; 2) сувишан, пошто је склапање ЕУ БИС-а са конкретном земљом у току; 3) у неслагасју са принципима и циљевима спољне политике ЕУ; 4) озбиљна препрека преговарању или склапању ЕУ БИС-а. Ови критеријуми се могу оценити као доста широки, што Комисији омогућава већи маневарски простор у оцени. Шире овлашћење је донекле и разумљиво услед чињенице да су сви БИС склопљени након ступања на снагу Лисабонског уговора и другачије поделе надлежности у значајно упитнијем правном положају него они који му претходе.

Трећу групу ситуација чини покретање преговора о склапању новог БИС-а државе чланице или измене постојећег, а по ступању на снагу Уредбе 1219/2012. У овом случају Комисија има широка овлашћења у погледу тога да ли ће овакав поступак одобрити, под којим условима и у којој мери ће и сама учествовати у процесу. Држава чланица је у обавези да најмање пет месеци пре планираног почетка преговора о закључењу или измени БИС-а обавести Комисију и достави све релевантне податке и документацију о будућој садржини и циљевима споразума.³⁸ На основу ових података, Комисија спроводи оцену критеријума према члану 9(1) који су већ споменути горе. После процене, у случају да одобрење не ускрати, Комисија може безусловно одобрити преговоре али такође може државу чланицу условити тиме да се у тексту будућег БИС-а не нађу одредбе за које би Комисија сматрала да нису у сагласности са правом Уније или са инвестиционом политиком ЕУ.³⁹

Утицај Комисије на преговоре државе чланице се ту не завршава. Комисија такође има право да буде благовремено извештавана о току преговора и има право да захтева да у тим преговорима узме учешћа.⁴⁰

37 Уредба, чл. 6(3).

38 Уредба, чл. 8.

39 Уредба, чл. 9(2).

40 Уредба, чл. 10.

Коначни суд о споразуму Комисија даје по окончању преговора – финална верзија предлога БИС-а поново се доставља Комисији на проверу према критеријумима члана 9 и финално одобрење или ускраћивање истог.⁴¹

Вреди напоменути да што се тиче Републике Србије, према подацима Уједињених нација, у групу споразума са државама чланицама од пре 1. децембра 2009. године спада 19 БИС.⁴² Споразума који су ступили на снагу или су само закључени у периоду од тог датума до доношења Уредбе има укупно пет.⁴³

Независно од групе у коју спадају, за све БИС који остану на снази предвиђа се нови режим сарадње држава чланица и Комисије у погледу решавања спорова. Држава чланица је дужна без одлагања да обавести Комисију о свим представкама упућеним од стране страних улагача да нека мера није у складу са БИС-ом, као и о свим покренутим поступцима решавања спорова. У тим ситуацијама постоји обавеза државе чланице и Комисије да блиско сарађују у циљу обезбеђивања ефикасне одбране што може значити и учешће Комисије у поступку, где је то одговара околностима.⁴⁴ Неке од проблема учешћа ЕУ у систему решавања спорова поменули смо већ раније, те се чини да ће ова одредба у догледној будућности често остати ограничена на ситуације када Комисија може поднети *amicus curiae* поднеске суду или трибуналу.⁴⁵ На овај начин Комисија без статуса странке у поступку може изнети свој став о одређеним фактичким или правним питањима. Исти механизам сарадње Комисије и државе чланице предвиђен је и за ситуације када та држава покрене међународноправни спор против друге државе потписнице БИС-а, уз додатак да Комисија може и наложити држави чланици да покрене такав поступак.⁴⁶

Решења Уредбе представљају плод компромиса и могу се критиковати као од почетка намерно недовољно прецизна па чак и нејасна на одређеним местима,⁴⁷ али нема сумње да је Уредба у смислу прав-

41 Уредба, чл. 11.

42 UNCTAD званични подаци налазе се на адреси http://www.unctad.org/Sections/dite_pcbb/docs/bits_serbia.pdf. У ову групу спадају споразуми са Аустријом, Белгијом и Луксембургом, Бугарском, Хрватском, Кипром, Финском, Француском, Немачком, Грчком, Мађарском, Шпанијом, Литванијом, Пољском, Румунијом, Словачком, Словенијом, Италијом, Шведском и Уједињеним Краљевством.

43 То су споразуми са Чешком, Данском, Малтом, Холандијом и Португалом.

44 Уредба, чл. 13, ст. 1(b).

45 Пример тога се може наћи у већ помињаном случају *Eureka B.V. v. The Slovak Republic*, стр. 49–58.

46 Уредба, чл. 13, ст. 1(c).

47 Jan A. Bischoff, „Just a Little BIT of ‘Mixture’? The EU’s Role in the Field of International Investment Protection Law“, *Common Market Law Review*, бр. 48/2011, стр. 1559.

не сигурности у погледу постојећих споразума држава чланица ипак значајан корак напред. Назнаке будућих развоја ЕУ споразума о заштити страних улагања су јасне – улога предводника намењена је Комисији, а радње држава чланица у овој области допуштене су само уз стриктно одобрење и надзор.

IV Закључак

Период од ступања на снагу Лисабонског уговора је у домену заштите страних улагања занимљив са становишта права ЕУ и међународног права. Понавља се ситуација у праву ЕУ да (гео)политичке идеје иду испред дефинисаних правних оквира. Имајући у виду по много чему *sui generis* карактеристике које ово право красе то и није изненађујуће. Са становишта правне сигурности, свакако је даље дефинисање врло широких оквира Лисабонског уговора позитиван помак. Уредба 1219/2012 и најављена уредба о подели одговорности ЕУ и држава чланица у случају инвестиционих спорова важан су допринос томе.

Оно што би требало имати на уму је чињеница да многа питања засад остају нерешена и донекле игнорисана од стране релеватних органа ЕУ. Амбициозно прокламоване идеје Комисије о новом поретку заштите страних улагања који ће представљати значајно унапређење постојећег често не узимају у обзир врло конкретна правна питања попут преплитања надлежности ЕУ и држава чланица и практичних аспеката учешћа ЕУ у споровима. Мада то сигурно није пожељан пут настанка правних правила, чини се да ће разјашњење ових и сличних дилема морати да сачека закључење првих ЕУ споразума са елементима заштите страних инвестиција, а врло вероватно и покретање првих спорова против ЕУ или држава чланица према тим будућим споразумима.⁴⁸

Практично гледано, надлежни органи Републике Србије би требало да прате развој догађаја у погледу потврђивања постојећих споразума са државама чланицама ЕУ и обрате пажњу на евентуалне промене правног режима. Није за очекивати да ће државе чланице ЕУ имати претераног интереса да раскидају постојеће споразуме који датирају пре Лисабонског уговора, али у погледу евентуалних преговора који су у току ситуација може постати компликованија уколико Комисија реши да узме учешћа у преговорима или на други начин искористи нека од својих нових овлашћења.

Са становишта правне теорије па и политике, предстојећи период биће испуњен занимљивим дешавањима на плану заштите страних

48 Према расположивим подацима, први такви споразуми могли би бити потписани са Канадом, Индијом и Сингапуром. Видети А. Reinisch, *нав. дело*, стр. 8-9.

инвестиција и права ЕУ. Могуће је да је пред нама велико укрупњавање сцене и улазак на велика врата ЕУ као правног субјекта у погледу заштите страних улагања. Са друге стране, државе чланице ће засигурно остати значајан фактор у догледној будућности и тензије са Комисијом у том погледу вероватно ће обликовати правно-политичку слику у овој области у годинама које долазе.

Velimir ŽIVKOVIĆ, M.A., MJur (Oxford)

Associate Researcher at the Institute of Comparative Law, Belgrade

LISBON TREATY AND THE NEW REGULATION 1219/2012 AS FOUNDATIONS OF INVESTMENT PROTECTION LAW OF THE EUROPEAN UNION

Summary

After coming into force of the Lisbon treaty in 2009 the European Union (EU) took over exclusive competence in the domain of conclusion of agreements on protection of foreign investments with third countries. Regulation 1219/2012 presents a first step in effectuating this competence and regulates the legal regime of existing agreements of EU Member states and third countries as well as the prerogatives of the European Commission regarding the conclusion or amendment of such agreements in future.

This article analyses the genesis and contents of this new legal regime, existing problems regarding the EU competence on foreign investment protection as well as the concrete content of the new Regulation and its significance regarding legal certainty and as possible indication of future EU action in this area.

Key words: *European Union law, law on protection of foreign investments.*

Јован ВУЈИЧИЋ

асистент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

ПОЈАМ УСЛУГА У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Резиме

Правилна примена одредби којима се регулише слобода пружања услуга претпоставља прелиминарно одређење предметној поља њене примене. Услугама у смислу Уговора о функционисању Европске уније сматрају се услуге које се редовно пружају уз накнаду, уколико нису регулисане одредбама које се односе на слободу кретања робе, калитала и лица. Под услугама се нарочито подразумевају делатности индустријској карактера, делатности комерцијалној карактера, занатске делатности и делатности слободних професија. У више предмета, покретно је питање незаконитих или неморалних услуга, делатности које су у неким државама чланицама дозвољене, али не и у осталим. Из анализираних пресуда Суда правде можемо закључити да се и такве активности могу сматрати услугама у смислу чл. 56 и 57 УФЕУ. Ипак, државе чланице могу оградити вршење таквих услуга у складу са легитимним циљевима признатим правом Европске уније, при чему оградње морају бити недискриминаторна, пропорционална и у складу са осталим правним принципима, а нарочито са основним правима, чије поштовање обезбеђује Суд правде.

Кључне речи: право Европске уније, слобода пружања услуга, услуге, оградње слободе пружања услуга.

I Увод

Правилна примена одредби којима се регулише слобода пружања услуга претпоставља претходно одређење предметног поља њене примене. Услугама у смислу Уговора о функционисању Европске уније сматрају се услуге које се редовно пружају уз накнаду, уколико нису регулисане одредбама које се односе на слободу кретања робе, капитала и лица.¹ Под услугама се нарочито подразумевају делатности индустријског карактера, делатности комерцијалног карактера, занатске делатности и делатности слободних професија.² Ово набрајање није исцрпно, па и друге делатности могу бити подведене под појам услуга.

У више предмета, покренуто је питање незаконитих или неморалних услуга, делатности које су у неким државама чланицама дозвољене, али не и у осталим. Будући да државе, у којима су такве делатности незаконите, имају интерес да забране или ограниче њихово обављање на својој територији, потребно је одговорити на питање да ли се те активности могу сматрати услугама.³ Уколико је одговор потврдан, потребно је, даље, утврдити да ли се таквим националним прописима ограничава слобода пружања услуга, и под којим условима ограничења могу бити оправдана.

II Предмет 15/78 *Société Générale Alsacienne de Banque SA v Walter Koestler*

Walter Koestler, немачки држављанин, био је од 1968. године директор Француско-немачког војног научноистраживачког института у Сент Луиу, француском граду у департману Горња Рајна, где је и живео од 1. јула 1968. године до 28. јула 1973. године. За време његовог боравка у Француској, уговорио је са *Société Générale Alsacienne de Banque SA*, француском банком са седиштем у Стразбуру, да она извршава његове налоге на Париској берзи. Ове трансакције нису биле у форми куповине и продаје акција, већ су се састојале у поравнању разлика између уговорене цене акција и њихове стварне цене на дан обрачунавања. Добитке и губитке, француска банка је књижила на текућем рачуну отвореном на име *Walter Koestler*, у вези са кредитом који му је одобрила.

1 Уговор о функционисању Европске уније (Treaty on the Functioning of the European Union (Consolidated version 2012) *OJ C 326*, 26.10.2012; даље у фуснотама: УФЕУ), чл. 57 ст. 1.

2 УФЕУ, чл. 57 ст. 2.

3 Paul Craig, Gráinne de Búrca, *EU Law, Text, Cases and Materials*, fifth edition, Oxford, 2011, стр. 797.

По основу ових трансакција, укључујући камате, трошкове и таксе, *Walter Koestler* је 31. јануара 1975. године дуговао банци 852.620,39, тадашњих, француских франака. Када се поново преселио у Немачку, и пошто је одбио да измири дуг, банка је покренула поступак пред Регионалним судом у Бону (*Landgericht Bonn*). Првостепеном пресудом одлучено је да износ од 473.937,47 француских франака, који се може приписати шпекулативним берзанским трансакцијама није утужив, јер је тужба којом се захтевају таква потраживања забрањена у складу са немачким Законом о берзама и робним тржиштима (*Börsengesetz*) и чл. 762 и 764 Немачког грађанског законика (*Bürgerliches Gesetzbuch, BGB*).

Против ове пресуде банка је изјавила жалбу. Другостепени је потврдио првостепену пресуду. Одлучујући о жалби, Виши регионални суд у Келну заузео је став да би, иако је несумњиво да је за регулисање правног односа између странака меродавно француско право и без обзира што је потраживање у питању пуноважно према праву државе у којој је настало, намирење дуга ове врсте судским путем било противно јавном поретку Немачке.

Када је спор поново изнет пред Виши регионални суд у Келну, путем жалбе коју је на другостепену пресуду изјавио *Walter Koestler*, Суд је одлучио да прекине поступак и Суду правде упути на претходно решавање следећа питања:

1. Да ли се, правилно тумаченим, чл. 59 и 60 Уговора о оснивању Европске економске заједнице,⁴ искључује примена установе јавног поретка?
2. Да ли је релевантно за одговор на прво питање да ли, према немачком праву, немачки држављанин има способност да закључи уговор о обављању шпекулативних берзанских трансакција?

Решавајући о претходним питањима, Суд правде је најпре констатовао да је национални суд исправно поступио када је прихватио да се у случајевима ове врсте примењују одредбе Уговора којим се регулише слобода пружања услуга.⁵ Нема сумње да се услуге као што су оне у питању обухваћене појмом услуга из ст. 1 чл. 57 Уговора о функционисању Европске уније (*ex st. 1 чл. 60 УБЕЗ*), којим се уопштено упућује на све активности економског карактера.⁶ Како се слобода пружања услуга не примењује на „потпуно унутрашње ситуације“⁷, било је потребно ут-

4 Одговарајуће одредбе сада су садржане у чл. 56 и 57 УФЕУ.

5 Предмет 15/78 *Société Générale Alsacienne de Banque SA v Walter Koestler* [1978] ECR 1971, пар. 3 алинеја 1.

6 *Истио*, пар. 3 алинеја 2.

7 P. Craig, G. de Búrca, *нав. дело*, стр. 792.

врдити да ли постоји прекогранични елемент. Трансакције на које се односи предмет *Koestler* не могу се сматрати услугама које се пружају само унутар једне државе чланице када се корисник услуга, пре престанка уговорног односа између странака,⁸ преселио у другу државу чланицу.⁹ Тиме је испуњен услов из ст. 1 чл. 56 УФЕУ (ex ст. 1 чл. 59 УЕЕЗ) да се слободом пружања услуга могу користити „...држављани држава чланица који су настањени у држави чланици која није држава лица коме су услуге намењене“.

У основи одредби ст. 3 чл. 57 УФЕУ (ex ст. 3 чл. 60 УЕЕЗ) је принцип недискриминације. Држава чланица у којој је настањен корисник услуга мора поступати према страном пружаоцу услуга на исти начин као што поступа према својим држављанима. У циљу имплементације овог принципа, Генералним програмом за укидање ограничења слободном пружању услуга дефинисане су препреке које треба елиминисати у складу са Уговором као: било које мере које, сагласно одредбама утврђеним законом, неким другим прописом, или административним мерама у држави чланици, или као последица примене такве одредбе, или административне праксе, забрањују или отежавају пружање услуга лицу у његовом настојању да обавља делатност као samozапослено лице, поступајући према њему различито у односу на држављане државе у питању.¹⁰ Као ограничења сматрају се и било који захтеви у погледу пружања услуга наметнути, сходно одредбама закона, неког другог прописа, или утврђеним административним мерама, или као последица административне праксе, који, иако применљиви независно од држављанства, искључиво или првенствено ометају пружање услуга страном држављанима.¹¹

Примена одговарајућих одредби немачког права, према којима потраживања по основу шпекулативних берзанских трансакција нису утужива, не представља дискриминацију према страном пружаоцима услуга ако се исто ограничење примењује у случајевима када лица која пружају услуге, а настањена су у домаћој држави чланици, захтевају наплату потраживања исте врсте.¹² Према томе, немачки суд, одбијајући захтев француске банке, због разлога заснованих на јавном поретку, чак

8 Ово, нарочито, мора бити случај када се предмет спора односи на салдо на текућем рачуну по основу трансакција које се не могу сматрати обављеним док салдо не буде савњен. *Нав. предмет Коестлер*, пар. 3 алинеја 4.

9 *Истио*, пар. 3 алинеја 3.

10 General Programme for the abolition of restrictions on freedom to provide services, *OJ* 2, 15.1.1962, стр. 32–35, English special edition: Series II Volume IX, стр. 3–6, Title III: Restrictions, A.

11 *Истио*.

12 *Нав. предмет Коестлер*, пар. 5 алинеја 1.

и када су потраживања ове врсте пуноважна по праву друге државе чланице у којој су настала, није повредио право Европске уније (тада комунитарно право), под условом да поступа на недискриминаторан начин.¹³ Иако се Уговором забрањује дискриминација, њиме се не намеће обавеза поступања према страним пружаоцима услуга на повољнији начин, упућивањем на њихово национално право.¹⁴ С обзиром на одговор дат на прво питање, није било потребе решавати друго.¹⁵

III Предмет C-159/90 *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd v Stephen Grogan and Others*

Stephen Grogan и остали тужени били су службеници студентских удружења у Ирској која су издавала одређене публикације намењене студентима. У тим издањима биле су садржане информације о могућностима обављања законитог медицинског прекида трудноће у клиникама у Уједињеном Краљевству, њихове локације, као и подаци о начину ступања у контакт са њима. Како тужени нису одговорили на захтев Друштва за заштиту нерођене деце Ирске (*The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd*), компаније чији је циљ спречавање декриминализације абортуса и афирмисање, заштита и промовисање људског живота од момента зачећа, да не објављују наведене информације, Друштво је пред Вишим судом Ирске покренуло поступак са циљем да се дистрибуција таквих података прогласи незаконитом и да се изрекне судска забрана њеног вршења.

Виши суд је сматрао да се у вези са предметом постављају питања тумачења комунитарног права. Стога, је одлучио да прекине поступак и Суду правде упути на претходно решавање следећа питања:

1. Да ли се услугом, у смислу одредби чл. 60 УЕЕЗ,¹⁶ може сматрати организована активност или процес обављања абортуса или медицинског прекида трудноће?
2. У одсуству било каквих мера којима се обезбеђује усклађивање националних прописа држава чланица којима се регулише обављање абортуса, да ли држава чланица може забранити дистрибуцију података о одређеној клиници или клиникама у другој држави чланици, у којој се медицински прекид трудноће законито изводи?

13 *Истио*, пар. 5 алинеја 2.

14 *Истио*, пар. 6.

15 *Истио*, пар. 7.

16 Одговарајуће одредбе сада су садржане у чл. 57 УФЕУ.

3. Да ли се комунитарним правом гарантује право лицима, у држави чланици А, да објављују информације о клиникама, у држави чланици Б, у којима се врши абортус, када је у држави чланици А обављање абортуса забрањено и Уставом и кривичним законодавством, али је, под одређеним условима, дозвољено у држави чланици Б?

Према ст. 1 чл. 57 УФЕУ (*ex st.* 1 чл. 60 УЕЕЗ), услугама у смислу Уговора се сматрају услуге које се редовно пружају уз накнаду, уколико нису регулисане одредбама о слободи кретања робе, капитала или лица. Такође, изричито је наведено да су појмом услуга обухваћене делатности слободних професија.¹⁷ На основу тога, мора се сматрати да је прекид трудноће, будући да се законито обавља у више држава чланица, медицинска активност која се редовно врши уз накнаду и може се спроводити као део делатности слободних професија.¹⁸ *A fortiori*, јер се према пракси Суда правде на медицинске активности примењује чл. 56 и 57 УФЕУ.¹⁹

Одговарајући на аргументе да се обављање абортуса не може сматрати услугом, јер је „...изразито неморално и подразумева уништење живота људског бића, односно нерођеног детета“,²⁰ Суд правде је заузео став да „каква год да је вредност тих аргумената на моралном плану... није на Суду да својим схватањем мења процену законодавстава држава чланица у којима се такве активности врше легално“.²¹

Пошто је утврђено да медицински прекид трудноће, који се спроводи у складу са прописима државе у којој се обавља, представља услугу,²² било је потребно одредити да ли се забраном дистрибуције наведених информација ограничава слобода пружања услуга. Како је констатовано да је веза између студентских удружења и клиника у другој држави чланици „сувише слаба“,²³ забрана дистрибуције података у тим околностима не може се сматрати као ограничење слободе пружања услуга.²⁴ Да су клинике у питању платиле студентским удружењима за

17 УФЕУ, чл. 57 ст. 2д (*ex УЕЕЗ*, чл. 60, ст. 2д).

18 Предмет C-159/90 *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd v Stephen Grogan and Others* [1991] ECR I-4685, пар. 18.

19 Видети спојене предмете 286/82 и 26/83 *Graziana Luisi and Giuseppe Carbone v Ministero del Tesoro* [1984] ECR 377, пар. 16.

20 *Нав. предмет Гроган*, пар. 19.

21 *Истио*, пар. 20.

22 *Истио*, пар. 21.

23 *Истио*, пар. 24.

24 *Истио*, пар. 27 и 32.

дистрибуцију информација, Суду правде би било теже да избегне негодна уставна питања која су постављена у вези са овим случајем.²⁵

Информације на које се односи питање националног суда нису биле дистрибуиране у име пружаоца услуга настањеног у другој држави чланици. Напротив, њихово објављивање представља вршење слободе говора и слободе да се преносе и примају информације, слобода које су гарантоване Конвенцијом о заштити људских права и основних слобода.²⁶ Управо на том аргументу је био заснован један од приговора тужених у главном поступку. Позивајући се на пресуду у предмету *Elliniki Radiophonia Tileorasi*,²⁷ Суд правде је истакао да, када национално законодавство потпада под област примене комунитарног права, он мора, када је од њега захтевано да одлучи о претходном питању, обезбедити националном суду све елементе неопходне за тумачење, како би се оценила усклађеност тих прописа са основним правима, утврђеним, нарочито, Европском конвенцијом о људским правима, чију заштиту обезбеђује управо Суд.²⁸ Међутим, Суд нема такву надлежност у погледу националних прописа који су изван оквира комунитарног права, као што је то случај у овом предмету, имајући у виду закључак Суда у погледу спорне забране.²⁹

Било је потребно размотрити и аргумент тужених у главном поступку да је забрана у питању, која је била заснована на уставном амандману усвојеном 1983. године, у супротности са тадашњим чл. 62 УЕЕЗ, којим је било предвиђено да државе чланице не смеју уводити нова ограничења слободе пружања услуга, с обзиром да је Уговор ступио на снагу пре поменуте уставне промене.³⁰ Из истих разлога као у случају претходног приговора тужених, чланом 62 УЕЕЗ, који је комплементаран чл. 59, не могу се забранити ограничења која нису обухваћена чл. 59.³¹

25 Siofra O’Leary, „Free Movement of Persons and Services“, у: Paul Craig, Gráinne de Búrca (eds.), *The Evolution of EU Law*, second edition, Oxford, 2011, стр. 530.

26 Видети Конвенција о заштити људских права и основних слобода, чл. 10 ст. 1.

27 Предмет C-260/89 *Elliniki Radiophonia Tileorasi AE and Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou v Dimotiki Etairia Pliroforissis and Sotirios Kouvelas and Nicolaos Avdellas and others* [1991] ECR I-2925.

28 *Истио*, пар. 42. Видети и спојене предмете 60 и 61/84 *Cinéthèque SA and others v Fédération nationale des cinémas français* [1985] ECR 2605, пар. 26; предмет 12/86 *Meryem Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd* [1987] ECR 3719, пар. 28.

29 *Нав. предмет Гроган*, пар. 31.

30 *Истио*, пар. 28.

31 *Истио*, пар. 29.

IV Предмет C-275/92 *Her Majesty's Customs and Excise v Gerhart Schindler and Jörg Schindler*

У предмету *Schindler*,³² Суд правде је утврдио да се организовање лутрије сматра услугом која се редовно пружа уз накнаду, цену тикета.³³ Прекогранични елемент се састојао у томе што су услуге нуђене у држави чланици у којој није настањен организатор лутрије.³⁴ На њену класификацију као услуге није утицало то што је организовање лутрије строго регулисано и непосредно контролисано од стране јавних власти. Лутрија представља уобичајену појаву, и у таквим околностима не може бити сматрана као делатности чија штетна природа проузрокује да буде забрањена у свим државама чланицама и чији се положај према комунитарном праву може упоредити са активностима које се односе на незаконите производе, иако се, као што су то истакле владе појединих држава чланица, уговори о игри или опклади сматрају неважећим у правима одређених држава чланица.³⁵ Што се тиче оспоравања моралности лутрије, Суд правде је поновио став утврђен у предмету *Grogan* о односу схватања Суда и процене законодавца у држави чланици у којој се таква активност обавља законито.³⁶

Националним законодавствима којима се забрањује, уз одређене изузетке, организовање лутрије и којима се тиме у потпуности спречавају организатори из других држава чланица да се промовишу и продају своје тикете, било директно или преко независних агената, ограничава се слобода пружања услуга, чак и ако се примењују без дискриминације. Према пракси Суда правде, забрањена су ограничења слободе пружања услуга, чак и ако се примењује без разлике на домаће пружаоце услуга као и на оне из других држава чланица, када се њиме може забранити, отежати или учинити мање повољном делатност лица настањених у другој држави чланици, у којој законито пружају сличне услуге.³⁷ Суд правде је одредбе чл. 56 УФЕУ (ex. чл. 59 УЕЕЗ) тумачио не само као средство обезбеђења једнаког третмана пружаоца услуга настањених у различитим државама чланицама, већ и као средство уклањања ограничења слободе пружања „интра-комунитарних услуга“.³⁸ Међутим,

32 Предмет C-275/92 *Her Majesty's Customs and Excise v Gerhart Schindler and Jörg Schindler* [1994] ECR I-1039.

33 *Истио*, пар. 16–28 и 37.

34 *Истио*, пар. 29.

35 *Истио*, пар. 32.

36 *Истио*.

37 Предмет C-76/90 *Manfred Säger v Denneweyer & Co. Ltd* [1991] ECR I-4221, пар. 12.

38 José Luís da Cruz Vilaça, „On the Application of Keck in the Field of Free Provision of Services“, у: Mads Andenas, Wulf-Henning Roth (eds.), *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford, 2002, стр. 29.

имајући у виду моралне, религијске и културне аспекте лутрије и других игара на срећу у различитим државама чланицама, државним властима је остављено довољно простора да одреде оно што је потребно да би се играчи заштитили од преваре и да би се одржао друштвени поредак.³⁹ Ти циљеви су у пракси Суда правде већ били признати као легитимни, тј. такви да се њима могу оправдати ограничења слободе пружања услуга.⁴⁰ Специфичне особине лутрије оправдавају ограничења у погледу начина на који се лутријама управља, величине улога и алокације добити која је њима остварена. У таквим околностима, на државама чланицама је да процене, не само да ли је потребно да те делатности ограниче, већ и да ли их треба забранити, под условом да те мере нису дискриминаторне.⁴¹

Мада се пресуда у предмету *Schindler* односи на организовање лутрије, принципи који су у њој изнети и образложени такође важе и за друге упоредиве облике игара на срећу: слот машине,⁴² примање опклада на спортске догађаје,⁴³ апарате за игру,⁴⁴ игре на срећу које се организују у казинима, рулет и игре картама.⁴⁵

V Предмет C-268/99 *Aldona Malgorzata Jany and Others v Staatssecretaris van Justitie* [2001] ECR I-8615

У предмету *Jany*,⁴⁶ Суд правде је, поред осталог, одлучивао о томе да ли се бављење проституцијом може сматрати пружањем услуга уз

39 *Нав. њрегмеѝ Schindler*, пар. 57–59.

40 Видети спојене предмете 110 и 111/78 *Ministère public and “Chambre syndicale des agents artistiques et impresarii de Belgique” ASBL v Willy van Wesemael and others* [1979] ECR 35, пар. 28; предмет 220/83 *Commission of the European Communities v French Republic* [1986] ECR 3663, пар. 20; *нав. њрегмеѝ Koestler*, пар. 5.

41 *Нав. њрегмеѝ Schindler*, пар. 61.

42 Видети предмет C-124/97 *Markku Juhani Läärä, Cotswold Microsystems Ltd and Oy Transatlantic Software Ltd v Kihlakunnansyyttäjät (Jyväskylä) and Suomen valtio (Finnish state)* [1999] ECR I-6067.

43 Видети предмете C-67/98 *Questore di Verona v Diego Zenatti* [1999] ECR I-7289; C-243/01 *Criminal proceedings against Piergiorgio Gambelli and Others* [2003] ECR I-13031; спојене предмете C-338/04, C-359/04 и C-360/04 *Criminal proceedings against Massimiliano Placanica and Others* [2007] ECR I-1891; C-46/08 *Carmen Media Group Ltd v Land Schleswig-Holstein and Innenminister des Landes Schleswig-Holstein* [2010] ECR I-8149.

44 Видети предмет C-6/01 *Associação Nacional de Operadores de Máquinas Recreativas (Anomar) and others v Estado português* [2003] ECR I-8621.

45 Видети предмет C-64/08 *Criminal proceedings against Ernst Engelmann* [2010] ECR I-8219.

46 Предмет C-268/99 *Aldona Malgorzata Jany and Others v Staatssecretaris van Justitie* [2001] ECR I-8615.

накнаду. Као разлози због којих се проституција не може подвести под појам економске активности коју обављају samozапослена лица навођени су: њена противзаконитост, разлози јавног морала и проблеми у утврђивању и контролисању да ли су особе које се баве таквом делатношћу способне да поступају слободно и да ли су, стога, у прикривеном радном односу.⁴⁷

У већини држава чланица проституција није забрањена, штавише, она је толерисана, па чак и регулисана.⁴⁸ Што се тиче њене неморалне природе, Суд правде је истакао да треба имати у виду, као што је већ раније утврђено у предметима *Grogan* и *Schindler*, да није на Суду да својим схватањем мења процену законодаваца држава чланица у којима се, наводно, неморалне активности обављају легално.⁴⁹ Због тога што је тешко контролисати независност и слободу деловања лица која се баве проституцијом, не може се поћи од претпоставке да бављење проституцијом подразумева постојање прикривеног радног односа.⁵⁰ Национални суд ће у сваком конкретном случају, на основу изведених доказа, утврдити да ли се лице у питању проституцијом бави као samozапослено лице, тј.: изван сваког односа субординације у погледу избора делатности, услова рада и накнаде; уз његову сопствену одговорност; и у замену за накнаду која се њему плаћа директно и у потпуности.⁵¹ Уколико су наведени услови испуњени, бављење проституцијом се сматра пружањем услуга уз накнаду.⁵²

Државе чланице, ипак, могу одступити од примене одредби којима се регулише слобода пружања услуга, поред осталог, у циљу заштите јавног поретка. Позивајући се на пресуде у предметима *Adoui and Cornuaille*⁵³ и *Calfa*,⁵⁴ Суд правде је истакао да је потребно, да би се такво одступање применило, да постоји истинска и довољно озбиљна претња једном од битних интереса друштва.⁵⁵ Мада, комунитарним правом државама чланицама није наметнута једнообразна скала вредности у погледу процене понашања које може бити сматрано као противно јавном поретку, ограничење слободе пружања услуга које се односи на

47 *Истио*, пар. 51.

48 *Истио*, пар. 57.

49 *Истио*, пар. 56.

50 *Истио*, пар. 67.

51 *Истио*, пар. 70.

52 *Истио*, пар. 49, 50. и 71.

53 Спојени предмети 115 и 116/81 *Rezguia Adoui v Belgian State and City of Liège; Dominique Cornuaille v Belgian State* [1982] ECR 1665.

54 Предмет C-348/96 *Criminal proceedings against Donatella Calfa* [1999] ECR I-11.

55 Видети нав. *у предмету Adoui and Cornuaille*, пар. 8; нав. *у предмету Calfa*, пар. 21.

држављане друге државе чланице, не може бити оправдано ако, у односу на исту делатност коју предузимају држављани прве државе, нису прописане рестриктивне, или друге ефикасне мере, које за циљ имају сузбијање таквог понашања.⁵⁶

VI Предмет C-137/09 *Marc Michel Josemans v Burgemeester van Maastricht*

За разлику од проституције, маркетинг опојних дрога, укључујући и оне добијене из конопље, као што је канабис, је забрањен у свим државама чланицама, како на основу међународног права, тако и према праву Европске уније, изузев дистрибуције, строго контролисане од стране надлежних органа, за медицинске или научне сврхе. У складу са тим, Суд правде је у предмету *Josemans*⁵⁷ одлучио да се власници тзв. марихуана кафеа не могу позвати на одредбе о слободи пружања услуга као приговор против општинских прописа којима се забрањује приступ таквим објектима нерезидентима, док им је такво право признато у односу на делатност кетеринга.⁵⁸

У погледу пружања кетеринг услуга у таквим кафеима, пресуђено је да, иако се општинским прописима ограничава слобода пружања услуга, ограничења су оправдана потребом сузбијања нарко туризма и проблема који су њиме изазвани, као облика борбе против опојних дрога.⁵⁹ Она се тиче одржавање јавног поретка и заштите здравља грађана на нивоу државе чланице, али, такође, и на нивоу Уније. Када је у питању могућност усвајања мање рестриктивних мера, конкретније, дозвољавање нерезидентима да посећују кафеу уз забрану да им се продаје канабис, мора се истаћи да није лако са тачношћу проверавати и надгледати да ли се опојне дроге служе нерезидентима или се од њих конзумирају.⁶⁰ Осим тога, постоји опасност да би таквим приступом била подстакнута илегална трговина или препродаја канабиса од стране резидената нерезидентима унутар таквих објеката.⁶¹ Не може се сматрати да је неконзистентно за државу чланицу да усвоји прикладне мере које се односе на велики прилив резидената других држава чланица, који желе да се користе тиме што је маркетинг канабиса толерисан у

56 Нав. *прегметџ Adoui and Cornuaille*, пар. 8; нав. *прегметџ Jany*, пар. 60 и 61.

57 Предмет C-137/09 *Marc Michel Josemans v Burgemeester van Maastricht* [2010] ECR I-13019.

58 *Истио*, пар. 54.

59 *Истио*, пар. 84.

60 *Истио*, пар. 81.

61 *Истио*.

тој држави чланици, при чему је продаја таквих производа забрањена у свим државама чланицама.⁶²

VII Закључак

Иако се чини да услуге које се пружају морају бити законите, то не значи да их све државе чланице морају сматрати таквим да би представљале услуге у смислу одредби чл. 56 и 57 УФЕУ. Ако су законите у неким државама чланицама, активности које се предузимају уз накнаду могу се сматрати услугама. Такве услуге тичу се осетљивих области националне друштвене и економске политике. Државе чланице, ипак, задржавају право да ограниче вршење таквих услуга у складу са легитимним интересима признатим правом Европске уније. Рестриктивне мере морају, у сваком случају, бити погодне за остварење постављених циљева и њима се не сме ићи преко онога што је потребно за њихово постизање, морају бити у складу са општим правним принципима, а нарочито са основним правима, чије поштовање обезбеђује Суд правде, а која проистичу, поготову, из Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода и морају се примењивати без дискриминације.

Jovan VUJIĆIĆ

Junior Faculty Member at the Faculty of Law University of Kragujevac

THE NOTION OF SERVICES IN EU LAW

Summary

Appropriate application of provisions concerning the freedom to provide services assumes preliminary determination of relevant field of its application. Services shall be considered to be services within the meaning of the Treaty on the Functioning of the European Union where they are normally provided for remuneration, in so far as they are not governed by the provisions relating to freedom of movement for goods, capital and persons. Services shall in particular include activities of an industrial character, activities of a commercial character, activities of craftsmen and activities of the professions. In several cases the question of illegal or immoral services have raised, activities which are lawful in some Member States, but not in others. From analyzed judgments of The Court

⁶² *Исцо*, пар. 78.

of Justice, we can conclude that such activities could be considered to be service within the meaning of the Articles 56 and 57 TFEU. However, Member States may restrict such services in accordance with legitimate aims acknowledged by EU law, whereby the restrictions must be applied without discrimination, must be proportionate and must be in accordance with the general principles of law and in particular of fundamental rights, the observance of which the Court ensures.

Key words: *EU law, the freedom to provide services, services, restrictions of freedom to provide services.*

Марија МРКШИЋ, мастер
студент докторских студија на Правном факултету
Универзитета у Новом Саду

Јована ЂУРИЧИЋ, мастер
студент докторских студија на Правном факултету
Универзитета у Новом Саду

ПРИМЕНА *SOFT LAW* ИЗВОРА НА РЕГУЛИСАЊЕ ЈАВНО-ПРИВАТНОГ ПАРТНЕРСТВА У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ

Резиме

*Јавно-приватно партнерство је релативно нови институцији у међународној пракси. Државе су се претежно одредиле да овај институцији дејствено регулишу својим националним законодавством. Међутим, посматрано на међународном нивоу, обавезујући извори права у овој области су реткости. Фокусирајући испрживање на изворе права којима је регулисано јавно-приватно партнерство у Европској унији, аутори овој рада уочили су широку примену *soft law* извора (извора мекој права). У Европској унији развијени су институцији унификације и хармонизације права, али у домену јавно-приватног партнерства није институцији сапласности у погледу начина регулисања. Уређење поменути области *soft law* изворима (смерницама, саопштењима и слично) има своје предности које се, пре свега, односе на њихову практичност, прилагодљивост и лакшу променљивост. *Soft law* извори често представљају припрему за будуће законодавство где се од инструктивних добијају обавезујуће норме и воде све већој конвергенцији различитих правних традиција у контексти ширег процеса глобализације. Намера аутора овој рада је да укажу на адекватност и оправданост коришћења *soft law* извора при*

регулисању јавно-приватног партнерства у Европској унији, у којој је овај институционални значајан за развој инфраструктуре и обављања делатности од општег интереса.

Кључне речи: *јавно-приватно партнерство, soft law извори, хармонизација права, Европска унија.*

І Увод

Јавно-приватно партнерство је концепт познат у области остваривања јавног интереса и развоја инфраструктуре. Такође, говори се о њему као алтернативи приватизације јавних предузећа, јер представља начин задржавања контроле над пословањем предузећа која врше делатност од јавног интереса. Не може се поистоветити са било којом сарадњом јавног и приватног сектора. Потребно је да та сарадња има за циљ финансирање, изградњу, реконструкцију, управљање или одржавање инфраструктурних и других објеката од јавног значаја или пружање услуга од јавног значаја.

Почетне фазе настанка јавно-приватног партнерства имале су своје упориште у концепту тзв. иницијативе приватног финансирања. Сврха учешћа приватног партнера у овој врсти сарадње била је искључиво у обезбеђивању финансијских средстава за реализацију инфраструктурних пројеката, који услед буџетских ограничења дуго не би могли бити реализовани. Временом се обезбеђење инфраструктурних добара и услуга почело препуштати приватном сектору, а јавни сектор задржава функцију мониторинга и улогу гаранта изградње и коришћења инфраструктурних објеката.

Данас се концепт јавно-приватног партнерства сматра најбољим моделом улагања у јавну инфраструктуру и јавни сектор уопште, јер удруживањем државе и финансијера из приватног сектора могу се добро искористити њихове појединачне предности. Резултат настанка јавно-приватног партнерства је, дакле, остваривање обостране користи, а не вршење доминантног утицаја од стране јавноправног партнера. Јавноправни и приватноправни партнер удружују се ради сарадње, а не ради ступања у конкурентски однос.

Постоји више модалитета јавно-приватног партнерства. Најзначајнија је подела на уговорно и институционално јавно-приватно партнерство. Уговорно се заснива на уговорним везама јавног и приватног партнера, а приватни партнер је укључен у пројектовање, финансирање и управљање услугом, док институционално подразумева оснивање новог

правног лица у заједничком власништву поменуто два партнера, који сарађују ради реализације одређеног пројекта или пружања одређених услуга, при чему постоји потреба да јавни партнер задржи део контроле и надзора над пружањем тих услуга.¹ Ова подела први пут се помиње у једном од најважнијих докумената којим је регулисано јавно-приватно партнерство у Европској унији – Зеленој књизи о јавно-приватном партнерству и праву Заједнице о јавним уговорима и концесијама (енгл. *Green Paper on Public private partnerships and community law on public contracts and concessions*) из 2004. године, која припада изворима меког права.

II Појам *soft law* извора

Soft law материја представља веома динамичну, иновативну, али и контроверзну појаву у оквиру модерних тенденција развоја међународног права уопште и права Европске уније. Како у научним круговима, тако и у пракси, прихваћена је чињеница постојања *soft law*-а, међутим универзална дефиниција овог појма хетерогеног састава изостаје услед две основне тешкоће које се појављују приликом његовог одређивања, а то су проблеми који се тичу јасног разликовања *soft law*-а и *hard law*-а (меког и тврдог права), као и ширине онога што би се под *soft law*-ом подразумевало.

Меко право се може посматрати као синтеза међуутицаја појединих најадекватнијих националних решења за конкретну област из позитивноправне материје европских земаља, али и као појава настала услед приближавања евроконтиненталног и англосаксонског правног система. Као скуп несанкционисаних норми које остављају широк дискрециони простор правним субјектима за њихову примену, *soft law* пружа вишеструке могућности за употребу и показао се као адекватан инструмент међународноправног регулисања због ефикасних решења и флуидног, лако променљивог, састава.

У правној теорији постоје веома опречне дефиниције овог појма. Неки аутори сматрају да се *soft law* најбоље разуме као континуум или спектрум између у целости обавезујућих договора и пуких политичких ставова.² Такође, га дефинишу као необавезујућа правила или инструменте који иако такве природе, стварају очекивања у погледу будућег

1 Концесије представљају облик уговорног јавно-приватног партнерства у коме се јавним уговором уређује коришћење природног богатства, добра у општој употреби и обављање делатности од општег интереса.

2 Andrew Guzman, Timothy Meyer, „International soft law“, *Journal of Legal Analysis*, бр. 1/2010, стр. 173.

понашања.³ Постоји и схватање да су *soft law* нормe и поред тога што нису санкционисане, креиране с очекивањем да ће им бити дата снага права или кроз национална законодавства држава или кроз обавезујући међународни споразум. Меко право, управо, може бити окидач или основа за настајање домаћих правних правила или с друге стране, средство тумачења чврстог права у датој области.⁴

Меко право се одређује и као необезбеђени нормативни оквир чија је примена условљена искључиво вољом субјеката на које се норма односи. Поменути нормативни оквир обухватио би све оно што у погледу форме личи на право, има облик правног акта, попут декларација, препорука и слично. Номотехничка структура меког права је оно што га разликује од пуких политичких обећања, док правна необавезност и примена која зависи искључиво од добре воље онога на кога се односи јесу елементи који разликују меко право у односу на позитивно право, односно право у објективном и субјективном смислу.⁵

На сличан начин се поједини теоретичари опредељују да дефинишу *soft law* као правила деловања која немају правно обавезујућу снагу, али ипак производе правне последице у практичном смислу, притом чинећи нејасном линију између права и неправa.⁶

За потребе овог рада *soft law* можемо одредити као скуп необавезујућих правила, тј. норми без правних санкција, које не настају кроз уобичајене легислативне процедуре, а које су као квазилегални инструменти различитих појавних облика све учесталије примењивани.

III Значај *soft law* извора у савременој међународној пракси

У односу на евентуалне међународне конвенције које би се доносили у оквиру међународних организација, а усвајале на дипломатским конференцијама, *soft law* показује извесне предности. Проблем који се у погледу међународних конвенција може појавити тиче се њиховог компромисног карактера, који је последица потребе да се кроз конвенцију помире економске супротности између држава које ће је примењивати. Осим тога, постојање два велика и различита правна система, евроконтиненталног (и у оквиру њега три правна круга: романски, германски

3 A. Guzman, T. Meyer, *нав. чланак*, стр. 175.

4 Timothy Meyer, „Soft Law as Delegation“, *Scholarly works Georgia Law*, 2009, стр. 906.

5 Доминик Вулетић, „Правни аспекти Лисабонске стратегије и будући изазови – разрада с мотришта правне природе меког права (*soft law*)“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, бр. 3/2011, стр. 1013.

6 Francis Snyder, „The Effectiveness of European Community Law“, у: Terence Daintith (ed.), *Implementing EC Law in the UK*, London, 1995, стр. 51–87.

и скандинавски) и англосаксонског система, ствара додатне тешкоће у формулисању правила. Све те различитости потребно је ускладити, а то је могуће једино компромисом који некада доводи до тога да су решења у међународним конвенцијама недовољно јасна. Та околност захтева додатно тумачење конвенцијских одредби и ствара извесне тешкоће у пракси.⁷

С обзиром на чињеницу да прописи тврдог права морају бити сачињени на начин да подстичу државе на њихово усвајање, присутна је снажна тенденција ка стварању инструмената који ће рефлектовати правничку традицију земаља чије се прихватање очекује. Изискивање таквог нивоа прихватљивости *hard law* извора ствара неумитно и тешкоће у погледу потребног времена за његову адаптацију, као што и ствара проблеме у контексту конкретне садржине резултирајуће конвенције.⁸

Творци конвенције, дакле, неретко зарад ратификације од стране што већег броја земаља неће изискивати налажење најквалитетнијег решења, већ оног које ће бити најприхватљивије већини држава. Такав приступ често за последицу има уређење дате правне области неинвентивним, уопштеним, ригидним и фиксним правилима. С друге стране, *soft law* прописи нису под истом врстом притиска да буду у највишем могућем степену демократски хармонизовани с постојећим националним законодавствима. Њихови творци се управо оријентишу најбољим, најактуелнијим решењима који могу потицати било из правних или неправних извора.

Припрема *hard law* извора по правилу представља дугорочан процес у циљу изналагања компромисних решења, а који је последично скопчан са великим административним, политичким и бирократским трошковима. Стога се као предност *soft law* прописа наводи и економичност, као и чињеница да је, када се једном донесе акт меког права, остављен широк простор за расправе међу стручном јавношћу, док рецимо конвенција може само изазвати ставове за и против. Међу недостацима конвенција истичу се и дуготрајна, сложена и неопходна ратификација, као и компликован поступак њене евентуалне измене иако специјализација делатности и сложеност свеукупних привредних околности захтева спремност на ефикасно и брзо прилагођавање.

7 Душанка Ђурђевић, „Нацрт заједничког референтног оквира за европско приватно право из 2009. године“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2/2010, стр. 66.

8 Henry Deeb Gabriel, „Advantages of Soft Law in International Commercial Law: The Role of UNIDROIT, UNCITRAL, and the Hague Conference“, *Brooklyn Journal of International Law*, 2009, стр. 664.

У том смислу, предност меког права почива на чињеницама да је флуидније, лакше променљиво, подложно поновном преговарању и једноставнијем мењању. Флексибилност ових мера јединствена је и даје одличне дугорочне резултате, управо због могућности промене након одређеног периода услед другачијих услова, потреба, могућности, а као одговор на тренутну политичку и економску реалност. *Soft law* је последица стварања норми које би одговарале практичној примени, а уколико се након дебате створи потреба за изменом неког правила, због меког садржаја документа могуће је лакша алтернатива дискутабилног дела. То је последица чињенице да је субјектима остављен шири дискрециони простор за примену ових норми, већа је ефикасност меког права у односу на неке друге изворе права, нпр. међународни обичај коме је потребно одређено време да постане обавезан или међународни споразум због више уложеног времена и већег ангажовања субјеката који га стварају.

Након истицања квалитета *soft law* извора који нису оптерећени компромисним захтевима, наглашавања значаја веће брзине и мањих трошкова приликом њиховог стварања у односу на *hard law* прописе, и након указивања на погодности које пружају услед њихове флексибилности и лакше ревизије у случају постављања таквих захтева ради усклађивања са актуелним дешавањима, сматрамо потребним нагласити и користи које произлазе из чињенице да меки извори права не садрже санкцију за непоштовање тих норми.

Иако најдискутабилније обележје меког права, услед чега му поједини аутори чак и одричу својство права или извора права, често ће управо одсуство принуде бити одлучујући фактор за доношење одлуке о примени ових норми.⁹ У академским круговима се истиче да су поједини *soft law* документи успешни баш због тога што нису обавезујући, што се не стварају под одређујућим политичким диктатом и не представљају претњу националним правним системима. Они јесу дизајнирани тако да врше унификацију, али остављају адресатима простор да одреде до којих размера ће их користити у решавању појединог проблема.¹⁰ Последице, *soft law* у великој мери одговара процесима унификације и хармонизације, односно представља савременије облике унификације. Ови извори се доста користе управо због своје еластичности и погодности за примену, јер не захтевају никакве посебне формалности.¹¹

У пракси ће се приступити регулисању неког правног питања путем *soft law* инструмента онда када не постоји сагласност у довољној

9 A. Guzman, T. Meyer, *нав. чланак*, стр. 172.

10 H. D. Gabriel, *нав. чланак*, стр. 660.

11 Иванка Спасић, „UNIDROIT – допринос унификацији неких од најважнијих питања међународног трговинског права“, *Стирани љавни живои*, бр. 2/2009, Београд, стр. 32.

мери да се то питање уреди *hard law* изворима. У ситуацији у којој је питање од значаја још увек немогуће уредити конвенцијом, уредбом или директивом, активност органа ЕУ усмерена је на изналагање алтернативних начина. Дакле, релевантни ставови ће бити заступљени на мање инвазиван начин путем *soft law* прописа, остављајући државама чланицама и другим адресатима избор њихове имплементације на основу квалитета у њима садржаних решења.

Творци меког права у виду смерница, акцијских програма, начела или зелених књига изражавају намеру да будуће активности буду усмерене на доношење обавезујућих прописа. На тај начин донети документ даје времена адресатима да своје понашање ускладе са диспозицијом норме како би у будућности избегли санкцију, те тако *soft law* прераста у *hard law* и често представља први корак на том путу. То се нарочито дешава у осетљивим областима, попут области регулисања јавно-приватног партнерства, где доношење тврдог права не би одмах добило праву шансу, него би претпостављамо наишло на негативне реакције. Решење које треба да се донесе уз тешкоће би прошло законодавну процедуру, а још теже друштвено прихватање. Тако *soft law* представља припрему за будуће законодавство где се од инструктивних добијају обавезујуће норме.¹² О њему се говори као о пред-праву, уводу у санкционисане норме.¹³

IV Место *soft law* извора у класификацији извора права у Европској унији

Универзално прихваћено разврставање формалних извора права у Европској унији је на примарне и секундарне. Прве стварају државе чланице приликом уређивања међусобних односа и Европска унија на основу сопственог уговорног капацитета, као субјекат међународног права, закључивањем споразума са трећим државама и међународним организацијама. Ови извори се могу поделити на уговоре о оснивању са изменама и допунама и анексима и протоколима, затим споразуме које је Заједница закључила са трећим државама и међународним организацијама и које ће убудуће закључивати Европска унија и на трећем месту су општа правна начела.¹⁴

12 Душан Аврамовић, „Омекшавање права ка међународној владавини права“, *Српска јолијичка мисао*, бр. 2/2001, Београд, 2001, стр. 268.

13 Hartmut Hillgenberg, „A Fresh Look at Soft Law“, *European Journal of International Law*, 1999, стр. 502.

14 Радован Вукадиновић, *Увод у инстинцију и право Европске Уније*, Крагујевац, 2010, стр. 123.

С друге стране, секундарни извори права ЕУ, или секундарно законодавство, стварају органи Уније: пре свега Савет и Комисија, уз учешће Европског парламента. У секундарне или изведене изворе спадају уредбе, упутства или директиве и одлуке, као обавезујући акти, и препоруке, мишљења и други такозвани „неименовани акти“ као необавезујући акти.¹⁵

Међутим, поред ове стандардне поделе на примарне и секундарне изворе права, правац развоја нормативне активности, како у свету, тако и у ЕУ, условио је доктринарно преиспитавање донедавно постојаних теоријских поставки.

С обзиром на значај, заступљеност и квалитет решења *soft law* прописа, сматрамо оправданим нову тезу о њима као о терцијарним изворима права унутар Европске уније. Такви терцијарни извори (у које би се убрајали препоруке и мишљења као традиционално секундарни извори ЕУ) испуњавају претправну, постправну, те параправну функцију у политичком и правном саставу Европске уније.¹⁶ Аргументовано се истиче да меко право може стварати *de facto* правне учинке,¹⁷ што их разликује од правно обавезујућих норми (које стварају *de jure* правне учинке), те од оног што не улази у заједнички опсег појма право и меко право (које не ствара никакве правне учинке).¹⁸

Облици у којима се *soft law* манифестује су многобројни и крајње хетерогеног типа. Могу се појавити у виду смерница и оквира за одлучивање (енгл. *decisional guidelines and frameworks*), акцијских програма (енгл. *action programs*), начела или принципа (енгл. *principles*), препорука (енгл. *recommendations*), мишљења (енгл. *opinions*), модел закона, модел уговора, декларација (енгл. *declarations*), резолуција (енгл. *resolutions*), повеља (енгл. *charters*). Међутим, од највећег значаја за уређење области јавно приватног партнерства, института чије правно регулисање представља предмет истраживања у овом раду, су тзв. водичи (енгл. *guidelines*), комуникације или саопштења (енгл. *communications*), беле књиге (енгл. *white papers*), зелене књиге (енгл. *green papers*) и управо ови *soft law* прописи биће предмет даље анализе.

V Правни оквир јавно-приватног партнерства у Европској унији

Иако досадашња искуства сведоче о регулисању института из области страних улагања обавезујућим секундарним изворима права, пре

15 Р. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 135.

16 Lisa Senden, *Soft Law in European Community Law*, Oxford, 2004, стр. 31.

17 L. Senden, *нав. дело*, стр. 241.

18 Д. Вулетих, *нав. чланак*, стр. 1016.

свега директивама, јавно-приватно партнерство као релативно нови институт у савременој међународној пракси није регулисано поменути изворима права у Европској унији. Европска комисија (у даљем тексту: Комисија) је изнела став у прилог тој чињеници да јавно-приватно партнерство не представља самостални правни институт у праву Европске уније, већ модел сарадње између јавноправног и приватноправног партнера, при чему је избор приватноправног партнера слободан уз уважавање правила конкуренције. Због тога је овај институт регулисан *soft law* изворима, а пре свега: Смерницама Европске комисије за успешно јавно-приватно партнерство из 2003. године¹⁹ и Зеленом књигом Европске комисије о јавно-приватном партнерству и праву Заједнице о јавним уговорима и концесијама из 2004. године.²⁰

Зелена књига је документ чије норме не обавезују, а представља најчешће први корак у доношењу обавезујућег правног акта. Најчешће овај документ циркулише међу заинтересованим странама, које се позивају да се прикључе процесу консултација и дебата на одређену тему, а све у циљу постизања консензуса пре сачињавања званичног става и његовог имплементирања у обавезујући правни акт.²¹ Зелена књига о јавно-приватном партнерству и праву Заједнице о јавним уговорима и концесијама (у даљем тексту: Зелена књига о јавно-приватном партнерству), коју је донела Европска комисија, је документ који је требало да подстакне дискусију на европском нивоу о теми коју уређује.

У време када се поставило питање регулисања института јавно-приватног партнерства Европски парламент је позвао Комисију да испита могућност доношења директиве, којом би се увела јединствена правила за концесије и друге облике јавно-приватног партнерства. Међутим, Комисија је остала при ставу да је доношење Зелене књиге о јавно-приватном партнерству боље решење, јер ће отворити дискусију о томе на који начин може да се реализује концепт јавно-приватног партнерства без нарушавања конкуренције и без правних недоумица. Дискусија је требало да се води око двадесет и два питања која су садржана у Зеленој књизи о јавно-приватном партнерству, а која се односе на процедурални оквир избора приватноправног партнера, установљавање приватне иницијативе у јавно-приватном партнерству,

19 Guidelines for Successful Public – Private Partnerships, Brussels, 2003, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/ppp_en.pdf.

20 Green Paper on Public private partnerships and community law on public contracts and concessions, 2004, доступно на адреси: http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=en&type_doc=COMfinal&an_doc=2004&nu_doc=327.

21 Green paper in Business Dictionary, доступно на адреси: <http://www.businessdictionary.com/definition/green-paper.html#ixzz2O1Bepq58>.

уговорни оквир и промене које су учињене у погледу јавно-приватног партнерства, подуговарање и значај ефективне конкуренције код институционалног јавно-приватног партнерства.²² Комисија се у Зеленој књизи о јавно– приватном партнерству осврнула и на судску праксу, те излажући правила из ове области упућивала и на релевантне одлуке Европског суда правде.

Овај документ према намери Комисије требало је да буде иницијатор дискусије и давања конкретних решења у области јавно-приватног партнерства, при чему би се након прикупљања предлога и сумирања конкретних резултата прешло на израду одређених прописа. Конкретна решења нашла би своје место или у обавезујућим прописима или интерпретативним саопштењима, а утицала би на бољу координацију националних активности или размену најбољих примера из праксе међу државама чланицама.²³ Такође, Зелена књига о јавно-приватном партнерству је донета да би се истражило да ли се Уговор о оснивању ЕЗ и секундарни извори права могу применити на институт јавно-приватног партнерства и да ли би те норме биле довољне за регулисање овог института. Комисија је позвала све заинтересоване да шаљу своје коментаре на питања постављена у Зеленој књизи. На бази примљених предлога Комисија се обавезала да ће извести закључке и где буде могуће предузети конкретне иницијативе.

Зелена књига о јавно-приватном партнерству такође илуструје ток и исход расправе која је постојала у Европској унији о примени права Европске уније које се односи на јавне набавке и концесије. Она заправо образлаже феномен јавно-приватног партнерства из перспективе права Европске уније о јавним набавкама и концесијама. Треба имати у виду да јавно-приватно партнерство настаје када јавноправни партнер кроз процедуру јавних набавки најчешће, али и на други начин селекује свог будућег приватноправног партнера, а овај документ је донет са циљем да покаже која правила Европске уније могу да се примене на избор приватноправног партнера, али и која правила могу да се примењују у каснијим фазама. У Зеленој књизи можемо пронаћи и упућивања на одређене секундарне изворе права, пре свега директиве, којима се уређују услови и начин реализације јавних набавки, као и на поједине директиве којима су појединачно регулисани јавни уговори и концесије.²⁴ Дакле, о јавно-приватном партнерству као институту у

22 Green paper on public – private partnerships, Summaries of EU legislation, доступно на адреси: http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/public_procurement/l22012_en.htm.

23 Green paper on public – private partnerships, Summaries of EU legislation.

24 Вид. Directive 92/50/EEC, Directive 93/37/EEC, Directive 93/38/EEC, Directive 2004/18/EC.

Европској унији не постоји уредба или директива као обавезујући секундарни извор права којим би оно било регулисано, али о одређеним питањима из области јавно – приватног партнерства, пре свега о јавним набавкама, извори тог типа постоје.

Из групе *soft law* извора којима је јавно-приватно партнерство регулисано у Европској унији издвајају се и одређена саопштења која се односе на концесије као облик јавно-приватног партнерства и јавне набавке. Интерпретативним саопштењем о концесијама и праву Заједнице у погледу јавних набавки²⁵ из 2000. године оквирно је дефинисан концепт концесија у праву Заједнице и обавезе које јавне власти морају да испуне у поступку одабира приватноправног партнера коме ће доделити концесију. Касније је уследило доношење разних других саопштења, предметно везаних за материју о којој говоримо. Најзначајнија су: Саопштење Комисије Европском парламенту, Савету, Европском економско-социјалном комитету и Комитету региона о јавно-приватном партнерству и праву Заједнице о јавним набавкама и концесијама из 2005. године, које представља заправо резултат дискусије која је иницирана Зеленом књигом о јавно-приватном партнерству.²⁶ Касније је донето и Интерпретативно саопштење Комисије о примени права Заједнице о јавним набавкама и концесијама на институционални облик јавно-приватног партнерства из 2008. године,²⁷ као и Саопштење Комисије Европском Парламенту, Савету, Европском економско-социјалном комитету и Комитету региона о ангажовању приватних и јавних инвестиција за опоравак и дугорочне структурне промене: развој јавно-приватног партнерства, из 2009. године.²⁸

Значајне као документ којим се уређује јавно-приватно партнерство у Европској унији јесу и Смернице за успешно јавно-приватно

25 Interpretive Communication on concessions and Community public procurement law, Brussels, 2000, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:121:0002:0013:EN:PDF>.

26 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on public – private partnerships and Community law on public procurement and concessions, Brussels, 2005, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0569:FIN:en:PDF>.

27 Commission interpretative communication on the application of Community law on Public Procurement and Concessions to institutionalised PPP (IPPP), Brussels, 2008, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:091:0004:0009:EN:PDF>.

28 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Mobilising private and public investment for recovery and long term structural change: developing Public Private Partnerships, Brussels, 2008, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52009DC0615:EN:NOT>.

партнерство које је донела Комисија 2003. године.²⁹ Поново је реч о извору права који припада групи *soft law* извора. Циљ доношења ових Смерница био је да се издвоје основни проблеми и предложи мере за будуће правно регулисање овог модела, што омогућава привредницима из ЕУ да се приближе јавном сектору на начин који не нарушава слободну конкуренцију предвиђену Уговором о функционисању Европске уније. Истовремено, поменуте Смернице представљају *sui generis* водич за јавноправне субјекте у погледу тога како да закључе и реализују уговоре у домену јавно-приватног партнерства.

У правни оквир јавно-приватног партнерства у Европској унији можемо сврстати и релевантне одредбе Уговора о функционисању Европске уније (у даљем тексту: УФЕУ), као примарног и најважнијег извора права у Европској унији. То су пре свега одредбе које садрже општа начела, попут начела о слободи оснивања и слободи пружања услуга (вид. чл. 49–62 УФЕУ), а која обухватају начело транспарентности, једнаког третмана, пропорционалности и узајамног признавања. Такође, у овој области су примењиве и одредбе УФЕУ које се односе на заштиту конкуренције (чл. 101–109 УФЕУ).

Најзначајнија новина и конкретан корак у регулисању концесија као облика јавно-приватног партнерства обавезујућим изворима права јесте то што је Европска комисија 2011. године сачинила Предлог упутства о додели уговора о концесијама (енгл. *Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts*).³⁰ Концесије нису биле у прошлости свеобухватно регулисане једним правним актом. Уговор о оснивању ЕЗ није дефинисао концесије. Концесије за јавне радове биле су регулисане Директивом 93/37/ЕЕЗ о концесијама за јавне радове. Концесије за услуге дефинисане су тек Директивом 2004/18/ЕЗ, али ни она их не регулише детаљно. На њих се стога примењују правила и принципи који су садржани раније у Уговору о оснивању ЕЗ, а данас у Уговору о функционисању Европске уније.

Ако се поље посматрања правног регулисања концесија сузи на државе чланице Европске уније, наилази се на шаренило у погледу начина регулисања овог института. Наиме, у овим државама не постоје усаглашена правила која се односе на доделу концесија. Иако државе чланице имају слободу да то питање детаљно уреде, ретке су се определиле за детаљно регулисање концесија за јавне радове и концесија за услуге него питање избора концесионара решавају од случаја до случаја.

29 Guidelines for successful public – private partnership, Brussels, 2003, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/ppp_en.pdf.

30 Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts, Brussels, 2011, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/COM2011_897_en.pdf.

То може бити проблем када је потребно организовати пројекте из ове области на нивоу Европске уније. Неке државе су ипак ово питање детаљно регулисале националним законодавством: Шпанија 2003. године, Италија 1994. године и Француска 1993. године.³¹

Регулисање јавно-приватног партнерства у државама чланицама Европске уније није ништа мање шарено. Хармонизација у овој области није постигнута у потпуности. Неке државе су ову област уредиле посебним законима, друге у оквиру постојећег законодавства у домену јавних набавки, треће прилагођавањем постојећих закона новим захтевима, а неке у оквиру секторских прописа или доношењем једнократних одлука.

VI Закључак

Јавно-приватно партнерство као институт развијао се релативно брзо последњих година. Смернице Европске комисије дефинишу га као партнерство између јавног и приватног сектора у сврху реализације пројекта или услуга које традиционално пружа јавни сектор. Постао је значајан чинилац у структури буџета у већини држава, мада се финансијски допринос највише очекује од приватног сектора. Оно служи да би се успешно реализовале услуге од јавног интереса, а његовим развојем држава као привредноправни субјект значајно мења улогу у привреди, при чему од кључног субјекта у обављању одређених делатности, пре свега делатности од општег интереса, она постаје организатор и неко ко уређује и контролише рад у одређеним привредноправним областима.

С обзиром на то да се пракса јавно-приватног партнерства као и свест о овом институту још увек развија, нису се створили потребни услови за једнообразно регулисање ове материје путем свеобухватне конвенције или другог извора *hard law*-а. Специјализација делатности и сложеност свеукупне привредне структуре стварају растућу потребу за појавним облицима меког права као новог чиниоца у европском праву. У раду смо аргументовали тезу да *soft law* извори показују извесне предности у односу на међународне конвенције јер су између осталог прикладни и корисни као решења када не постоје економски или политички услови за доношење извора на међународном нивоу чије непримењивање би било санкционисано. Уместо да проблематична област о којој нема уједначеног става остане неуређена, постоји могућност да путем меког права буде алтернативно регулисана, а да касније снагом својих аргумената из можемо рећи својеврсних пилот пројеката буде трансформисана у конвенционалније правне облике.

31 Податак из Зелене књиге о јавно-приватном партнерству.

С аспекта јавно-приватног партнерства примена *soft law* извора на његово регулисање показало се као добро решење, јер је на тај начин избегнуто санкционисање у случају различитог приступа овом институту од стране држава чланица. Оне су водећи се предложеним решењима, која је махом Европска комисија сажела у различита документа која припадају *soft law* изворима, уредили своје национално законодавство у погледу овог питања на начин који њиховом правном систему највише одговара. Највећа корист која из оваквог решења произлази тиче се уважавања ставова држава чланица Европске уније да делатност свог јавног сектора у погледу остваривања јавног интереса и развоја инфраструктуре регулишу на начин који њиховом државном уређењу највише погодује. Решавање овог питања на међудржавном нивоу у смислу доношења обавезујућих те санкционисаних правних правила, захтевао би усвајање јединственог става у погледу обављања делатности од општег интереса, као стандарда који се разликује по обиму од државе до државе, а с друге стране било би потребно формулисати јединствен поглед на концепт развоја инфраструктуре, што би такође наишло на препреке пре свега због разлика у привредном развоју између држава чланица и могућности да све државе подједнако спроводе обавезујућа правила за која евентуално не би имала довољно инфраструктурних и техничких услова. Зато, када би се тражила алтернатива регулисању јавно-приватног партнерства у Европској унији, уредба као опција не би била добра због своје директне примене, али о директиви као обавезујућем секундарном извору права већ би се могло размишљати.

Marija MRKŠIĆ, M.A.

PhD Candidate at the Faculty of Law University of Novi Sad

Jovana ĐURIČIĆ, M.A.

PhD Candidate at the Faculty of Law University of Novi Sad

USING SOFT LAW SOURCES FOR REGULATING PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP IN EUROPEAN UNION

Summary

Public private partnership is a relatively new institution in international practice. States have in general decided to regulate it in detail through their own national legislation. However, observed at international level, binding law sources in this area are rarity. With the research focused on law sources for public private partnership in the European Union, authors of this paper have noticed wide implementation of soft law instruments in mentioned field. In the European Union processes of harmonization and unification are highly developed, but in domain of public private partnership there is still no consensus when it comes to the way it should be regulated. Regulation of this area by using soft law sources (guidelines, communications et cetera) has its advantages especially in terms of practicality, adaptability and easier changing. Soft law sources often represent preparation for future legislative, where instructive norms transform into binding ones and lead to greater convergence of different law traditions in context of wider process of globalization. The purpose of this paper's authors is to highlight the adequacy and justifiability of using soft law sources for regulating public private partnership in the European Union, where this institution is of significance for development of infrastructure and activities of public interest.

Key words: *public private partnership, soft law sources, law harmonization, the European Union.*

ИНТЕЛЕКТУАЛНА ПРАВА

др Слободан МАРКОВИЋ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

КОЛЕКТИВНО ОСТВАРИВАЊЕ АУТОРСКОГ И СРОДНИХ ПРАВА ОД МОНОПОЛА КА КОНКУРЕНЦИЈИ*

Резиме

Раd се бави анализом функционисања колективнoг остваривања ауторског и сродних права (даље: КОП) са аспекта права конкуренције, и подељен је у два дела: у једном је предмет анализе oграничен на традиционални систем КОП, који је карактерисан монополским положајем организације за КОП (даље: организација) на националном тржишту; у другом је центар пажње на новом моделу КОП, какав је предвиђен у Предлогу директиве Европског парламента и Савета о колективном управљању ауторским правом и сродним правима и мулти-територијалном лиценцирању права на музичким делима која се користе он-лине на унутрашњем тржишту, из 2012. године. Тај модел карактеришу увођење слободe прекограничног пружања услуге КОП, и могућности да организације усвајају корисницима изв. мулти-територијалне лиценце. Циљ ових кључних промена је да се, путем увођења конкуренције међу организацијама, унапреди економска ефикасност регионалног, односно глобалног тржишта права на коришћење предмета заштите у условима дигиталне информационо-комуникационе технологије. Ризик тог компликованог подухвата је да ће он увећати већ постојећу алијенацију ауторског права од аутора, и да ће допринети ерозији културне раз-

* Овај чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду „Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске уније (правни, економски, политички и социолошки аспекти)“.

новрсносћи. Ту појаву аутор повезује са начелним парадоксом ауторској праву, који се састоји у раскораку између његове мисије и средстава којима се та мисија остварује. Наиме, тржишне ауторских дела је производ деловања ауторској праву. Тржиште, при том, природно филтрира ауторска дела према популарносно (економској вредносно), маргинализујући стваралаштво које је друштво, посебно, локално или ексклузивно. То је управо сувројно мисији ауторској праву.

Кључне речи: ауторско право, колективно остваривање права, конкуренција, монопол, мулти-територијална лиценца, рејершоар, културна разноврсност.

I Уводне напомене

Систем колективног остваривања ауторског и сродних права (даље: КОП) постоји у свету преко 150 година. Досадашњи начин функционисања организација за колективно остваривање ауторског и сродних права (даље: организација) све теже успева да одговори савременим изазовима као што су: а) дигитална револуција у области информационо-комуникационе технологије, б) глобализација тржишта ауторских дела и предмета сродноправне заштите и в) последична криза функционисања ауторског и сродних права. То је довело до преиспитивања низа правних, економских и политичких премиса на којима организације традиционално постоје и делују, са циљем тражења излаза из актуалне кризе.

У овом раду се полази од тога да читалац познаје правне основе традиционалног система КОП, те ће расправа бити усмерена ка оним питањима на којима се може видети рађање нове парадигме КОП, која ће бити прилагођена глобалном информационом друштву.¹ Непосредни повод за настанак овог рада је *Предлој директиве Европској парламенти и Савета о колективном управљању ауторским правом и сродним правима и мулти-територијалном лиценцирању права на музичким делима која се користе онлајн на унутрашњем тржишту*, из 2012. године.²

1 Дobar и детаљан приказ види нпр. у Paula Schepens, *Guide to the Collective Administration of Author's Rights*, Geneva, 2000. Сажет приказ види у: Слободан Марковић, *Право интелектуалне својине*, Сарајево, 2007, стр. 239–248.

2 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Collective Management of Copyright and Related Rights and Multi-Territorial Licensing of Rights in Musical Works for Online Uses in the Internal Market (COM/2012/372 final), 11.7.2012.

II КОП у простору деловања права интелектуалне својине и права конкуренције *de lege lata*

1. Питања монопола, односно ограничења конкуренције

Однос између права интелектуалне својине и права конкуренције је комплексна и инспиративна тема која представља најрелевантнији оквир за разумевање сврхе и граница правне заштите интелектуалних добара.³

Као што је познато, право интелектуалне својине утемељује субјективна апсолутна права чија сврха је елиминација конкуренције, а право конкуренције, напротив, забрањује тржишно понашање којим се ограничава или искључује конкуренција, односно којим се злоупотребљава доминантни положај на тржишту. Преовлађује схватање да, упркос методолошкој супротности која постоји између њих, обе правне гране имају исти политички циљ: друштвено благостање и економски и културни напредак.

Прелазећи на разматрање система КОП, покушаћемо да ствари објаснимо на примеру музичког ауторског дела и носиоца ауторског права на истом, с тим да се тај пример може *mutatis mutandis* пренети на друге врсте ауторских дела или предмета сродних права. Дакле, у систему КОП, организација је правно лице које у својим рукама концентрише искључива права на поједине облике коришћења великог броја музичких дела множине аутора, да би та права уступила на неискључив начин заинтересованим корисницима музике (нпр. емитерима РТВ програма) уз накнаду. Будући да организација настаје вољом множине носилаца ауторских права, она се може сматрати обликом њиховог удруживања. Да ли је такав облик удруживања допуштен са становишта права конкуренције, зависи од одговора на више питања.

а) Да ли су носиоци њрава на музичким делима у односу међусобне конкуренције, њј. да ли су њоједина музичка дела различитиџих ауџора блиски суйстџийџуџи или не?

Будући да је свако ауторско дело индивидуално, тј. различито од другог, рекло би се на први поглед да музичка дела разних аутора нису блиски супститути. Примера ради, уколико је потрошач заинтересован за конкретну композицију конкретног аутора, његову потребу неће задовољити нека друга композиција другог аутора. Међутим, тражњу за музичким делима не чине само потрошачи који тачно знају шта желе, већ

3 Оскудна домаћа литература у овој области је од недавно обогаћена квалитетном монографијом. Вид. Душан Поповић, *Искључива њрава инџелекџуалне својине и слободна конкуренџија*, Београд, 2012.

и они потрошачи који чији избор је одређен жанром или под-жанром музике, у оквиру којег сва музичка дела добијају својство блиских супститута, а њихови аутори својство конкурената. То је посебно случај код потрошача који масовно користе музику, као што су нпр. емитери РТВ програма. Будући да организације постоје да би уступале права на коришћење великог музичког репертоара управо таквим корисницима, можемо закључити да организације делимично представљају облик удруживања конкурената, односно тзв. хоризонтални картел.

б) Да ли такав облик удруживања искључује или ограничава конкуренцију?

Ово питање се тиче сврхе постојања организације. Она постоји да би, за рачун носилаца ауторског права, нудила великим корисницима музике неискључива овлашћења на коришћење свих музичких дела свих носилаца права, и то под унапред утврђеним јединственим условима. Другим речима, носиоци права су се повезали у картел, од хиљада својих композиција (производа) формирали јединствен производ – репертоар организације, и нуде га по усаглашеној цени. Да ли је ту реч о ограничавању или искључењу конкуренције постаје јасно ако се пође од хипотетичког стања тржишта музике у условима непостојања организације. Тад би сваки носилац права, у конкуренцији са другим носиоцима права на музичким делима истог или сличног жанра, нудио корисницима овлашћења на коришћење својих музичких дела. Дакле, могућност великог корисника (потрошача) да бира само она музичка дела која га интересују и да за њих плати ону цену која је формирана деловањем закона понуде и тражње на тржишту блиских супститута, јесте стање тржишта у којем влада конкуренција. Будући да је смисао организације да велики број музичких дела (укључујући блиске супституте) повеже у један „пакет“ и нуди права на коришћење тог пакета по цени која није резултат деловања закона понуде и тражње, већ је формирана са позиције субјекта који има тржишну моћ, говори о томе да организација представља облик удруживања носилаца ауторског права који, у најмању руку, ограничава конкуренцију на тржишту музичких дела.

в) Да ли организација има монополски положај?

Поред тога што је евидентно да организација по свом бићу представља хоризонтални ценовни картел, у највећем броју земаља (укључујући Србију) организација има монопол који је успостављен *de iure* или *de facto*. Наиме, организације се формирају на принципу који се заснива на врсти предмета заштите, понекад комбинованим са врстом права на коришћење предмета заштите. Другим речима, организација, по правилу, има репертоар који је састављен од исте врсте ауторских

дела (нпр. музичка дела) или повезаних врста ауторских дела (нпр. музичка дела и књижевна дела – речи уз музику) која се користе на исти начин (нпр. емитовање).

У земљама у којима је монопол организације успостављен *de facto*, реч је о резултату спонтаног деловања одређених економских законитости кроз дужи временски период. Наиме, организацију карактеришу: а) способност да снабде цело тржиште својом услугом, односно производом, и б) високи фиксни трошкови и ниски (оппадајући) маргинални трошак проширења понуде сваке додатне јединице производа (ауторског дела). То су особине тзв. природног монопола, какав постоји нпр. у производњи електричне енергије, снабдевању водом, железничком транспорту и сл. Високи фиксни трошкови организације представљају економску баријеру за настанак нових организација, и терају носиоце ауторског права да се радије прикључе постојећој организацији која се користи предностима тзв. економије обима, него да оснивају конкурентску организацију. Са становишта економске ефикасности, то је боље решење него кад би постојале две или више конкурентских организација које би морале инвестирати у покриће високих фиксних трошкова.

Том феномену природног монопола ваља додати и тзв. мрежни ефекат који једну монополску организацију чини пожељнијом и са становишта корисника ауторских дела. Наиме, што је већи репертоар организације, то корисник једним уговором са организацијом уређује већи број ауторскоправних односа и смањује ризик од повреде ауторског права коришћењем музике која није на репертоару организације.

Ови разлози навели су земље у којима систем КОП има мању традицију, да законом обезбеде монополски положај организацији, како би се скратио пут спонтаног успостављања монопола и одмах обезбедио виши ниво правне сигурности у тој области.⁴

и) Која су тржишта монополисана деловањем организације?

Монопол је стање кад на одређеном тржишту постоји само један понуђач робе или услуге за коју нема блиских супститута, а правне, економске или друге баријере спречавају улазак других понуђача на исто тржиште. Имајући то у виду, организација има монопол на два тржишта: једно је тржиште права на коришћење музичких дела, а друго је тржиште услуге колективног остваривања ауторског права. На првом тржишту организација је једини понуђач права на коришћење музичких дела, тако да корисници немају избор од кога да прибаве та права, већ то

⁴ Примера ради, Закон о ауторском и сродним правима Србије (*Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011 и 119/2012) у свом чл. 157 ст. 2 даје организацији правно заштићен монополски положај.

могу учинити само од организације. На другом тржишту, организација је једини понуђач услуге колективног остваривања ауторског права, те индивидуални носиоци ауторског права не могу бирати организацију која ће за њихов рачун остваривати њихова права, већ то мора бити само једина постојећа организација.

g) Какав је учинак монопола организације на ефикасности тржишта и благодинање потрошача?

Са становишта савршене конкуренције, монопол представља мање ефикасну структуру тржишта, јер подразумева смањење произвођачког и потрошачког вишка, што значи субоптималну ефикасност алокације ресурса. Наиме, у циљу максимизације профита, монополиста одређује цену изнад маргиналног трошка производње, смањује обим понуде и тако жртвује један део друштвене корисности ангажованих ресурса, која би се иначе реализовала у условима конкуренције.

Са становишта потрошача, монопол је препознатљив по вишим ценама и тежим условима набавке производа или услуге. У односу на организацију, индивидуални носиоци ауторског права су потрошачи на тржишту услуге колективног остваривања права, а корисници музичких ауторских дела су потрошачи на тржишту права на коришћење тих дела. Пошто и једна и друга категорија потрошача нема избор, тражња за услугом, односно производом организације је нееластична, што организацији даје велику тржишну моћ.

Досад изнете констатације представљају довољан разлог због којег би државна политика конкуренције морала имати рестриктиван, а никако заштитнички став према организацијама. Имајући у виду да је реалност управо супротна, морамо истражити разлоге за то. Разлог свакако није повезан са чињеницом да је организација непрофитни субјект. Према конзистентној пракси Европске комисије и Европског суда правде, организације, иако су непрофитни субјекти, имају својство предузећа (енгл. *undertaking*) које подлеже дејству права конкуренције, као и сваки други привредни субјект.⁵ Дакле, разлози су на пољу специфичности тржишта на којима организације послују.

Први разлог је у вези са чињеницом да, у условима непостојања организације, тржиште права на коришћење ауторских музичких дела, такође, не би ни постојало. Наиме, кад би сваки носилац ауторског права индивидуално закључивао уговоре о уступању права на коришћење својих музичких дела великим корисницима, убирао од њих накнаде, контролисао поштовање тих уговора и евентуално остваривао

5 Пресуде Европског суда правде у предметима 127/73, *Belgische Radio en Televisie (BRT) v. SABAM*, 1974, E.C.R. 51 и 313; 55/80 и 57/80, *Musik-Vertrieb Membran GmbH v. GEMA*, 1981, E.C.R. 147; 7/82, *GVL v. Commission*, 1983, E.C.R. 483.

судску заштиту у случају повреде својих права, трансакциони трошкови би превазишли вредност сваког појединачног уступљеног права за поједино музичко дело. То би, сасвим извесно, довело до одустајања од правног посла, а тиме и до немогућности функционисања ауторскоправне заштите у једном великом сегменту тзв. индустрије културе. Други разлог се заснива на законитостима економије обима, где су трошкови КОП по јединици производа (једно право на коришћење једног музичког дела) најнижи уколико постоји само једна организација. Трећи разлог има у виду велике кориснике музике, као потрошаче права на коришћење исте. Извесно је да је монополска цена по којој они прибављају право да користе цео репертоар организације, ипак мања од збира цена које би, у условима конкуренције међу носиоцима ауторског права, платили за коришћење сваког појединачног музичког дела са тог репертоара.

Дакле постоје три главна аргумента којима се економски оправдава постојање монополске организације. Први је да се њоме превазилази проблем прохибитивних трансакционих трошкова, тј. да је друштвени трошак постојања монополске организације мањи од друштвеног трошка урушења тржишта права на коришћење музичких дела (аргумент трансакционих трошкова). Други је да економија обима највише долази до изражаја у пословању монополске организације (аргумент економије обима). Трећи је да велики потрошачи права на коришћење музичких дела плаћају мању цену уколико прибављају пакет права за цео репертоар, него кад би прибављали појединачна права за свако појединачно дело са репертоара (аргумент везивања права у пакет).⁶

Полазећи углавном од ова три аргумента, традиционална политика заштите конкуренције у највећем броју земаља је на становишту да је монопол организације мање штетан по друштвено благостање, него конкуренција на тржишту услуга КОП и на тржишту права на коришћење музичких дела. У прилог том становишту говоре и други разлози који нису економске природе, већ су у домену културне политике. Ту се полази од подстицајне функције коју ауторско право има на културно стваралаштво. Сама чињеница да монополска организација омогућује масовни промет права на коришћење музичких дела, па тиме

6 У европској пракси је било покушаја да се, са становишта права конкуренције, испита допуштеност условљавања корисника да прибаве права само на цео репертоар организације. Европски суд правде је стао на становиште да би таква пракса била недопуштена само ако уступање права на делове репертоара за које је конкретан корисник заинтересован, не би угрозило интересе носилаца права и увећало трошак колективног остваривања права (предмет 395/87, *Ministère public v. Tournier*, 1989, E.C.R. 2521). Доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61987J0395:EN:HTML>.

и легално коришћење музике од стране великих корисника, чини такву организацију незаобилазним елементом система ауторскоправне заштите. Већина оних карактеристика КОП, које се могу сматрати економским слабостима монополизваног тржишта, истовремено су драгоцене са аспекта културне политике. Тако, примера ради, „везана продаја“ целог репертоара организације, по јединственој цени, елиминише могућност да корисник искаже своје преференције у погледу појединих дела, односно да поједина дела вреднује више, поједина мање, а поједина и да изостави са репертоара који „купује“. Пошто су те преференције великих корисника претежно засноване на популарности појединих музичких дела и њихових аутора, јасно је да монополска понуда јединственог пакета права омогућује и ауторима дела која нису популарна и која у условима конкуренције не би нашла свој пут до великих корисника, да имају извесну корист од свог стваралаштва. Са становишта економске ефикасности, то је непожељна појава. Са становишта културне политике, пак, то је управо пожељна ситуација, јер омогућује да се путем деловања ауторског права награђују и подстичу обиље и разноврсност музичке продукције.⁷

Из наведених разлога, у упоредном праву дуже од једног једног века није било законодавних акција нити управне или судске праксе, који би на формирање организације гледали као на *недојушћено* повезивање учесника на тржишту, којим се ограничава или искључује конкуренција.

2. Питања злоупотребе монопола организације

Иако традиционално неоспораван *per se*, монопол организације је у упоредном праву повремено стављан под лупу права конкуренције у контексту забране злоупотребе доминантног положаја на тржишту. У начелу, злоупотреба најчешће има карактер дискриминације појединих категорија носилаца права, односно корисника, или карактер наметања истима неоправдано тешких услова пословања са организацијом.

Примери дискриминације у односу организације према носиоцима ауторског права могу се односити на различит третман истих приликом расподеле убрране накнаде или приликом управљања организацијом. Наиме, поједине организације фаворизују старе чланове у односу на нове, оне који остварују већи приход у односу на оне који остварују мањи приход, оне који су изворни носиоци права у односу на оне који

7 Чл. 167 Уговора о функционисању ЕУ обавезује Унију да води рачуна о културним аспектима уређивања унутрашњег тржишта, посебно о подстицању и заштити културне разноврсности.

су деривативни носиоци права итд. Са аспекта права ЕУ које, у начелу, забрањује дискриминацију према држављанству, облик недопуштене дискриминације је и ускраћивање пружања услуге КОП носиоцима права који су држављани друге државе.⁸

У односу на кориснике, организација примењује тзв. ценовну дискриминацију. Реч је о мери која стоји на располагању сваком монополисти у циљу повећања економске ефикасности пословања. Организација, по правилу, утврђује тарифу на основу које се обрачунава износ накнаде (цена) за коришћење репертоара. По правилу, висина накнаде је одређена као проценат од прихода који корисник остварује од своје делатности у којој користи музику, водећи рачуна о значају који коришћење музике има за ту делатност. На тај начин, организација убире различит новчани износ накнаде од различитих корисника, при чему они који имају веће приходе плаћају, по правилу, више од оних који имају мање приходе. На тај начин, у систем КОП је уграђен механизам утврђивања платежне моћи појединих корисника, па је износ накнаде пропорционалан тој платежној моћи. Такође, организација, по правилу, диференцира своју понуду, с обзиром на потребе корисника. Тако, она нуди различита права на коришћење музике са целог репертоара, утврђујући различиту тарифу за свако право. Овим мерама она значајно повећава ефикасност свог пословања. Међутим, границу допуштености те праксе чини она линија која раздваја економски легитимну дискриминацију од арбитрерне дискриминације.⁹

Кад је реч о злоупотреби доминантног положаја организације у виду наметања неоправдано строгих или тешких услова пословања са организацијом, носиоци права су жртве такве праксе у случају кад се од њих тражи да организацији уступе на искључив начин више права, на дужи период и за већу територију него што је то неопходно са стано-

8 Одлуке Европског суда правде у предметима *GEMA v. Commission*, 1971, O.J. L. 134/15 (GEMA I); *GVL v. Commission*, 1981, O.J. L. 370/49.

9 Рафаел Алендесалазар и Роберто Валина критички извештавају о предмету у којем је шпански Суд за заштиту конкуренције 2005. године одлучио да шпанска организација *SGAE* арбитрерно дискриминише одређеног корисника ускраћујући му попуст од 37% на износ накнаде, зато што није члан удружења корисника са којим је *SGEA* уговорила попуст. Вид. Rafael Allendesalazar, Roberto Vallina, „Collecting Societies – The Usual Suspects“ у: Claus-Dieter Ehlermann, Isabela Atanasiu (eds.), *The Interaction Between Competition Law and Intellectual Property Law, European Competition Law Annual*, No. 10/2005, стр. 383. Европски суд правде је 2009. године стао на становиште да различити методи утврђивања и обрачуна накнаде коју различити корисници плаћају организацији нису по себи дискриминаторни уколико омогућују да се износ прецизније веже за обим коришћења репертоара и уколико не доводе те кориснике у различит положај на тржишту без објективно оправданих разлога (предмет *C-52/07, Kanal 5 Ltd and TV 4 AB, O.J.C. 32/2* из 2009).

вишта ефикасности рада организације. Такође, у ту врсту злоупотреба спадају и ограничења у погледу могућности носиоца права да напусти организацију.¹⁰

Типичан облик могуће злоупотребе доминантног положаја организације јесу превисоки износи накнаде за коришћење репертоара, које организација потражује од корисника. Оно што, у том случају, разликује организацију од другог монополисте јесте одсуство економских параметара (пре свега, структуре трошкова „производње“ репертоара) на основу којих би се могла објективизовати процена да ли је износ накнаде недопуштено висок или није. Зато се, у овом питању, није отишло даље од става Европског суда правде да је реч о злоупотреби само ако је износ накнаде знатно виши него у другим земљама чланицама ЕУ, а да се, при том, та разлика не може оправдати објективним и релевантним факторима.¹¹

3. Прекогранично пословање организација

Будући да се музичка дела са репертоара једне организације користе у већем броју држава, традиционални систем КОП почива на сарадњи између организација из различитих држава. Та сарадња се заснива на мрежи билатералних уговора о реципрочној сарадњи, којима се свака организација обавезује да на територији своје земље врши КОП за дела са репертоара друге организације и да тако убрану накнаду проследи тој другој организацији. На тај начин долази до агрегације већег броја националних репертоара у рукама једне организације, чиме је омогућено корисницима да закључењем једног уговора са организацијом у својој земљи, прибаве права на коришћење музичких дела са репертоара из десетина земаља.

Да би овај систем ефикасно функционисао, неопходно је да носиоци ауторског права повере КОП за своја дела само организацији у својој земљи, као и да организација делује само на територији те земље. Дакле, носилац ауторског права је у том систему двоструко ограничен: а) ако је држављанин једне земље, он не може поверити КОП за своја дела организацији у другој земљи, и б) он мора организацији у својој земљи уступити овлашћења за коришћење својих дела за територију свих других земаља са којима његова организација има закључен уговор о реципрочној сарадњи. Такође, корисник је ограничен у погледу избора организације код које ће прибавити овлашћења. Тако, француски

10 *GEMA v. Commission*, 1971, O.J. L. 134/15 (GEMA I); *Belgische Radio en Televisie v. SABAM*, 1974, E.C.R. 51 (*BRT v. SABAM*).

11 *Ministère public v. Tournier*, 1989, E.C.R. 2521.

корисник не може прибавити право на коришћење немачког репертоара од немачке организације, него само од француске организације која има уговор о реципрочној сарадњи са немачком организацијом.

Сва поменута ограничења су, заправо, део „арматуре“ напред описаног монопола који свака организација има у својој земљи. Ако се та ограничења посматрају у оквиру јединственог тржишта ЕУ, она су вишеструко проблематична са становишта битних принципа Уније. Прво, немогућност носиоца права да директно повери КОП за своја дела организацији у другој земљи, има карактер дискриминације на основу држављанства.¹² Друго, немогућност организације да уступа права за коришћење дела са свог репертоара за територију других земаља, противно је начелу слободе прекограничног пружања услуга.¹³ Треће, околност да корисник који жели да користи одређен репертоар мора то учинити засебно за сваку земљу чланицу ЕУ, закључујући, практично, 27 уговора, указује да је тржиште права на коришћење музичких дела далеко од јединственог, већ је испарцелисано на 27 националних тржишта.¹⁴

Први покушаји да се доведе у питање допуштеност билатералних уговора о реципрочној сарадњи између организација из различитих земаља, нису наишли на подршку Европског суда правде. У једној прелиминарној одлуци из 1989. године стоји да ти уговори нису у супротности са прописима ЕУ уколико се њима не отежава приступ корисника из једне земље, репертоару из друге земље.¹⁵ Другим речима, ако закључење уговора између корисника и организације у његовој земљи, за коришћење иностраног репертоара, није теже или мање доступно од закључења уговора између тог корисника и иностране организације за исти репертоар, нема основа да се оспорава систем билатералних уговора о реципрочној сарадњи између организација.

Исте године је исти суд у другом предмету донео прелиминарну одлуку да систем билатералних уговора о реципрочној сарадњи није споран са становишта права конкуренције, уколико је његов циљ да унапреди ефикасност рада организација. Наиме, кад би инострани корисник могао прибавити права од домаће организације за домаћи репертоар, то би наметнуло домаћој организацији обавезу да успостави систем надзора и контроле коришћења сопственог репертоара у корисничковој земљи, што увећава трошкове КОП и чини цео систем мање ефикасним.

12 Уговор о функционисању ЕУ, чл. 18 ст. 1.

13 Уговор о функционисању ЕУ, чл. 56 ст. 1.

14 Уговор о функционисању ЕУ, чл. 26.

15 *Luczaeu v. SACEM, E.C.R. 1989, 2811*. Доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61988J0110:EN:HTML>.

Ако би, пак, билатерални уговори о реципрочној сарадњи имали за циљ да ограниче конкуренцију, они би били недопуштени.¹⁶

Заједнички именитељ ових одлука је давање апсолутне преваге аргументима економске ефикасности функционисања КОП у, тада постојећим, технолошким условима. Последњих деценија је продор дигиталне информационо-комуникационе технологије донекле изменио не само пословне моделе коришћења музичких дела, већ и услове у којима организације извршавају своју дужност надзора и контроле над коришћењем музичких дела са свог репертоара. Наиме, интернет је омогућио корисницима да *on-line* нуде музичка дела тржишту већег броја земаља (теоријски, целом свету), а системи дигиталне идентификације свих музичких дела и евидентирања њиховог коришћења на интернету (тзв. информације о управљању правима и техничке мере заштите) омогућили су да организација може да прати коришћење музичких дела са сопственог репертоара у било којој земљи света. Тиме је отпао аргумент економске ефикасности функционисања КОП, којим се оправдавала рестриктивна пракса организација да инострани корисник може прибавити права за коришћење домаћег репертоара само од домаће организације.

Европска комисија се трипут изјаснила о тој новонасталој ситуацији. Једном, оцењујући допуштеност одредби стандардног уговора о реципрочној сарадњи који потписују организације чланице Међународне конфедерације композитора и аутора (CISAC), Комисија је стала на становиште да одредба по којој свака организација може давати корисницима права на сателитско емитовање, кабловско реемитовање и *on-line* коришћење агрегатног репертоара само за територију сопствене земље, представља договор којим се ограничава конкуренција.¹⁷ Овде је битно запазити да је Комисија имала у виду само прекограничне облике коришћења репертоара, с једне стране, и да није начелно оспорила постојање територијалних ограничења у уговорима о реципрочној сарадњи, с друге стране. Комисија је оспорила допуштеност само унификованог територијалног ограничења које договорно примењују све организације.¹⁸

16 *Ministère public v. Tournier*, 1989, E.C.R. 2521.

17 Предмет COMP/C2/38.698 – CISAC, С, 2008, 3435, од 16.7.2008. године. Доступно на адреси: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38698/38698_4567_1.pdf.

18 Најновија пресуда Општег суда ЕУ (раније, Првостепеног суда) од 12. априла 2013. године оспорила је, чак, и оцену Европске комисије да је ту реч о усаглашеном, односно договореном понашању свих организација чланица CISAC-а (*CISAC v. Commission*, T-442/08). Доступно на адреси: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=136261&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=357698>.

У друга два случаја било је речи о повезивању организација из различитих земаља на начин који допушта свакој организацији да кориснику из своје земље уступи право на коришћење свог репертоара и репертоара свих иностраних организација са којима има закључен уговор о реципрочной сарадњи, за територију свих тих земаља.¹⁹ Дакле, новина је право организације да уступа право на коришћење агрегатног репертоара не само за територију своје земље, него и за територију других земаља (тзв. мулти-територијална лиценца). Ту новину је Европска комисија позитивно оценила у својим одлукама. Оно што је остало исто као и раније јесте да корисник мора да прибави то право само од организације земље у којој има седиште. Европска комисија је стала на становиште да тај аспект договора међу организацијама представља кршење забране споразумевања којим се ограничава конкуренција. У условима интернета и свих других могућности које пружа дигитална технологија, Комисија није могла да види економски оправдан разлог због којег корисник не би могао да прибави мулти-територијалну лиценцу за коришћење агрегатног репертоара од било које организације, чиме би се увела конкуренција међу организацијама на тржишту права на коришћење музике онлајн.

III КОП у простору деловања права интелектуалне својине и права конкуренције *de lege ferenda*

1. Опште напомене

Криза у функционисању ауторског и сродних права у условима дигиталне информационо-комуникационе технологије покренула је расправе чије поруке су у спектру од оспоравања потребе за постојањем КОП²⁰, преко довођења у питање економских аргумената у прилог нуж-

19 Предмет *IFPI Simulcasting Agreement* од 8.10.2002. године (COMP/C2/38.014). Доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003D0300:EN:NOT>; предмет *Santiago Agreement* од 17.8.2004. године (COMP/C2/38126), О.Ј.С. 200/11, доступно на адреси: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:200:0011:0012:EN:PDF>.

20 Дигитална информационо-комуникациона технологија, преспективно, омогућује прецизну контролу и праћење коришћења ауторских дела на интернету, чиме се ствара претпоставка за успостављање тржишта права на коришћење истих, и то без посредовања организација. Другим речима носиоци права (аутори, њихови следбеници, продуценти, медијске куће) могу на индивидуалан начин остваривати ауторскоправну заштиту за поједина музичка дела или за одређени репертоар музичких дела. Постоје подаци да неколико медијских кућа (нпр. *Warner/Chappell*, *EMI*, *MCA*, *Sony*) већ држе репертоаре који представљају око 80% светског репертоара популарне музике. То им омогућује да остварују своја права не само на колек-

ности монополског положаја организације,²¹ до предлагања нових модела функционисања КОП.

ЕУ се бави овим питањима од 2005. године, да би тек 2012. године дошло до прве конкретне законодавне акције у виду усвајања Предлога директиве Европског парламента и Савета о колективном управљању ауторским правом и сродним правима и мулти-територијалном лиценцирању права на музичким делима која се користе *on-line* на унутрашњем тржишту (даље: Предлог директиве).²² Најопштије говорећи, овим документом су регулисани: а) прекогранично пружање услуге КОП и прекогранично уступање права на коришћење репертоара организације, чиме се укида монопол организације на територији појединих земаља чланица ЕУ, и б) уводе правила пословања организација, која су у функцији спречавања злоупотребе доминантног положаја организације. При том, нужно је нагласити да је регулисање прекограничног уступања права на коришћење репертоара организације (тзв. мулти-територијална лиценца) ограничено само на коришћење музике на интернету. За све друге области ауторског и сродних права ће до даљњег важити традиционални систем билатералних уговора о реципрочној сарадњи.

2. Од монопола ка конкуренцији

Речено је, већ, да монопол организације у традиционалном систему КОП почива на два стуба: а) обавези сваког носиоца права да повери

тиван, већ и на индивидуалан начин. Вид. Ariel Katz, „Is Collective Administration of Copyrights Justified by the Economic Literature“, доступно на адреси: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1001954, стр. 454.

- 21 Ту се полази од неспорне констатације да законитости економије обима раде у прилог везивања мноштва музичких дела у одређен репертоар. На тој основи индустрија културе спонтано ствара посреднике између носилаца ауторских и сродних права, с једне, и корисника, с друге стране, што није случај у другим областима права интелектуалне својине. Питање је само да ли такав посредник мора имати монопол ради оптимизације економске ефикасности КОП. Примера ради, Аријел Кац сматра да то није неопходно, штавише да је штетно. Наиме, ефекти економије обима се, у случају монопола организације, потиру са унутрашњим неефекасностима које су последица изостанка тржишног притиска (превелика и скупа администрација, проблеми управљања, нефлексибилност и прилагођавању новим условима пословања и сл.).
- 22 European Commission, *Study on a Community Initiative on the Cross-Border Collective Management of Copyright*, Brussels, 2005, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/management/study-collectivemgmt_en.pdf; Commission Recommendation of 18. May 2005. on Collective Cross-Border Management of Copyright and Related Rights for Legitimate Online Music Services, 2005/737/EC, доступно на адреси: http://eur-ex.europa.eu/LexUriServ/site/en/oj/2005/l_276/l_27620051021en00540057.pdf.

КОП за „цео свет“ само организацији у својој земљи, и б) обавези сваког корисника да прибави права за коришћење агрегатног репертоара у једној земљи, само од организације у тој земљи.

Предлог директиве је демонтирао тај монопол, прописујући три битна принципа. Прво, организација не сме да дискриминише носиоце права на основу држављанства, тако да сваки држављанин било које земље чланице ЕУ може поверити КОП за своја дела одговарајућој организацији у било којој земљи чланици ЕУ (чл. 5 ст. 2). Друго, носилац права може организацији поверити КОП за једну или више земаља по сопственом избору (чл. 5 ст. 2). Треће, организација која нема прописане технолошке, персоналне и логистичке претпоставке за уступање мулти-територијалних лиценци, обезбедиће својим члановима (носиоцима права) ту услугу преко друге организације која има те претпоставке. Наиме, прва организација ће уговором о неискључивом уступању права на свом репертоару, овластити другу организацију да уступа мулти-територијалне лиценце за репертоар прве организације (чл. 28 ст. 1). При том, та друга организација не сме дискриминаторно одбити закључење таквог уговора (чл. 29 ст. 2).

Из реченог је видљиво да Предлог директиве не укида организације које делују само на територији сопствене државе и уступају права за свој или агрегатни репертоар само за територију те државе. Овај документ полази од тога да ће један број организација наставити, односно покушати да настави да функционише на тај начин. Међутим, Предлог директиве уважава да су захтеви тржишта у актуалним технолошким условима већ наметнули потребу за организацијама које корисницима уступају права за више држава, с тим да један број постојећих организација неће испунити релативно строге техничке услове који су прописани за то. Отуда ће неке организације, да би наставиле да постоје у промењеним околностима, морати својим носиоцима права да пруже и услугу КОП за територију других земаља, али путем уговора са другим организацијама које су технички оспособљене за издавање мулти-територијалних лиценци.

У овом тренутку је тешко предвидети како ће такав систем функционисати у пракси. Ипак, може се претпоставити следеће: а) прво ће доћи до (конкуренцијом изазваног) пада износа накнаде коју организације наплаћују од корисника, и до фрагментације репертоара према жанру, популарности и др.; б) због тога ће корисници у почетку и даље морати да прибављају права за репертоар који им треба, од множине организација; в) онда ће се законитости економије обима и мрежног ефекта постарати да дође до концентрације носилаца права и агрегације различитих националних и жанровских репероара код

малог броја организација, са перспективом успостављања олигополног тржишта права на коришћење музике на интернету у ЕУ.

Имајући то у виду, занимљиво је да је у Предлогу директиве изостала обавеза организације која даје мулти-територијалне лиценце, да закључи уговор о уступању права сваком кориснику који прихвата недискриминаторне услове организације. Тим пропустом се омогућује организацији да арбитрерно дискриминише кориснике, злоупотребљавајући свој доминантни положај на тржишту. Такође, изостало је прописивање обавезе организације да под недискриминаторним условима закључи уговор са сваким носиоцем права који жели да јој повери КОП.²³ Полазећи од тога да су такве обавезе организације већ познате у традиционалном систему КОП у многим земљама (укључујући Србију), поставља се питање да ли је поменути пропуст резултат превида или намере. По нашем мишљењу, питање се своди на то да ли жељеном успостављању конкуренције на тржишту услуге КОП и тржишту права на коришћење музике *on-line* боље служи потпуна слобода уговарања или ограничена слобода уговарања. Могуће је да Предлог директиве полази од елементарног аргумента да су слобода уговарања и слобода конкуренције природна својства тржишта. Другим речима, Предлог директиве не жели да регулише будући олигопол на којем ће деловати организације са доминантним положајем, већ жели да уведе конкуренцију у актуално монополизовано тржиште. Насупрот томе, критика Предлога директиве антиципира будући олигопол и жели да се одмах пропишу мере за спречавање злоупотребе доминантног положаја организације. Међутим, та критика није мотивисана бригом за економску ефикасност тог антиципираног олигополног тржишта, већ бригом за постизање сврхе ауторскоправне заштите. Наиме, постоји оправдан страх да ће у условима потпуне слободе уговарања мали репертоари или мање популарни репертоари теже наћи пут до тржишта, јер ће организације моћи да одбију КОП за такве репертоаре, због њиховог културног порекла и, посебно, због њихове ограничене економске вредности.²⁴ То би био удар на функцију ауторског права да подстиче обиље и разноврсност стваралаштва и тиме доприноси очувању културне разноврсности у ЕУ и у свету.

23 На ово је указано и Коментару Предлога директиве, који је израдио Макс Планк Институт за интелектуалну својину и право конкуренције. Вид. J. Drexel, *et al.*, *Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Collective Management of Copyright and Related Rights and Multi-Territorial Licensing of Rights in Musical Works for Online Uses in the Internal Market (COM/2012/372 final)*, Munich, 2013, доступно на адреси: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2208971, стр. 7–8. Аутори су на становишту да је поменути пропуст неопходно исправити.

24 J. Drexel, *et al.*, *нав. дело*, стр. 7.

Ово је језгро ширег проблема створеног настојањем да се у оквиру ауторског права постигну два противречна циља: ефикасност европског или глобалног тржишта заснованог на слободи конкуренције, с једне, и промоција културне разноврсности, с друге стране. Истовремено, то је само један од аспеката општепознатог дејства глобалног тржишта на локалне културе.

Са циљем да демонополизује систем КОП, Предлог директиве доследно демонтира и типичне инструменте које организације у традиционалном систему користе за учвршћење свог монополског положаја. Тако, организацијама се забрањује да носиоцима права спречавају или неоправдано отежавају иступање из организације, и уступање својих права другој организацији (чл. 5 ст. 3). Надаље, организацијама је забрањено да у погледу расподеле убрране накнаде дискриминишу носиоце права по било којем основу (чл. 12 ст. 1). Коначно, захтеви у погледу транспарентности и ажурности рада организација су постављени веома високо (чл. 10-20).²⁵

Предлогу директиве су упућене и одређене критике на рачун недовољне прецизности појединих одредби, али то излази изван оквира наше намере да представимо рађање нове парадигме КОП.

Оно што у завршници свакако вреди нагласити јесте оправдана бојазан да ће тај систем разградње монопола и увођења конкуренције у КОП, због своје сложености, довести ауторе и друга физичка лица који су изворни или деривативни носиоци права у неповољан положај, а да ће фаворизовати продуцентске и медијске куће као носиоце права. Да би се то разумело, потребно је имати у виду следеће.

Прекогранично пружање услуге КОП и мулти-територијално лиценцирање музике укључује вршење ауторског права, права интерпретатора и права произвођача фонограма. Дакле, реч је о три групе носилаца права на три различите врсте предмета заштите, који се заједно користе у музици на интернету. Права која су предмет уступања су право на умножавање ауторског дела / интерпретације / фонограма и право на јавно саопштавање ауторског дела / интерпретације / фонограма жичним или бежичним путем на начин да појединац може приступити предмету заштите са места и у време које он одабере. У већини земаља поменуте групе носилаца права остварују КОП преко засебних организација. Такође, у неким земљама иста група носи-

25 Уколико Предлог директиве буде прихваћен и од Европског парламента, те поста-не део *acquis communautaire*, управо одредбе о транспарентности и ажурности рада организација ће постати обавезујуће и за Србију. Наш законодавац ће спровести хармонизацију прописа без већих проблема, али, усуђујемо се да кажемо, домаће организације ће имати великих проблема да се ускладе са тим строгим стандарди-ма.

лаца права традиционално остварује КОП за право на умножавање и право на јавно саопштавање предмета заштите преко две различите организације.²⁶ То доводи до тога да корисник једног музичког дела за одређену територију мора да прибави права од три или више различитих организација. Тражећи практичан одговор на то неповољно стање, у последњих десетак година продуцентске и медијске куће прибављају од аутора, интерпретатора и мањих произвођача фонограма сва права која су неопходна за коришћење музике, стварајући тако обимне репертоаре које могу искоришћавати како на индивидуалан, тако и на колективан начин преко одговарајуће организације.²⁷ Тако ове медијске куће постају најпожељнији носиоци права, са аспекта економске ефикасности функционисања ауторског и сродних права. У новом систему КОП, где се очекује да носилац права повери КОП оној организацији која нуди најбоље услове, није реално да ће поједини композитор или интерпретатор моћи да се бави управљањем својим правима, у смислу да упоређује услове КОП код различитих организација, повлачи се из једне, прикључује се другој и сл. То ће, вероватно, мотивисати ауторе и интерпретаторе да своја права уступе медијским кућама, које ће та права, у пакету са правима за велики репертоар, уступити организацији ради КОП.

Ово је језгро ширег проблема који се може означити као алијенација ауторског права од аутора. Тај проблем је иманентан овој области права интелектуалне својине због тога што економија обима и мрежни ефекат погодују стварању посредника између аутора и тржишта. У традиционалном систему КОП, организација је била удружење аутора који управљају на колективан начин својим правима. Већ је у том систему отпочео продор правних лица као деривативних носилаца права за велики број дела у организације. Тај процес ће, развојем конкуренције у КОП, само добити замах и у перспективи довести до тога да ће чланство организације бити претежно састављено од медијских кућа као деривативних носилаца права. Томе додатно иде на руку што Предлог директиве обавезује организације да све носиоце права третирају на једнак начин.

26 У појединим земљама англосаксонске традиције је уобичајено да се право на умножавање и право на јавно саопштавање предмета заштите поверавају различитим организацијама. Вид. J. Drexel, *et al.*, *нав. дело*, стр. 8.

27 Медијска кућа *Warner Chappell* располаже комплетним правима за коришћење репертоара од преко 700.000, а *EMI* преко 500.000 музичких дела. Вид. Ariel Katz, „The Potential Demise of Another Natural Monopoly – Rethinking the Collective Administration of Performing Rights“, *Journal of Competition Law and Economics*, No. 1/2006, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=547802>, стр. 575.

IV Закључак

Традиционални систем КОП, на једној страни, и глобално тржиште повезано интернетом, на другој страни, нису компатибилне појаве. Отуда је почетак преображаја КОП сасвим логична појава. Тај преображај иде у правцу разградње националног монопола организације и увођења прекограничне конкуренције међу организацијама. Полуге преко којих се то постиже су: слобода носилаца права да повере КОП организацији по избору и право организација да уступају мулти-територијалне лиценце.

Вероватно је да ће дејство законитости економије обима и мрежног ефекта у будућности елиминисати са тржишта велики број организација и да ће се успоставити нека врста међународног олигопола или монопола. Упркос томе, економска ефикасност КОП ће бити већа него данас, јер ће корисници прибављати права за више земаља само од једне или од неколико организација, што је, уосталом, циљ реформе КОП, која се спроводи у ЕУ.

Ризици које овај процес доноси су на пољу постизања сврхе ауторског права. Заштита моралних и имовинских интереса стваралачке индивидуе у циљу поспешивања и очувања обиља и разноврсности ауторског стваралаштва може остати само декларација, под притиском захтева за оптимизацијом ефикасности тржишта ауторских дела. То баца светло на један од аспеката парадокса ауторског права, који се састоји у раскораку између његове мисије и средстава којима се та мисија остварује. Наиме, тржиште ауторских дела је производ деловања ауторског права. Тржиште, при том, природно филтрира ауторска дела према популарности (економској вредности), маргинализујући стваралаштво које је другачије, посебно, локално или ексклузивно. По нашем мишљењу, илузорно је веровање да се, у датом ауторскоправном и технолошком оквиру, може било каквим регулисањем КОП зауставити алијенација ауторског права од аутора, као и ерозија културне разноврсности.

Slobodan MARKOVIĆ, PhD
Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

COLLECTIVE MANAGEMENT OF COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS FROM MONOPOLY TOWARDS COMPETITION

Summary

The paper analyzes the functioning of collective management of copyright and related rights (hereinafter: CMR) in terms of competition law and is divided into two parts: in the first one the subject of the analysis is limited to the traditional system of CMR, which is characterized by the monopolistic position of organizations for CMR (hereinafter: organization) in the national market; in the second one the focus is on the emerging system of CMR, as provided for in the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Collective Management of Copyright and Related Rights and Multi-Territorial Licensing of Rights in Musical Works for Online Uses in the Internal Market (COM/2012/372) of 2012. This model is featuring the introduction of freedom of cross-border provision of CMR services, and the ability of organizations to assign multi-territorial licenses to users. The aim of these significant changes is to improve the economic efficiency of regional and global markets for copyright and related rights in the age of digital information and communication technologies, by introducing competition between the organizations. The risk of such a complicated undertaking is that it may increase the already existing alienation of copyright from the authors, and contribute to the erosion of cultural diversity in the world. The author links this phenomenon with the paradox of copyright, which consists of the discrepancy between its mission and the means by which the mission is to be accomplished. In fact, the market for copyrighted works wouldn't exist without copyright law. At the same time, the market naturally filters works of authorship by popularity (economic value), marginalizing works that are different, peculiar, culturally valuable or exclusive. This is contrary to the mission of copyright.

Key words: *copyright, collective management, competition, monopoly, multi-territorial license, repertoire, cultural diversity.*

др Божин ВЛАШКОВИЋ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

НОВИ ПРИСТУП У ОДРЕЂИВАЊУ ОПАСНОСТИ ЗАМЕНЕ У ШИРЕМ СМISЛУ

Резиме

У новој судској пракси проширен је значај опасности замене у ширем смислу, што је последица околности да се на свеобухватнији начин одређује појам „самостално обележавајућа улога“ њодударној или сличној дела комплексној знака. Овај појам се односи само на млађи комплексни знак, а не и на жиом заштићен старији знак који је садржан у млађем. Другим речима, сличној старијем и млађем знака се не може заснивати на томе да њодударном делу припада самостално обележавајућа улога у оквиру жиом заштићеној старијем знака.

Кључне речи: *оштији уписак, теорија прећанћности, мисаона веза, знак њредузећа, серија жиова, сличној знакова.*

I Уводне напомене

Појам опасности замене се у Праву о жигу употребљава у два значења. Прво значење је замена између знака који је заштићен жигом и приоритетно млађег знака. Друго се односи на заблуду у погледу порекла производа или услуга, изазвану употребом неког знака који је у извесној мери сличан приоритетно старијем жигу. Управо у овом смислу опасност замене је један од кључних појмова у Праву о жигу.

Разликујемо опасност замене у ужем смислу и опасност замене у ширем смислу. Опасност замене у ужем смислу постоји онда када промет претпоставља да су идентична предузећа која користе сличне жигове за обележавање исте или сличне робе. Другим речима, на основу сличности између два жига промет је доведен у заблуду и сматра да њима означена роба потиче из истог предузећа. У зависности од тога да ли промет може да уочи разлике између коришћених жигова разликује се непосредна и посредна опасност замене.

Непосредна опасност замене постоји када два жига на темељу општег утиска којег изазивају, иако се међусобно разликују, побуђују код просечног потрошача представу да је реч о једном те истом жигу. Овде потрошачи непосредно замењују жигове, на основу високог степена њихове сличности, и тиме су доведени у заблуду о пореклу робе.

Посредна опасност замене постоји када просечни потрошачи не замењују саме жигове. Они увиђају да је реч о различитим жиговима, али на основу заједничких елемената извлаче закључак да је каснији жиг модификација старијег, па сматрају да њима обележени производи потичу из истог извора.

Поред наведених облика опасности замене, разликујемо и опасност замене у ширем смислу о којој је реч када се у промету сматра да постоје организационе или привредне везе између предузећа, које морају поседовати посебне карактеристике. Изложена подела опасности замене потиче из праксе ранијег Врховног суда Немачке. За разлику од ње, Савезни врховни суд Немачке употребљава другу терминологију. Тако се непосредна опасност замене означава као непосредна опасност замене у ужем смислу, а посредна опасност замене као непосредна опасност замене у ширем смислу. Појам опасности замене у ширем смислу се и данас користи као такав. У пракси Европског суда правде, појам непосредне опасности замене се и даље користи као такав, а појам опасности замене у ширем смислу се означава као посредна опасност замене. Појам посредне опасности замене је садржан у појму непосредне опасности замене.

Изучавање појма опасности замене у ширем смислу је данас актуелно и са аспекта чл. 5, ст. 1 (б) Директиве бр. 89/104 ЕЕЗ од 21. децембра 1988. године, с обзиром на формулацију да опасност замене укључује и опасност да знак буде мисаоно доведен у везу са жигом. Наиме, према пракси Европског суда правде, појам опасности да знак буде мисаоно доведен у везу са жигом односи се само на посредну опасност замене, тј. на случај серијских жигова и опасност замене у ширем смислу, а не и на друге могуће асоцијације које се не односе на порекло производа. Кључно питање за одређивање опасности замене у ширем смислу је

данас дефинисање појма „самостално обележавајућа улога“ дела знака, чиме је проширен домашај заштите жигова по овом основу замене.

II Појам опасности замене у ширем смислу

У теорији и пракси се сматра да опасност замене у ширем смислу постоји када се у промету разликују међусобно супротстављени знаци и предузећа која су њихови корисници, али се на основу сличности знакова и блискости производа погрешно претпоставља да између ових предузећа постоје посебне привредне везе или уско организационо јединство. Ова врста опасности замене има своје порекло у прописима, који се односе на право о фирми, а у праву о жиговима се мора опрезно тумачити. Наиме, опасност замене у ширем смислу могућа је само на темељу додатних посебних околности на основу којих се у промету логично формира претпоставка о постојању привредних или организационих веза.

На основу анализе раније немачке судске праксе може се закључити да се овај облик опасности замене у изворном смислу односио само на ознаке фирме. Међутим, пошто и регистровани жигови могу да буду идентични са ознакама које су заштићене по тадашњем чл. 16, Закона о сузбијању нелојалне конкуренције, или по чл. 12, Грађанског законика, а да поврх тога веома познати жигови могу у промету да стекну карактер знака предузећа и онда када нису преузети из фирме тог предузећа, оправдано је у овим посебним случајевима појам опасности замене у ширем смислу применити и у праву о жигу. Зато је разумљиво да је овом облику опасности замене придаван мањи значај, јер је у начелу долазио у обзир само када се жиг развио у карактеристичну ознаку фирме.¹

III Опасност замене у ширем смислу у пракси Европског суда правде

У данашњој судској пракси питање опасности замене у ширем смислу решава се у новом светлу. Главна група случајева ове опасности замене односи се на питање самостално обележавајуће улоге неког дела знака. Оваква пракса је отпочела пресудом *THOMPSON LIFE*,² која је донета у спору поводом коришћења жига *LIFE* у сложеном знаку

1 Савезни врховни суд Немачке, Пресуда *Ardia/Widia* од 19.6.1951, предмет бр. I ZR 77/56, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, Nr. 1/1952, стр. 35.

2 Европски суд правде, Пресуда *THOMPSON LIFE* од 6.10.2005, предмет бр. C-120/04, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, Nr. 12/2005, стр. 1042.

THOMSON LIFE. Тужила је захтевала да се туженој забрани употреба знака *THOMSON LIFE*. Врховни земаљски суд Дизелдорфа упутио је питање Европском суду правде, истичући да по пракси Савезног врховног суда Немачке одлука у овом спору зависи од тога да ли између жига *LIFE* и сложеног знака *THOMSON LIFE* постоји опасност замене у смислу чл. 5, ст. 1, тач. (б) Директиве. Наиме, према актуелној судској пракси, која је заснована на теорији доминације, за оцену сличности спорног знака мора да буде дефинисан општи утисак који изазивају и један и други знак, и да при том буде истражено да ли подударни део у тој мери доминира сложеним знаком да се други делови могу занемарити при одређивању општег утиска. За утврђивање опасности замене није довољно само да се подударни део узима у обзир при одређивању општег утиска знака. Карактеристично за ову теорију је да нема значаја околност да преузети жиг задржава у сложеном знаку самосталну позицију обележавања. Актуелна судска пракса Савезног врховног суда Немачке је доведена у питање у делу правне теорије у којем је подржана ранија пракса Савезног врховног суда Немачке. У њој је опасност замене потврђивана када подударном делу у спорном знаку припада самостално обележавајућа позиција, тј. није толико стопљен у сложеном знаку да губи своју способност да побуди сећање на регистровани жиг. Уколико се ово мишљење прихвати, морала би се потврдити опасност замене између жига *LIFE* и знака *THOMSON LIFE*, јер жиг *LIFE* задржава самостално обележавајућу позицију.

На основу изложеног стања, Врховни земаљски суд Дизелдорфа је Европском суду правде упутио следеће питање: „да ли се чл 5, ст. 1, тач. (б) Директиве мора тумачити тако да за публику постоји опасност замене, у случају идентичности производа и услуга, такође и онда када је старији жиг са нормалном снагом обележавања преузет у млађи сложени знак, тако да старијем жигу претходи ознака фирме трећег лица и старији жиг сам не опредељује општи утисак сложеног знака, али у њему задржава самостално обележавајућу позицију“.³

Комисија је заступала схватање да су појмови који су употребљени у сложеном знаку једнаке важности, јер делу *LIFE* не припада потпуно потчињена улога. Пошто ознака *THOMSON* није искључиво доминантна за општи утисак, то су сложени знак и регистровани жиг слични.

Насупрот томе, тужена сматра да тумачење Директиве мора да буде у складу са теоријом доминације. То значи да између сложеног знака и жига тужиле не постоји опасност замене, јер као део садржи име произвођача *THOMSON* коме припада исто значење као и другом делу знака.

3 Европски суд правде, Пресуда *THOMSON LIFE* од 6.10.2005, предмет бр. С-120/04, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, Nr. 12/2005, стр. 1043.

Европски суд правде прво истиче да оцена сличности два жига не значи да се у обзир узима само један део неког комплексног жига и да се он пореди са неким другим жигом. Напротив, жигови се увек морају међусобно упоредити као целина, што не искључује да сходно околностима један или више делова неког комплексног жига могу да буду прегнантни за општи утисак који жигови изазивају у сећању меродавних прометних кругова. Поред овог уобичајеног случаја, ни на који начин није искључено да старији жиг, који треће лице користи у неком комплексном жигу, поред ознаке предузећа овог трећег лица, задржи самостално обележавајућу улогу у комплексном жигу, а да при том није доминирајући саставни део. Утврђивање опасности замене није условљено околношћу да је општи утисак комплексног жига доминантно одређен делом знака који је идентичан знаку заштићеном старијим жигом. Таквим условљавањем титулар старијег жига био би лишен права која му припадају према чл. 5, ст. 1 Директиве, без обзира што овај жиг у каснијем комплексном жигу није доминантан, али задржава самостално обележавајућу улогу. На пример, овакво оштећивање интереса титулара старијег жига постојало би када титулар познатог жига користи комплексни знак у којем је садржан тај жиг и неки старији, који није познат. То би, такође, био случај и онда када се комплексни знак састоји из овог старијег жига и неког познатог трговачког имена. Наиме, општи утисак би у овим случајевима био доминантно одређен познатим жигом, или познатим трговачким именом, као деловима комплексног жига. Зато је за утврђивање опасности замене довољно да публика, на основу самостално обележавајуће улоге старијег жига, доведе у везу титулара овог жига са пореклом производа или услуга, које су обележене комплексним жигом. Другим речима, у таквом случају општи утисак који у публици изазива комплексни знак може бити такав да се мисли да дотичне робе или услуге потичу макар из привредно међусобно повезаних предузећа, што је опасност замене у ширем смислу.

Из ове пресуде произлази да опасност замене може, такође, да постоји и када општи утисак који изазивају оба знака подстиче промет на претпоставку да дотични производи или услуге потичу из привредно међусобно повезаних предузећа. Није, дакле, реч о непосредној опасности замене у смислу да се у публици међусобно замењују знаци, него је реч о опасности замене у ширем смислу. У случају да дотични део, који је садржан и у оспореном млађем жигу, доминира његовим општим утиском било би речи о непосредној опасности замене.⁴

У образложењу ове пресуде садржан је и став да се опасност замене у ширем смислу не ограничава само на случајеве у којима је неко

4 Mathias Kochendörfer, „Zweitmarke oder selbstständig kennzeichnende Stellung“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, Nr. 3/2010, стр. 197.

лице старијем знаку придодало ознаку свог предузећа, као и то да се не захтева повећана дистинктивна моћ дотичног дела, него да самостално обележавајућа улога може припадати и делу који поседује само нормалну дистинктивну моћ. Логично је да ће меродавни просечни потрошач неки део комплексног знака утолико пре идентификовати као самостално обележавајући, уколико је његова дистинктивна моћ већа. Међутим, могући су и случајеви да се већ према обичајима у погледу обележавања производа на дотичном подручју, или једноставно на основу конкретног обликовања сложеног знака, побуди утисак о постојању више самостално обележавајућих знакова. Питање да ли се у промету неком делу комплексног знака приписује самостално обележавајућа улога је зависно од околности конкретног случаја и она се не може установити само на основу чињенице да је дотични део подударан, или заменљив по сличности, са приоритетно старијим жигом. То значи да је за утврђивање овакве улоге меродавно схватање промета и да је реч о фактичком, а не о правном питању.

Последица ове пресуде је да се у новом светлу мора сагледати и ранија немачка судска пракса у којој је претпоставка за опасност замене у ширем смислу била да је обележавајући део, на темељу кога промет макар претпоставља привредне везе између предузећа, морао стећи статус знака којим се упућује на предузеће.⁵

IV Опасност замене у ширем смислу у садашњој немачкој судској пракси

У немачкој пракси и теорији се данас сматра да је најважнији критеријум за одређивање самостално обележавајуће улоге неког дела знака то да ли промет уочава да је оспорени знак комбинација више знакова, тј. да ли промет распознаје да су други делови оспореног знака неки знак предузећа или стални део неке серије знакова.⁶ У судској пракси је уочљив диференцирани приступ одређивању наведеног појма, те се у конкретним случајевима долазило до различитих резултата.

Тако је у оквиру оспореног жига *KOHLERMIXI* негирана самостално обележавајућа улога дела *MIXI*. Наиме, тужиља је титулар регистрованог жига у слици и речи *MIXI*. Тужена је пословала под фирмом *KOHLER Küchenmaschinen L.*, а своје производе је обележавала ознаком

5 Alfred Bergmann, „Ein Jahrzehnt deutsche Rechtsprechung zum Markenrecht“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, Nr. 10/2006, стр. 798.

6 Rohnke Christian, Thiering Frederik, „Die Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Markenrecht in der Jahren 2009 und 2010 (Teil I)“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, Nr. 1/ 2011, стр. 17.

KOHLERMIXI. Савезни врховни суд Немачке је у пресуди истакао: „Када је у питању знак који је стопљен у једну реч (овде *KOHLERMIXI*), промет не приписује појединачним деловима ове речи (овде *KOHLER* и *MIXI*) самостално обележавајућу улогу, уколико не постоји повод да овакав знак опажа рашчлањено. Без укључивања посебних околности, не може се поћи од рашчлањеног опажања комплексног жига, када је навод о произвођачу, који није познат у промету, спојен у једну реч са неким старијим, а непознатим жигом.“⁷ Другим речима, жиг *MIXI* поседује само незнатну дистинктивну моћ, тј. није познат, нити је фирма *KOHLER Küchenmaschinen L.* позната у промету. Посебне околности које подстичу промет да комплексни жиг рашчлани на саставне делове и да га не посматра као јединствену целину могу да постоје у случају када се неки познати жиг комбинује у спојени знак са неким старијим жигом. У конкретном случају не постоји основ да део *MIXI* из спојеног жига *KOHLERMIXI* буде издвојен и да му се припише самостално обележавајућа улога у оквиру жига као целине, јер име фирме, као такво, није познато. Другим речима, промет није подстакнут да у знаку *KOHLERMIXI* у делу *KOHLER* сагледа навод о произвођачу, а у делу *MIXI* ознаку производа.⁸ Према томе, сама чињеница да се неки део распознаје као знак предузећа није била довољна за утврђивање самостално обележавајуће улоге дела знака.⁹

О самостално обележавајућој улози неког дела може се говорити само онда када је дотични део оспореног знака идентичан или сличан старијем жигу у његовој укупности. Уколико се овај део подудара само са неким од делова старијег жига, неопходно је да само овај део делује прегнантно у вези са старијим жигом. Суштина је у томе да се појам самостално обележавајуће улоге везује само за оспорени знак, а не и за старији жиг. Сличност знакова се не може засновати на околности да подударном делу у оквиру старијег жига припада самостално обележавајућа улога, јер би се тиме пружила самостална заштита елементима неког знака, што није могуће у праву обележавања. Ово схватање је јасно изражено у пресуди *SIERRA ANTIGUO*.¹⁰ Регистрован је жиг *1800 ANTIGUO*, а регистрацији се успротивио титулар старијег жига *SIERRA ANTIGUO*. Савезни врховни суд Немачке истиче: „У конкретном случају већ изостаје чињеница да је старији жиг преузет у

7 Савезни врховни суд Немачке, Пресуда *MIXI* од 19.11.2009, предмет бр. I ZR 142/07, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, Nr. 8/2010, стр. 729.

8 C. Rohnke, F. Thiering, *нав. чланак*, стр. 18.

9 C. Rohnke, F. Thiering, *нав. чланак*, стр. 19.

10 Савезни врховни суд Немачке, Пресуда *SIERRA ANTIGUO* од 3.4.2008, предмет бр. I ZB 61/07, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, Nr. 10/2008, стр. 903.

идентичној или сличној форми у млађи жиг. Старији жиг је састављен из делова *SIERRA* и *ANTIGUO*, а ни један од ових делова није доминантан или прегннантан. Део старијег жига *ANTIGUO*, с обзиром да није доминантан у старијем жигу, не може да у млађем жигу поседује самостално обележавајућу улогу. У супротном случају, за старији жиг била би пружена самостална заштита једном елементу, што је у начелу супротно нормама права обележавања.¹¹

Утврђивање опасности замене у ширем смислу укључује две етапе испитивања. У првој етапи се мора утврдити зашто се у промету опажа да подударни део испуњава самостално обележавајућу улогу. Друга етапа подразумева утврђивање да ли у промету постоји разлог да се изведе закључак о постојању веза између оба предузећа. Међутим, и када се утврди да део испуњава самостално обележавајућу улогу, опасност замене у ширем смислу биће негирана уколико овај део показује јасне разлике у поређењу са старијим жигом.¹²

Оваква схватања су изражена, на пример, у пресуди *Maalox/Melox – GRY*.¹³ У овом спору титулар жига *Maalox* супротставио се регистрацији жига *Melox – GRY*. Савезни патентни суд Немачке је одбио захтев титулара жига са образложењем да се оба жига јасно разликују у акустичком и визуелном смислу. Такође је негирао и опасност замене у ширем смислу, јер део *Melox* у оспореном жигу *Melox – GRY* не испољава самостално обележавајућу улогу. Ово схватање је у ревизионом поступку потврдио и Савезни врховни суд Немачке. Наиме, део *GRY*¹⁴ оспореног жига, иако је реч о делу фирме титулара жига, поседује функцију обележавања производа и његова улога није занемарљива у промету, јер је посебно уочљиво обликован. С обзиром да део фирме *GRY* титулара жига, као такав, по правилу није познат у општој публици, она није ни на који начин подстакнута да само у делу *Melox* види праву ознаку производа. Када је, пак, реч о стручној публици, коју чине лекари и апотекари, њима је део *GRY* познат као знак предузећа. Међутим, део *Melox* је наслоњен на знак *Meloxicam*, па из тог разлога ни стручни кругови нису подстакнути да део *Melox* сматрају прегннантним и да из тог разлога занемаре део *GRY*. С обзиром да у општој публици није занемарен део *GRY* млађег жига, он учествује у уобличавању млађег жига као целине.

11 Савезни врховни суд Немачке, Пресуда *SIERRA ANTIGUO* од 3.4.2008, предмет бр. I ZB 61/07, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, Nr. 10/2008, стр. 904.

12 Rohnke Christian, Thiering Frederik, „Die Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Markenrecht in der Jahren 2009 und 2010 (Teil II)“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, Nr. 10/ 2012, стр. 972.

13 Савезни патентни суд Немачке, Пресуда *Maalox/Melox-GRY* од 1.6.2011, предмет бр. I ZB 52/09, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, Nr. 1/2012, стр. 64.

14 У стручним круговима позната је фирма *GRY – Pharma GmbH*.

Из тог разлога се не може говорити о самосталној обележавајућој улози, нити дела *GRY*, нити дела *Melox*.

Када је реч о стручној медицинској публици, такође је негирана опасност замене у ширем смислу између наведених жигова. Једино је тачно да се у стручним круговима део *GRY* идентификује као део фирме титулара жига. Међутим, ни ова публика није подстакнута да претпостави привредне или организационе везе између предузећа. Наиме, жиг *Maalox* није преузет у идентичној форми у делу *Melox*. Између ових делова постоје значајне разлике, којима се придодаје и околност да је жиг *Maalox* фантастични појам, а део *Melox* је наслоњен на реч *Meloxicam*. Савезни врховни суд Немачке истиче и да је услов за утврђивање самостално обележавајуће улоге неког дела знака посебна околност којом је промет подстакнут да сложени жиг растави у делове и да га не посматра као јединствену целину.

Исто схватање заступљено је и у пресуди *METRO/ROLLER's Metro*.¹⁵ Титулар жига *METRO* припада групи предузећа Метро, која ознаку *METRO* користи у ознаци предузећа и као кључну реч фирме. Тужена своје производе обележава ознакама *ROLLER's Metro 22*, *ROLLER's Metro 32* и *ROLLER's Minimetro A*. Савезни врховни суд Немачке је усвојио тужбени захтев титулара старијег жига. Суд је истакао да се при оцени сличности супротстављени жигови посматрају као целина и међусобно се упоређују по свом општем утиску. То не искључује могућност да један или више саставних делова неког сложеног знака могу да буду прегнантни за општи утисак, који је знаком изазван у сећању дотичних прометних кругова. Надаље је могуће да неки знак, који је преузет као део у неки комплексни жиг задржи самостално обележавајућу улогу, а да при том не доминира, или није прегнантан за комплексни жиг. У случају идентитета, или сличности овог дела знака са неким старијим знаком може да се потврди опасност замене, јер се на тај начин у мерицама прометних круговима може изазвати утисак да дотични производи, или услуге потичу из макар привредно међусобно повезаних предузећа. Самостално обележавајућа улога у комплексном жигу произилази из искуственог правила да промет у дистинктивном делу знака у начелу идентификује истинску ознаку производа, када је овај део поред неке препознатљиве ознаке предузећа. Међутим, о самостално обележавајућој улози се не може говорити када се тај део у промету схвата као описујући. Претпоставка за опасност замене у ширем смислу је да се у промету, додуше, препознају разлике између знакова, али се претпостављају привредне или организационе везе између предузећа, због делимичне подударности знакова.

15 Савезни врховни суд Немачке, Пресуда *METRO/ROLLER's Metro* од 22.3.2012, предмет бр. I ZR 55/10, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, Nr. 6/2012, стр. 635.

У истом смислу је у пресуди *Metrobus/HVV Metrobus*¹⁶ Савезни врховни суд Немачке истакао да се о опасности замене у ширем смислу може говорити када промет разликује саме ознаке као и њима обележена предузећа, али на основу својстава супротстављених знакова закључује о постојању организационих или привредних веза. Када је реч о ознаци *HVV Metrobus*, промет ће њоме бити подсећан на услуге линијског превоза лица аутобусима, а не на ланац метро-концерна. Из тог разлога се неће сматрати да постоје привредне и организационе везе између предузећа.

У пресуди *Pantogast*¹⁷ решавано је о приговору титулара жига *PANTO* против регистрације жига *Pantogast*. У образложењу пресуде Савезни врховни суд Немачке је најпре поновио квалификацију о опасности замене у ширем смислу, а затим је размотрио питање самостално обележавајуће улоге дела *Panto* у млађем жигу *Pantogast*. Заступао је схватање да делу *Panto* не припада оваква улога, јер су делови *Panto* и *gast* спојеним исписивањем прерасли у жиг у једној речи, а жиг *PANTO* поседује само дистинктивну моћ која је испод просечне. Из тих разлога у промету не постоји никакав повод да у оспореном комплексном жигу препозна жиг *PANTO*. Према томе, делу *Panto* у млађем жигу *Pantogast* не припада самостално обележавајућа улога.

У закључку Савезног врховног суда Немачке *Pantohexal*¹⁸ решавано је о приговору титулара жига *Panto* против регистрације жига *Pantohexal*. Савезни врховни суд Немачке је заступао становиште да делу *Panto* припада у млађем жигу *Pantohexal* самостално обележавајућа улога. Наиме, део *hexal* је у промету позната или макар препознатљива ознака предузећа титулара млађег жига. У случају повезивања овог дела млађег жига са старијим жигом *Panto*, очувана је самостално обележавајућа улога знака предузећа *hexal*, као и дела *Panto* у млађем жигу, и када су они спојени у једну реч. У млађем жигу промет ће у познатом или макар препознатљивом знаку предузећа идентификовати упућивање на предузеће, а у његовом другом делу упућивање на производ. С обзиром да се самостално обележавајући део млађег жига, који се односи на производ, подударно са жигом *Panto*, начелно постоји опасност да се у промету старији жиг припише титулару знака предузећа и да се мисли да се старијим жигом обележавају производи или услуге тог предузећа. Услов за овакво схватање у промету није да старији жиг

16 Савезни врховни суд Немачке, Пресуда *Metrobus/HVV Metrobus* од 5.2.2009, предмет бр. I ZR 176/06, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, Nr. 5/2009, стр. 485.

17 Савезни врховног суда Немачке, Пресуда *Pantogast* од 29.5.2008, предмет бр. I ZB 55/05, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, Nr. 10/2008, стр. 909.

18 Закључак Савезног врховног суда Немачке, *Pantohexal* од 29.5.2008, предмет бр. I ZB 54/05, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, Nr. 10/2008, стр. 906.

поседује макар нормалну дистинктивну моћ. Напротив, она може бити и испод просечне дистинктивне моћи по пореклу.

Старији жиг се подудара са самостално обележавајућим делом *Panto* млађег жига. За подручје идентичних производа, а то су препарати за лечење желуца и црева на једној страни, и фармацеутски производи на другој страни, постоји опасност да промет старији жиг мисаоно доведе у везу са титуларом млађег жига. Да ли ово важи и за друге производе за које је регистрован млађи жиг није могуће коначно оценити, јер у претходној судској инстанци није одређен степен сличности између производа за које су жигови регистровани.

Савезни врховни суд Немачке је и у закључку *Malteserkreuz II*¹⁹ детаљно размотрио питање самостално обележавајуће улоге неког дела жига. За регистрацију је био пријављен знак осмостреличастог крста у зеленој боји на белој подлози у комбинацији са речју *LAZARUS*. Регистрацији овог жига супротставио се титулар већ регистрованог жига, који се састојао од осмостреличастог крста беле боје на црној подлози. Суд је у овом спору најпре истакао да се питање опасности замене процењује свеобухватно, узимајући у обзир све околности конкретног случаја. Основни критеријуми су идентитет или сличност производа и услуга, степен сличности жигова и дистинктивна моћ приоритетног старијег жига. Ови критеријуми су у узајамном међусобном деловању. Приликом оцене опасности замене примарни момент је општи утисак, који је изазван знацима, при чему се нарочито узимају у обзир њихови дистинктивни и доминирајући елементи. Општи утисак је меродаван зато што просечни потрошач, по правилу, жиг опажа као целину и не обраћа пажњу на различите детаље у његовом обликовању. У конкретном случају потврђена је сличност између жигова. Остало је отворено питање да ли је сликовни део млађег комплексног жига прегнантан, а пошло се од претпоставке да сликовни део у млађем жигу поседује самостално обележавајућу улогу, што проистиче из чињенице да се малтешки крст старијег жига у промету схвата као знак предузећа. У млађем жигу се реч *LAZARUS* сматра као ознака предузећа. Пошто је ова реч комбинована са још једним делом, а то је сликовни део који се у промету такође схвата као знак предузећа, закључак је да оба саставна дела у млађем жигу поседују самостално обележавајућу улогу. Због сличности самостално обележавајућег дела млађег жига са старијим жигом, у промету ће се претпоставити макар постојање привредних и организационих веза између предузећа титулара жигова. Суд своју одлуку није засновао на непосредној опасности замене, него на опасности замене у ширем смислу. Поново је истакнуто да опасност замене у

19 Закључак Савезног врховног суда Немачке, *Malteserkreuz II* од 25.2.2010, предмет бр. I ZB 19/08, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, Nr. 9/2010, стр. 833.

ширем смислу постоји онда када је део подударан са старијим жигом у идентичном или сличном облику преузет у комплексни млађи жиг, који још садржи неки знак предузећа или серијски жиг. Неопходно је да овај део остварује самостално обележавајућу улогу, а због његове подударности са старијим жигом у меродавним прометним круговима се изазива утисак да дотични производи или услуге потичу из привредно међусобно повезаних предузећа.

Опасност замене у ширем смислу потврђена је полазећи од чињенице да сликовни део млађег жига поседује самостално обележавајућу улогу. Поред тога, узете су у обзир и околности да је старији жиг просечне дистинктивне моћи, да су знаци слични и да је реч о идентичним или макар високо сличним производима и услугама.

Очигледно је да Савезни врховни суд Немачке, у случају самостално обележавајуће улоге неког дела жига, по правилу потврђује постојање опасности замене у ширем смислу, али под одређеним и посебним условима. Међутим, и даље је отворено питање да ли се у оваквим случајевима може такође говорити о непосредној опасности замене у ужем смислу, првенствено када у промету титулар старијег жига није поименично познат.²⁰

У пресуди *Zwilling/Zweibruder*²¹ исти суд је негирао опасност замене у ширем смислу, истакавши да она постоји само када је реч о посебним околностима. У конкретном случају за опасност замене у ширем смислу у обзир долази само околност да се жиг *Zwilling* употребљава и као карактеристични део фирме тужиље и да је као такав познат. Међутим, изостаје довољно сагласан општи утисак који изазивају супротстављени знаци, на основу којег би се просечном потрошачу наметнуло да се знаци односе један према другом у смислу обележавања постојећих веза између предузећа. Таквом утиску супротстављају се већ различити начини конструкције знакова, као и разлике у погледу семантичког значења употребљених речи.

V Закључак

Пресудом *THOMSON LIFE* проширен је домаћај теорије прегнантности и омогућена је заштита и за случајеве у којима се раније није могла стећи. Наиме, на основу ове теорије било је могуће присвајање туђег жига само на основу простог додавања у неки комплексни знак имена произвођача, иако је на тај начин била оштећена функција означавања порекла.

20 С. Rohnke Christian, F. Thiering, *нав. чланак*, стр. 973.

21 Савезни врховни суд Немачке, Пресуда *Zwilling/Zweibruder* од 29.4.2004, предмет бр. I ZR 191/01, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, Nr. 9/2004, стр. 779.

Међутим, ова теорија и даље у пуној мери важи за уобичајене случајеве, а и даље је меродаван општи утисак. То важи и за констатацију да појединачна обележја могу да доминирају општим утиском. Наведено проширење заштите односи се на шири приступ одређивању самостално обележавајуће улоге неког подударног или сличног дела комплексног знака, преузетог из приоритетно старијег знака, што за последицу има и потенцирање појма опасности замене у ширем смислу. Да ли неком делу комплексног знака припада самостално обележавајућа улога је фактичко, а не правно питање и решава се у зависности од схватања која постоје у меродавном промету. Основни услов за утврђивање самостално обележавајуће улоге је да се у промету, за разлику од правила, знак не опажа као целина, него да се на основу посебних околности раздваја на саставне делове и тек онда се оцењује њихова улога у датом оквиру. Овај услов је нарочито наглашен у пресуди *Pantogast* и закључку *Pantohexal* у којима је одлучено потпуно супротно.

У судској пракси су постављени неки од критеријума за дефинисање појма самостално обележавајуће улоге. На пример, када је реч о неком препознатљивом или познатом знаку предузећа, вероватна је претпоставка да оваквом делу знака припада самостално обележавајућа улога. Поред тога, последица повећане дистинктивне моћи старијег жига је да ће се у промету пре закључити да знак поседује овакву улогу у млађем комплексном знаку. У сваком случају, реч је о новом изазову, који се намеће теорији и пракси, а за који ће тек бити тражена потпунија решења. Појам самостално обележавајуће улоге примењује се само када је реч о млађем комплексном знаку, а не и на старији знак. Другим речима, сличност знакова се не може заснивати на томе да подударном делу припада самостално обележавајућа улога у оквиру старијег знака.

Božin VLAŠKOVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Kragujevac

A NEW APPROACH TO DEFINING THE RISK OF REPLACEMENT IN A BROADER SENSE

Summary

What has been extended in the latest case law is a role and significance of the risk of replacement in a broader sense. It is considered to be a consequence of circumstances leading to defining the concept of “an independently signifying

role” of a congruent part of a complex trademark or the one similar to it, and it is being defined in a more thorough manner. This concept refers to the later complex trademark exclusively, and it does not refer to the earlier trademark covered by the later one. In other words, a similarity between an earlier and later trademark cannot be based solely upon the conclusion that an independently signifying role covered by the earlier trademark belongs to the congruent part.

Key words: *overall impression, the theory of pragnanz, association, a company’s sign, trademark series, trademark similarity.*

др Зоран МИЛАДИНОВИЋ
професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

ПРИВРЕМЕНЕ МЕРЕ И МЕРЕ ОБЕЗБЕЂЕЊА ДОКАЗА У СЛУЧАЈУ ПОВРЕДЕ ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ*

Резиме

У раду се анализирају привремене мере и мере обезбеђења доказа, у случају повреде права интелектуалне својине, предвиђене одредбама закона који уређују поједина права интелектуалне својине у Србији. Анализирајући одредбе закона о заштити интелектуалне својине које уређују грађанскојравну заштиту, аутор закључује да сви они садрже одредбе о привременим мерама и мерама обезбеђења доказа које се преоручују Споразумом о трговинским аспектима права интелектуалне својине (TRIPS) и Директивом ЕУ о спровођењу права интелектуалне својине. Аутор, међу тим, указује да ово питање није ваљано уређено у законима Србије који уређују поједина права интелектуалне својине. Наиме, привремене мере и мере обезбеђења доказа одређују се из истих разлога према свим пројектима који уређују поједина права интелектуалне својине, па би било логично да су и правила за одређивање истих уређена на идентичан начин. Ово тим пре ако се има у виду да је већина нових закона који уређују поједина права интелектуалне својине у Србији донета током 2009. и 2010. године, да су током 2011. и 2012. године вршене измене Закона о ауторском и сродним правима, иако да је било вероватно да се ово питање у свим законима уреди на идентичан начин и тиме у потпуности усагласи са одредбама TRIPS и директивом

* Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу „XXI век – век услуга и Услужној права“, бр. 179012, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

ЕУ. Аутор на крају закључује да је неопходно да се изменама појединих закона ово ишћање уреди на идентичан начин, јер нема никаквој разлоја да се исто ишћање уређује на различите начине.

Кључне речи: *интелектуална својина, индустријска својина, ауторско и сродна права, привремене мере, мере обезбеђења доказа.*

І Уводне напомене

У последњих неколико година у Србији је у нормативном смислу учињен значајан напредак у вредновању и адекватној судској заштити права интелектуалне својине. Тај процес започет је још у време постојања бивше СРЈ, тј. 1995. године, када је усвојено неколико закона којима се одвојено уређују поједина права индустријске својине¹, која су до тада била уређене једним законом.² Потом су, 1998. године, усвојени Закон о ауторском и сродним правима,³ којим је материја ауторског и сродних права у нашој земљи била уређена на квалитетнији начин у односу на претходна законска решења, и Закон о заштити топографија интегрисаних кола, којим је ова област интелектуалне својине у нашој земљи први пут регулисана.⁴ Усвајањем ових закона започет је процес усклађивања нашег права интелектуалне својине са међународним и изворима права интелектуалне својине Европске уније (даље ЕУ). Међутим, пошто су сви закони који уређују заштиту права индустријске својине већ били у завршној фази израде током 1994, када је Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине (*Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPS*), већ био усвојен, а у међувремену и у оквиру ЕУ дошло до усвајања неких аката, настала је потреба да се одредбе наших прописа о заштити интелектуалне својине ускладе са решењима из међународних аката и аката ЕУ. Из тих разлога, након девет година примене претходних, усвојени су нови прописи који уређују поједина права интелектуалне својине.⁵ Међутим, ни овога пута у наше прописе нису била интегрисана сва она решења која држа-

1 Закон о патентима; Закон о жиговима; Закон о моделима и узорцима; Закон о географским ознакама порекла (*Службени лист СРЈ*, бр. 15/95).

2 Био је то Закон о заштити проналазака техничких унапређења и знакова разликовања из 1981 (*Службени лист СФРЈ*, бр. 34/81, 9/90).

3 Закон о ауторским и сродним правима (*Службени лист СРЈ*, бр. 24/98).

4 Закон о заштити топографија интегрисаних кола (*Службени лист СРЈ*, бр. 12/98).

5 Закон о жиговима; Закон о заштити топографија интегрисаних кола; Закон о правној заштити индустријског дизајна; Закон о ауторском и сродним правима (*Службени гласник РС*, бр. 62/04).

вама чланицама Светске трговинске организације, али и онима које претендују да то постану, намеће TRIPS. Зато су, током 2009. године, усвојени нови закони из области интелектуалне својине,⁶ осим Закона о ознакама географског порекла, који је усвојен средином 2010. године⁷ и Закона о патентима који је усвојен 2011. године.⁸ Већ током 2011. године извршене су прве измене Закона о ауторском и сродним правима из 2009. године,⁹ а затим су, крајем 2012, поново извршене измене овог закона.¹⁰ Оваква „жива“ законодавна активност у области интелектуалне својине резултирала је усклађивањем у највећој мери српског права интелектуалне својине са међународним конвенцијама из области интелектуалне својине¹¹ и правом интелектуалне својине ЕУ.¹² Ова законодавна активност, примећена је и у Извештају Европске комисије за 2010. годину, где се истиче да је Србија у области заштите интелектуалне својине остварила „умерени напредак“ као и да су „неопходни даљи напори у погледу усклађивања домаћих прописа са правним тековинама ЕУ“, али и да је у погледу спровођења усвојених прописа неопходна „боља координација рада различитих државних органа“.¹³

Динамика којом су усвајани закони о заштити интелектуалне својине, показује да манир честих измена закона и усвајање и измена закона по хитном поступку у Србији није мимоишао ни област интелектуалне својине. То не би био проблем када би се честим изменама побољшавала законска решења која су се у пракси показала као неадекватна, што у суштини и јесте сврха измена и допуна законских решења. Нажалост то није увек случај, што се да уочити и из последњих измена Закона о ауторском и сродним правима из 2012. године.¹⁴ Такође, закон-

6 Закон о жиговима; Закон о заштити топографија интегрисаних кола; Закон о правној заштити индустријског дизајна; Закон о ауторском и сродним правима, (*Службени гласник РС*, бр. 104/09).

7 Закона о ознакама географског порекла, *Сл. гласник РС*, бр. 18/2010.

8 Закона о патентима (*Службени гласник РС*, бр. 99/11).

9 Закона о ауторском и сродним правима (*Службени гласник РС*, бр. 99/11).

10 Закон о изменама и допунама Закона о ауторском и сродним правима (*Службени гласник РС*, бр. 119/12).

11 Треба рећи да је тадашња СРЈ крајем 2002. године ратификовала Међународну конвенцију о заштити уметника извођача, произвођача фонограма и установа за радиодифузију; WIPO уговор о ауторском праву и WIPO уговор о интерпретацијама и фонограмима (*Службени лист СРЈ*, бр. 12/02).

12 Душан Поповић, „О ограничењима и колективном остваривању ауторског права и сродних права“, *Право и њивреда*, бр. 7–9/2012, стр. 295.

13 Извештај Европске комисије о напретку Србије током 2010. године, SEC (2010) 1330, стр. 35–36.

14 На пример, овим изменама укинута је тзв. музички динар за занатске радње, смањен је број техничких уређаја и предмета приликом чије продаје или увоза се плаћа

ско уређење привremenih мера и мера обезбеђења доказа из појединих актуелних закона о заштити интелектуалне својине Србије, показује да, и поред свих досадашњих измена и допуна закона, ова питања нису једнако уређена у свим законима, тако да постоји међусобна неусклађеност како између самих закона о заштити појединих права интелектуалне својине, тако и са одредбама TRIPS и Директиве ЕУ о спровођењу права интелектуалне својине (*Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights*).¹⁵

II Привремене мере у случају повреде права интелектуалне својине

Привремена мера је наредба којом суд, на захтев лица које учини вероватним да је његово право повређено или да ће бити повређено, налаже лицу које ту повреду чини, или из околности произилази да ће повреду учинити, да престане са радњама које представљају повреду права, до доношења мериторне одлуке. Захтев за одређивање привремене мере предлагач може истаћи истовремено са подношењем тужбе због повреде права интелектуалне својине, али то може учинити и пре него што је тужба поднета.

Сви наши закони о заштити појединих права интелектуалне својине, осим Закона о заштити топографија интегрисаних кола, у делу о грађанскоправној заштити садрже одговарајуће одредбе о могућности да суд на захтев лица које учини вероватним да је његово право интелектуалне својине повређено или да ће бити повређено, може да одреди привремену меру престанка са радњама које представљају повреду права или које прете да се истим повреда права изврши.¹⁶ Привремене мере и мере обезбеђења доказа су институти парничног и извршног поступка,¹⁷ и оне су биле познате и у нашим ранијим прописима који

посбна накнада као вид обештећења аутора и субјеката сродних права за чија ауторска дела постоји вероватноћа да ће бити умножавана без сагласности аутора и сл. О критичком осврту на усвојена решења док су измене биле још у фази предлога за измену Закона о ауторском и сродним правима видети код: Д. Поповић, *нав. чланак*, стр. 307.

- 15 Директиве ЕУ о спровођењу права интелектуалне својине (*Службени лист ЕУ*, бр. 157/45).
- 16 Види Закон о патентима, чл. 134; Закон о жиговима, чл. 75; Закон о правној заштити индустријског дизајна, чл. 66; Закон о ознакама географског порекла, чл. 60; Закон о ауторском и сродним правима, чл. 210.
- 17 Закон о парничном поступку (*Службени гласник РС*, бр. 72/2011); Закон о извршењу и обезбеђењу (*Службени гласник РС*, бр. 31/2011 и 99/2011).

уређују поједина права интелектуалне својине. Међутим, у наше актуелне прописе о заштити интелектуалне својине, одредбама о привременим мерама и мерама обезбеђења доказа требало је детаљније уредити услове и поступак одређивања привремених мера и мера обезбеђења доказа, како би се наше право интелектуалне својине ускладило са одредбама TRIPS који је темељ у погледу обавеза држава чланица Светске трговинске организације (даље: СТО) али и оних које претендују да то постану, у погледу адекватне судске заштите права интелектуалне својине на својој територији. Ово питање било је неопходно уредити и ради усклађивања наших прописа о заштити интелектуалне својине са Директивом ЕУ о спровођењу права интелектуалне својине донетом са циљем да државе чланице ЕУ, а ли и оне које претендују да то постану, ускладе своје националне прописе у погледу ефикасности грађанскоправне заштите права интелектуалне својине, у којој правила о одређивању привремених мера и мера обезбеђења доказа заузимају централно место. Када је реч о одредбама TRIPS које се односе на привремене мере и мере обезбеђења доказа у случају повреде права интелектуалне својине, кључан је његов *Одељак 3: Привремене мере*, чл. 50. Овом одредбом у форми генералне клаузуле уређено је питање одређивања привремених мера и мера обезбеђења доказа у случају повреде права интелектуалне својине, с тим што је остављено државама чланицама СТО, али и онима које претендују да постану чланице СТО, да ово питање детаљно уреде националним законодавством. Иако је реч о одредби која има генерални карактер, у питању је једна веома опширна одредба која је обликована по мери англосаксонског права која у себи обухвата институт привремених мера који је у нашем праву карактеристичан превасходно за институт извршног поступка, и институт мере обезбеђење доказа, који је за наше грађанско процесно право карактеристичан превасходно за институт парничног поступка.¹⁸ Да би се разумела суштина проблема и неадекватност уређења института привремених мера у нашим законима о заштити интелектуалне својине, неопходно је упознати се са одредбом члана 50 TRIPS.

Наиме, одредбом члана 50 TRIPS прописано је да државе чланице могу националним законодавством да предвиде да су судске власти овлашћене да наложе хитне и ефикасне привремене мере:

„а) за спречавање повреде било ког права интелектуалне својине, а нарочито за спречавање пуштања у промет робе преко трговинских канала који су у њиховој надлежности, укључујући ту и увезену робу, непосредно по проласку царинске контроле;

18 Слободан Гавриловић, *Основи и средства грађанскојравне заштитије ауторској љрава у Југославији с осврћом на ујоредно љраво*, докторска дисертација, Београд, 2007, стр. 226.

б) за чување релевантних доказа у односу на наводну повреду.“

Судске власти су овлашћене да усвоје привремене мере *inaudita altera partes* по потреби, посебно у случају где би било какво кашњење вероватно проузроковало непоправљиву штету титулару права, или где постоји очигледан ризик од уништавања доказа.

Судске власти су овлашћене да траже од подносиоца захтева да достави сваки разумно расположиви доказ како би се са довољним степеном сигурности уверили да је подносилац захтева титулар права и да се његово право крши, или да ће повреда уследити и да наложе подносиоцу захтева да пружи гаранцију или одговарајуће обезбеђење довољно да заштити туженог и спречи злоупотребу.

У случају да су привремене мере усвојене *inaudita altera partes*, стране под дејством тих мера ће бити без одлагања обавештене, а најкасније после спровођења мера. Испитивање, ће се, укључујући право на саслушање, на захтев туженог, обавити у разумном року од пријема обавештења о мерама, а у циљу доношења одлуке о томе да ли ће се мере изменити, повући или потврдити.

Од подносиоца захтева се може тражити да достави и друге информације неопходне за идентификацију робе у питању од стране власти која ће извршити привремене мере.

Без обзира на став 4, привремене мере одређене на основу става 1 и 2 ће, на захтев туженог, бити повучене или ће на други начин престати да важе, ако поступак који треба да доведе до одлуке о датом случају није покренут у разумном року, што утврђује судска власт која изриче мере када закон државе чланице то дозвољава, или, у одсуству такве одлуке, у року који не може бити дужи од 20 радних дана или 31 календарски дан, у зависности од тога шта је дуже.

У случају да су привремене мере повучене или да су истекле услед било ког чињења или пропуста подносиоца захтева, или да је накнадно утврђено да није дошло до повреде права или услова за претњу повредом права интелектуалне својине, судске власти ће имати овлашћење да наложе подносиоцу захтева, на захтев туженог, да обезбеди туженом одговарајућу накнаду за сваку повреду изазвану овим мерама.

У мери у којој се било која привремена мера може одредити на основу управног поступка, ти поступци морају бити у складу са принципима који су у суштини еквивалентни оним наведеним у овом Одељку“.

Дакле, из тачке 1, став а члана 50 TRIPS јасно је да је реч о привременим мерама које познаје наш Закон о извршењу и обезбеђењу (чл. 285–298), док се став б) тачка 1 истог члана односи на институт мере обезбеђења доказа, који познаје наш Закон о парничном поступку (чл. 284–288).

У Директиви ЕУ о спровођењу права интелектуалне својине правила о одређивању привремених мера и мера обезбеђења доказа су уређена у одвојеним одредбама. Тако су, одредбом члана 9, уређена правила о одређивању привремених мера „привремене мере и мере предострожности“, док се чл. 7 и 8 односе на мере обезбеђења доказа.

Према члану 9 Директиве, државе чланице треба националним законодавством да предвиде да судске власти могу на захтев подносиоца захтева наводном повредиоцу права издати привремени налог којим се спречава било каква непосредна повреда права интелектуалне својине или настављање наводног повређивања тог права; наложити одузимање или предају робе за коју се сумња да повређује право интелектуалне својине како би се спречио њен улазак у комерцијалне токове или њено кретање унутар тих токова.

Привремена мера може се под истим условима издати и посреднику чијим се услугама користило треће лице у повређивању права интелектуалне својине.

У случају повреде права почињене на комерцијалној основи државе чланице могу предвидети да судске власти могу, из предострожности, наложити одузимање покретне и непокретне имовине наводног повредиоца права, укључујући блокирање његовог банковног рачуна и других прихода, ако оштећена страна предочи околности које би могле довести у опасност накнаду штете. У ту сврху, надлежне власти могу наложити доставу банковних, финансијских или комерцијалних докумената или омогућити одговарајући приступ релевантним информацијама.

Државе чланице могу националним законодавством предвидети да судске власти за усвајање предлога за одређивање привремене мере могу тражити од подносиоца захтева да достави све разумно доступне доказе, како би се са сигурношћу увериле да је подносилац захтева носилац права и да се његово право повређује или да постоји непосредна опасност од повреде.

Државе чланице могу предвидети да се привремене мере због повреде права интелектуалне својине могу, у одговарајућим случајевима, одредити без саслушања туженика, нарочито када би било какво одлагање могло проузроковати неотклоњиву штету носиоцу права. У том случају странке о томе морају бити без одлагања обавештене, а најкасније након спровођења тих мера.

Државе чланице могу предвидети да се, на захтев туженика, одређене привремене мере укидају или да на други начин престаје њихово дејство, ако подносилац захтева не покрене поступак због повреде права (поднесе тужбу) пред надлежном судом у разумном року, у року од највише 20 радних дана или 31 календарских дана, зависно од тог који је рок дужи.

Судске власти могу условити одређивање привремених мера полагањем одговарајућег покрића или еквивалентног јамства од стране предлагача, намењених осигурању накнаде за било какву штету претрпљену од стране туженика.

Када су привремене мере укинуте, или када су престале производити правно дејство због било које радње или пропуста подносиоца предлога, или када је накнадно утврђено да није било никакве повреде или опасности од повреде права интелектуалне својине, судске власти могу, на захтев туженика, да наложе подносиоцу предлога да туженику пружи одговарајућу накнаду за било какву штету нанету тим мерама.

У настојању да наше законе о заштити интелектуалне својине усугласи са цитираним правилима TRIPS и Директиве ЕУ, и у функцији што ефикасније судске заштите повређених или угрожених права интелектуалне својине, наш законодавац је одговарајућим одредбама у законима о заштити интелектуалне својине установио *lex specialis* одредбе у погледу привремених мера и мера обезбеђења доказа. У том смислу, добро решење је у чињеници да се, одредбама наших закона о заштити интелектуалне својине, наш законодавац није некритички повео за увршћивањем мера обезбеђења доказа у оквире института привремених мера, како је предвиђено одредбом члана 50 TRIPS, јер, независно од материје интелектуалне својине, наше грађанско право прави јасну разлику између привремених мера и мера обезбеђења доказа. Тако је и одговарајућим одредбама наших закона о заштити интелектуалне својине, посебним одредбама уређено питање одређивања привремених мера, а посебним одредбама питање обезбеђења доказа у случају повреде права интелектуалне својине.

Иако је као полазна основа за уређење привремених мера због повреде права интелектуалне својине, у наше законе узета одредба члана 50 TRIPS, и члана 9 Директиве ЕУ, што је и разумљиво, јер је требало наше законодавство из ове области ускладити са међународним, односно регионалним прописима, анализом одредби које се односе на правила за одређивање привремених мера наших закона о заштити интелектуалне својине, долази се до закључка да је ово питање веома квалитетно уређено у Закону о патентима (даље: ЗОПАТ). У осталим законима, исто је само дотакнуто, па самим тим није ни усклађено са одредбом члана 50 TRIPS и чланом 9 Директиве ЕУ, док у Закону о заштити топографија интегрисаних кола (даље: ЗОЗТИК), није ни поменуто.

Према члану 134 ЗОПАТ, „на захтев лица које учини вероватним да је његово право, из објављене пријаве или признато право, повређено или да ће бити повређено, суд може, до правноснажности пресуде, одредити привремену меру: а) одузимања или искључења из промета производа

насталих или стечених повредом права; б) одузимања или искључења из промета предмета (прибор, алат) претежно употребљиваниху стварању производа којима се повређује право; в) забране настављања започетих радњи којима се повређује право.

Предлог за одређивање привремене мере може се поднети и пре подношења тужбе, под условом да се тужба поднесе у року од 30 дана од дана доношења решења о одређивању привремене мере. Ако постоји опасност од настанка ненадокнадиве¹⁹ штете или ако је очигледно да постоји опасност од уништења доказа, суд може одредити привремену меру без претходног изјашњења туженог, с тим да тужени о томе мора бити обавештен без одлагања, а најдоцније у року од пет дана од дана спровођења привремене мере. Суд може наложити подносиоцу предлога да достави додатне доказе о извршеној повреди права или о постојању очигледне опасности да ће право бити повређено. Жалба против решења којим је суд одредио привремену меру не одлаже извршење решења. На питања у вези са одређивањем привремених мера, која нису уређена овим законом, примењују се одговарајуће одредбе закона којим се уређује извршни поступак.

„На захтев лица против кога је покренут поступак због повреде права или поступак за одређивање привремене мере, суд може одредити да тужилац или лице које је поднело предлог за одређивање привремене мере положи одговарајући новчани износ као средство обезбеђења за случај неоснованости захтева.“

Закон о жиговима (даље: ЗОЖ), Закон о правној заштити дизајна (даље: ЗОПЗД) и Закон о ознакама географског порекла (даље: ЗООГП), Закон о ауторском и сродним правима (даље: ЗАСП) садрже скоро идентична решења о правилима за одређивање привремене мере, али се ова решења разликују од решења из ЗОПАТ у неколико аспеката.

19 Сматрамо да је термин ненадокнадива штета неадекватан. Ненадокнадива штета је она која се не може никако надокнадити. Таква штета једноставно не постоји, осим у случају смрти физичког лица које више не може оживети. Међутим то је губитак неког блиског лица који проузрокује душевни бол и патњу. Па и у тим случајевима, (по правилу у праву осигурања), осигуравајућа друштва, на основу унапред утврђених критеријума, досуђују одређени износ на име накнаде нематеријалне штете. У свим осталим случајевима, па и у случају повреде права интелектуалне својине, штета се може манифестовати у виду стварне штете и измакле добити, које се, иако тешко, ипак се могу проценити и нису ненадокнадиве. Чак и у оним случајевима када постоји могућност подношења тужбеног захтева за накнаду нематеријалне штете, накнада се одређује у новцу, што значи да је њу могуће утврдити и није ненадокнадива. Због тога мислимо да је требало употребити неки други, адекватнији термин, као на пример, „велика штета“, или штета коју би штетник тешко могао да надокнади и сл. Закон о ауторским и сродним правима, на пример, користи термин неотклоњива штета, што такође није адекватан термин, јер свака штета је материјална штета је у суштини отклоњива.

Прво, ови закони не садрже решење према коме, у случају постојања опасности од настанка ненадокнадиве штете или ако је очигледно да постоји опасност од уништења доказа, суд може одредити привремену меру без претходног изјашњавања туженог, с тим да тужени о томе мора бити обавештен без одлагања, а најдоцније у року од пет дана од дана спровођења привремене мере. Такво решење садржи ЗОПАТ (чл. 134, став 2) које је у суштини преузето из члана 50, став 2 TRIPS.

Друго, ови закони не предвиђају могућност да суд наложи подносиоцу предлога (што не значи да суд то не може учинити) да достави додатне доказе о извршеној повреди права или о постојању очигледне опасности да ће право бити повређено. Такав налог суд може издати лицу које подноси предлог за одређивање привремене мере према ЗОПАТ (чл. 134, став 4), а што је предвиђено ставом 3 члана 50 TRIPS и чланом 9, став 3 Директиве ЕУ.

Треће, према ЗООГП (чл. 60, став 1) ако се одређивање привремене мере тражи пре подношења тужбе због повреде права, тужба се мора поднети у року од 15 дана од дана *извршења привремене мере*, у супротном ће привремена мера бити укинута. Ово решење захтева посебан коментар. Прво, није јасно зашто је одредбом члана 60, став 1 ЗООГП предвиђен краћи рок за подношење тужбе, у односу на рок који предвиђају остали закони, а тај рок износи 30 дана. Према члану 50, став 6 TRIPS, и према члану 9, став 5 Директиве ЕУ, државе чланице у овом случају могу предвидети рок који не може бити дужи од 21 радних дана или 31 календарски дан зависно од тога шта је дуже. Друго, ЗООГП, предвиђа да се тужба мора поднети у року од 15 дана од дана извршења привремене мере, док сви остали закони предвиђају да тај рок тече од дана доношења решења о одређивању привремене мере.

Четврто, имајући у виду да суд мериторном одлуком може утврдити да није било повреде права интелектуалне својине, одредбама ЗОПАТ (чл. 135), ЗОЖ (чл. 78), ЗОПЗД (чл. 69) и ЗООГП (чл. 63), предвиђено је да на захтев лица против кога је покренут поступак због повреде неког од права интелектуалне својине или поступак за одређивање привремене мере, суд може одредити да тужилац или лице које је поднело предлог за одређивање привремене мере положи одговарајући новчани износ као средство обезбеђења за случај неоснованости захтева. ЗАСП не садржи такву одредбу што сматрамо да није добро и то из следећих разлога: Прво такву обавезу за тужиоца, односно лице које предлаже одређивање привремене мере требало је предвидети како би се елиминисала могућност злоупотребе института привремене мере, која је предвиђена у корист носиоца права. Друго, таква одредба у ЗАСП требала се наћи и из разлога што је то предвиђено у TRIPS (чл. 50, став 3) и у Директиви ЕУ (чл. 9, став 6) тако да би у том смислу таква одредба

ЗАСП била у складу са TRIPS и Директивом ЕУ. Уосталом, таква одредба постојала је још у Закону о ауторском праву из 1929. године.²⁰

У вези са одређивањем привремених мера у случају повреде права интелектуалне својине, постављају се неколико питања на која нема одговора у одредбама закона о заштити интелектуалне својине.

Прво питање, је у ком року је суд дужан да донесе одлуку о захтеву предлагача за одређивање привремене мере. С обзиром да осим ЗОПАТ и ЗАСП који у вези са одређивањем привремених мера, односно мера обезбеђења доказа упућују на сходну примену правила којима је уређен извршни поступак, остали закони не садрже било каква решења, закључак је да је суд дужан да такву одлуку донесе у што краћем року, а најкасније у року од осам дана, како је предвиђено одредбом члана 451 ЗПП.

Друго питање, које се у пракси појавило као спорно у вези са одређивањем привремених мера, јесте да ли се лицу према коме је одређена привремена мера може наложити извршење истих оних радњи чије се извршење тражи тужбеним захтевом (у случају када се одређивање привремене мере захтева истовремено са подношењем тужбе), односно који ће бити постављени тужбеним захтевом у случају када се одређивање привремене мере тражи пре подношења тужбе. Има мишљења да није битан садржај привремене мере и да се лицу према коме се одређује привремена мера могу наложити све оне чинидбе које се постављају или ће бити постављене тужбеним захтевом „јер привремена мера увек траје само одређено време, најчешће до правоснажно окончаног поступка по тужби, па се њом не решава трајно спорни однос, док се решењем којим се одлучује о тужбеном захтеву трајно решава спорни однос“.²¹ Чини нам се да је ово једно фактичко питање и да није могуће дати један униформни одговор који би се примењивао у сваком случају када се захтева одређивање привремене мере. Иако ће се у већини случајева налог чинидби које се постављају тужбеним захтевом и захтевом за одређивање привремених мера „подударати“, то не мора увек бити случај. Питање је како би се тужени обештетио ако му је привременом мером наложен шири обим чинидби од онога који буде одређен коначном одлуком суда. Ово питање посебно се поставља у случају одређивања привремених мера код повреде или опасности од повреде ауторског и сродних права, будући да ЗАСП не садржи одредбу према којој би суд, на захтев лица против кога је покренут поступак због повреде права или поступак за одређивање привремене мере, могао да наложи тужиоцу или лицу које је поднело предлог за одређивање

20 Вид. Закон о заштити ауторског права из 1929. године, параграф 60, став 5.

21 Слободан Сворцан, *Коментар закона о њарничном њосћуйку*, Крагујевац, 2012, стр. 1028.

привремене мере да положи одређени износ новца на име обезбеђења за случај да се коначном одлуком суда утврди да је захтев био неоснован. Мислимо да је не само у ЗАСП већ и у све наше законе о заштити интелектуалне својине требало унети одредбу коју садржи Директива ЕУ, према којој „када су привремене мере укинута или када су престале производити правно дејство због било које радње или пропуста подносиоца предлога или када је накнадно утврђено да није било никакве повреде или опасности од повреде права интелектуалне својине, судске власти могу, на захтев туженика, да наложе подносиоцу предлога да туженику пружи одговарајућу накнаду за било какву штету нанету тим мерама“ (чл. 9, став 7 Директиве).

III Мере обезбеђења доказа у случају повреде права интелектуалне својине

Један од основних разлога честих повреда права интелектуалне својине свуда у свету јесте недовољна ефикасност њихове судске заштите.²² Свест о томе да је судска заштита спора и неефикасна охрабрује повредиоце права интелектуалне својине у њиховим противзаконитим активностима, упркос постојању релативно квалитетних материјалноправних прописа о заштити интелектуалне својине.²³ Зато је један од акцената модернизације прописа не само оних који непосредно уређују заштиту интелектуалне својине у међународном и упоредном праву, уношење одредби којима ће се омогућити да се судски и управни поступци одвијају брзо и ефикасно. У том правцу су и одредбе TRIPS, који овом питању посвећује читаво једно поглавље (Део III Спровођење права интелектуалне својине, чл. 41–62) и одредбе Директиве ЕУ о спровођењу права интелектуалне својине, које овом питању такође посвећују нарочиту пажњу. У овим прописима посебно место заузимају одредбе које се односе на обезбеђење доказа, којима се државе чланице обавезују да омогуће судским властима да наложе хитне и ефикасне мере „за чување релевантних доказа у односу на наводну повреду права“.

У циљу усклађивања наших закона о заштити интелектуалне својине са одредбама TRIPS и Директиве ЕУ, и у циљу што ефикасније судске заштите повређених или угрожених права интелектуалне својине, наш законодавац је, у одредбама о грађанскоправној заштити права

22 Слободан Марковић, *Ауторско и сродна њрава*, Београд, 1999, стр. 379.

23 На пример, данас се заштита интелектуалне својине остварује свим могућим облицима заштите: грађанскоправном, управноправном (од стране инспекцијских и царинских органа) и кривичноправном.

интелектуалне својине, осим у ЗОЗТИК, установио *lex specialis* одредбе у погледу мера обезбеђења доказа и уопште обезбеђивања доказне грађе. Но, иако се чини да су у питању одредбе *lex specialis* у односу на одредбе ЗПП које уређују обезбеђење доказа (чл 284–288), чини нам се да су у питању одредбе начелног карактера и да ће се у самом поступку обезбеђења доказа примењивати одредбе члана 284–288 ЗПП, нашта једино упућује ЗОПАТ који у члану 136, став 5 изричито каже: „на питања у вези са обезбеђењем доказа, која нису уређена овим законом, примењују се одговарајуће одредбе закона којим се уређује парнични поступак.“ Наши остали закони о заштити интелектуалне својине, не садрже упућујућу одредбу о сходној примени одредби парничног поступка у погледу самог поступка за обезбеђење доказа (надлежност суда да предузме потребне мере, садржина поднеска којим се тражи обезбеђење доказа, надлежност суда за чување доказа који су изведени пре подношења тужбе и сл.), што мислимо да није добро решење, али да нема друге могућности до да се примене ова општа правила о обезбеђењу доказа предвиђена одредбама чл. 284–288 ЗПП.

За разлику од привремених мера где постоје одређене разлике у нашим законима о заштити интелектуалне својине, одредбе које се односе на мере обезбеђења доказа су скоро идентичне, уз минималне разлике на које ћемо указати у наредним редовима. Полазећи од одредби TRIPS и Директиве ЕУ о спровођењу права интелектуалне својине, сви наши закони о заштити интелектуалне својине, осим ЗОЗТИК, садрже скоро идентичну одредбу према којој на предлог лица које учини вероватним да је његово право из објављене пријаве или признато право (за права индустријске својине), повређено, односно да може доћи до повреде тог права, или да постоји опасност од настанка неотклоњиве штете, као и да постоји оправдана сумња да ће докази о томе бити уништени или ће их касније бити немогуће прибавити, суд може приступити обезбеђењу доказа без претходног обавештавања или саслушања лица од кога се докази прикупљају. Обезбеђењем доказа сматра се преглед просторија, књига, докумената, база података, као и заплена ствари и испитивање сведока и вештака.²⁴ Ипак, највећи квалитет законских решења која се односе на мере обезбеђења доказа, је у томе што суд може одредити меру обезбеђења доказа и *без њпреходној саслушања лица* од кога се докази прикупљају. Лицу од кога се докази прикупљају на напред описани начин, судско решење о обезбеђењу доказа биће уручено у тренутку прикупљања доказа, а одсутном лицу чим то постане могуће. *Ratio* оваквог законског решења је у ономогућавању повредиоца права да уклони или уништи доказе о повреди права, што би се иначе сигурно десило када би се докази обезбеђивали редовним путем,

24 Вид. ЗОПАТ, чл. 136; ЗОЖ, чл. 76; ЗОПЗД, чл. 67; ЗООГП, чл. 61; ЗАСП, чл. 211.

тј. уз претходно обавештавање или саслушање лица од кога се докази прикупљају. Овакво законско решење је тим пре оправданије ако се зна да субјекти права интелектуалне својине за повреду својих права често сазнају случајно или од других лица и да нису у могућности да те доказе обезбеде лично.

Обезбеђење доказа може се тражити истовремено са подношењем тужбе због повреде права али и пре подношења тужбе, под условом да се тужба поднесе у одређеном року од дана доношења решења којим се одређује обезбеђење доказа. Да носилац права интелектуалне својине не би злоупотребио меру обезбеђења доказа, одредбама ЗОПАТ, ЗОЖ, ЗОПЗД, ЗАСП је прописано да он има обавезу да тужбу поднесе у року од 30 дана од дана доношења решења којим се одређује обезбеђење доказа. Чланом 62, став 1 ЗООГП предвиђено је да је у том случају подносилац предлога за одређивање привремене мере и мере обезбеђења доказа дужан да тужбу поднесе у року од 15 дана од дана *извршења мере* обезбеђења доказа. Није јасно зашто је одредбом ЗООГП, овај рок упла краћи у односу на остале законе, и зашто се тај рок рачуна не од дана доношења решења о усвајању предлога за обезбеђење доказа већ од дана извршења тог решења.

У ширем смислу у мере обезбеђења доказа спадају и информације о лицима која учествују у повреди права. У том смислу неки наши закони о заштити интелектуалне својине (ЗОЖ, ЗОПЗД, ЗООГП, ЗАСП), садрже уопштене одредбе у којима стоји да суд може наредити лицу које је извршило повреду права из пријаве, или признатог права, регистроване ознаке географског порекла или ауторског и сродног права, да пружи информације о трећим лицима која су учествовала у повреди права и о њиховим дистрибутивним каналима. Лице које не изврши обавезу пружања информација одговара за штету која због тога произађе (чл. 79, став 2 ЗОЖ, чл. 70 ЗОПЗД, чл. 64 ЗООГП, чл. 213 ЗАСП). Сасвим другачију одредбу садржи ЗОПАТ који у члану 139, став 2 предвиђа да суд може наложити пружање информације о пореклу и дистрибутивној мрежи робе или услуга којима се повређује право из објављене пријаве следећим лицима: лицу код кога је пронађена роба која се налази у промету, а којом се повређује право из објављене пријаве или признато право; лицу које пружа услуге у промету, а којима се повређује право из објављене пријаве или признато право; лицу за које је утврђено да на комерцијалној основи пружа услуге које се користе у активностима које повређују право из објављене пријаве или признато право; лицу које је навело друга лица на производњу или дистрибуцију роба или пружање услуга којима се повређује право из објављене пријаве или признато право. Ставом 3 истог члана прецизирано је шта се подразумева под информацијама о повреди права из објављене пријаве за признање па-

тента, односно признатог патента, па се у том смислу каже да су то подаци о произвођачима, дистрибутерима, добављачима и другим лицима која су претходно била укључена у производњу или дистрибуцију робе или пружање услуга, и о продавцима којима је роба намењена, као и подаци о количинама произведене, испоручене или наручене робе или услуга, и ценама оствареним за такву робу или услугу.

Очигледно је да је ово законско решење квалитетније од напред цитираних законских одредби према којима суд може наложити само туженоме да пружи потребне информације о повреди права и лицима која су у томе учествовала или учествују. Није јасно зашто то није предвиђено и осталим законима о заштити интелектуалне својине, када такву могућност предвиђа Директива ЕУ о спровођењу права интелектуалне својине (чл. 8, став 1). Ова нелогичност се тим пре односи на ЗАСП чија је одредба члана 213, која се односи на обавезу пружања информација о лицима која су учествовала у повреди, корак уназад у односу на одредбу члана 179 ЗАСП из 1998, којом је било предвиђено да суд може наложити „лицу које је повезано са повредом туђег ауторског или сродног права (штампар, произвођач, увозник, снабдевач, власник примерка предмета заштите и слично) да да обавештење или преда документа који су у вези са повредом права“. Ако ова лица не би дала потребне информације одговарала би за штету која из тога произађе. Колико је ово решење било квалитетно показује и чињеница да су ове обавезе била ослобођена лица која су по закону изузета од обавезе сведочења.

Види се да је овакву законску обавезу требало предвидети свим нашим законима о заштити интелектуалне својине. Формулације законских решења према којима се штетне последице за непружање информација о лицима која су учествовала или учествују у повреди права односе само на туженог као лице према коме је усмерен налог суда, делују охрабрујуће на саучеснике, помагаче и подстрекаче у повреди права интелектуалне својине.

Да је у погледу обезбеђења доказа нужна аналогна примена правила парничног поступка, показује чињеница да у законима о заштити интелектуалне својине нема одредби о томе који суд је надлежан да поступа по захтеву за обезбеђење доказа. Међутим, одредбом члана 285 ЗПП предвиђено је да, је ако је предлог за обезбеђење доказа поднет у току парничног поступка, за поступање надлежан суд пред којим је поступак покренут. Међутим, ако се тражи обезбеђење доказа пре покретања поступка, као и у хитним случајевима ако је поступак већ у току, надлежан је нижи суд првог степена на чијем се подручју налазе ствари које треба да се разгледају, односно на чијем подручју борави лице које треба саслушати. То значи да ће у свим случајевима повре-

де права интелектуалне својине, када се тражи обезбеђење доказа пре покретања поступка и у хитним случајевима (а поступак због повреде права интелектуалне својине је према свим нашим законима о заштити интелектуалне својине хитан),²⁵ доказе изводити нижи суд, који иначе није надлежан за спорове из области интелектуалне својине.

Према француском праву обезбеђење доказа о повреди права се спроводи кроз посебну процедуру „*seizure of illicit copies*“ („*saisie-contrefaçon*“ L 332–1 до 332–4). Ова процедура је брза и ефикасна, а њено спровођење је у надлежности полиције и суда. Али ако та мера може да нанесе значајну штету наводном повредиоцу или трећем лицу потребна је претходна специјална дозвола председника суда више инстанце.²⁶ У читавом поступку посебну улогу има ангажовани судски извршитељ, који својим присуством потврђује чињенице повреде права верификујући прикупљене доказе.

У Енглеској су носиоци права овлашћени да заплене неовлашћене умножене примерке ауторских дела, на пример, а да претходно не добију за то налог суда. Да не би било злоупотребе тог механизма самопомоћи, исти је условљен и ограничен низом чињеница. Примерци ауторског дела морају бити јавно изложени или на други начин понуђени на продају, или припремљени за издавање, локална полиција мора бити благовремено обавештена о томе, заплена се може извршити само на јавном месту, не сме бити примењена сила.²⁷ Независно од ове врсте самопомоћи, постоји могућност прибављања доказа обезбеђивањем судског налога којим се захтева од неке особе да пружи податке релевантне за тужбу због повреде права (податке о лицу које чини повреду, канале протока примерака, количине и сл.).

За обезбеђење доказа због повреде ауторског права у Енглеској је, од посебног значаја процесно-правни инструмент који су развили британски судови, познат под именом *Anton Piller order*, у новије време познат као *Search order*. Наиме, овим налогом се даје овлашћење тужиоцу да претражи просторије противне стране и да копира и заплени сваки документ или други доказ од значаја за наводну повреду права. У циљу спречавања уништења или сакривања доказа, противна страна се о томе не обавештава. Међутим, да би се ова ригорозна мера дозволила њен тражилац мора претходно да предочи озбиљност штете и јасан доказ да противна страна има у поседу инкриминишући материјал, као и да постоји опасност од његовог уништења. Уз то, ова мера је праћена оба-

25 ЗОПАТ, чл. 137 ст. 2; ЗОЖ, чл. 71 ст. 4; ЗОПЗД, чл. 62, ст. 4; ЗООП, чл. 56, ст. 4; ЗАСП, чл. 207 ст. 2.

26 С. Гавриловић, *нав. дело*, стр. 228.

27 *Ibid.*

везом ангажовања адвоката који ће бити супервизор спровођења мере, а не пуномоћник њеног тражиоца.²⁸

IV Закључна разматрања

Привремене мере и мере обезбеђења доказа су веома значајна врло често и ефикасна правна средства у спречавању повреде права интелектуалне својине. Наиме, иако је правило да се спорови због повреде права интелектуалне својине решавају по хитном поступку, ови поступци се никако не могу окончати у тако кратком року у оквиру кога би се спречило наступање штетних последица по субјекта чија су права угрожена или повређена. У настојању да се наши прописи о заштити права интелектуалне својине ускладе са упоредним, европским и светским стандардима заштите, сви наши прописи из ове области, осим Закона о заштити топографија интегрисаних кола, садрже посебне одредбе о привременим мерама и мерама обезбеђења доказа у случају повреде права интелектуалне својине. Све те одредбе су *lex specialis* у односу на одредбе ЗПП и ЗИС, што значи да имају првенство у примени, а тек ако неко питање није уређено овим посебним законима примењују се одредбе ЗПП и ЗИП.

Анализом и упоређивањем законских одредби из области интелектуалне својине које се односе на привремене мере и мере обезбеђења доказа, и њиховим упоређивањем са одредбама TRIPS и Директиве ЕУ о спровођењу права интелектуалне својине, долази се до следећих закључка:

Прво, добро решење наших закони о заштити интелектуалне својине је што садрже посебне одредбе о привременим мерама и мерама обезбеђења доказа и што ова два правна института јасно разграничавају. Наиме, независно од права интелектуалне својине, наше грађанско процесно право прави јасну разлику између привремених мера, као института превасходно извршног поступка и мера обезбеђења доказа, као института превасходно парничног поступка.

Друго, имајући у виду да у погледу предмета заштите у праву интелектуалне својине не постоје битније разлике (у питању су нематеријална добра) није јасно зашто Закон о заштити топографија интегрисаних кола не садржи одредбе о привременим мерама и мерама обезбеђења доказа. Штавише, такве одредбе нису предвиђене ни у Предлогу новог закона о заштити топографија интегрисаних кола.

Треће, иако већина закона о заштити интелектуалне својине садржи посебне одредбе о привременим мерама и мерама обезбеђења до-

28 *Ibid.*, стр. 229.

каза, између ових закона постоје битне разлике, што свакако није добро решење. Иако су полазне основе за увођење ових института у наше прописе о заштити интелектуалне својине биле одредба TRIPS и Директиве ЕУ о спровођењу права интелектуалне својине, једино су одредбе ЗОПАТ у потпуности усклађене са одредбама TRIPS и Директиве, док са осталим законима то није случај, јер само делимично и непотпуно додичу ове правне институте.

Четврто, иако се у стручној литератури истиче да су привремене мере и мере обезбеђења доказа дело твораца TRIPS, подаци говоре да су привремене мере биле познате још у првом Закону о жиговима Србије из 1884. године, односно у првом Закону о заштити ауторског права некадашње Краљевине Југославије из 1929. године, и то квалитетније него у одредбама TRIPS и у већини наших данашњих прописа о заштити интелектуалне својине.

Пето, у циљу стављања у исти положај свих носилаца права интелектуалне својине, неопходно је будућим изменама закона о заштити интелектуалне својине на потпуно исти начин уредити правила за одређивање привремених мера и мера обезбеђења доказа у случају повреде права интелектуалне својине. Као основа за ваљано уређење овог питања требало би узети важећа решења ЗОПАТ, где су ова питања веома квалитетно уређена.

Zoran MILADINOVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Kragujevac

TEMPORARY INJUNCTIONS AND MEASURES FOR OBTAINING EVIDENCE IN CASE OF VIOLATION OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

Summary

The author of this work analyzes temporary injunctions and measures related to obtaining evidence in case of violation of intellectual property rights foreseen in the provisions of the laws regulating intellectual property rights in Serbia. Analyzing the provisions on protection of intellectual rights that regulate civil law issues, the author concludes that all of them include the regulations on temporary injunctions and measures related to obtaining evidence in case of violation of intellectual property recommended by the Agreement on Trade

Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) and EU Directive on the enforcement of intellectual property rights. However, the author points out that this issue has not been adequately dealt with in the Republic of Serbia laws that regulate certain intellectual property rights. Namely, according to all intellectual property regulations, temporary injunctions and measures related to obtaining evidence are passed for the same reasons, so it would be logical that the rules that define them are identically regulated, especially given the fact that majority of new laws on intellectual property rights were passed in Serbia in 2009 and 2010 and that the Law on copyright and related rights was amended in 2011 and 2012. This was an opportunity to regulate this issue in all these laws in an identical way and thus, to harmonize them with the TRIPS provisions and the EU Directive. Finally, the author concludes that it is necessary to amend these laws so that they will be uniformly regulated, since there are no reasons why they should be regulated otherwise.

Key words: *intellectual property, industrial property, copyright and related rights, temporary injunctions, measures related to obtaining evidence.*

др Јагранка ДАБОВИЋ АНАСТАСОВСКА
редовни професор Правног факултета „Јустинијан Први“
Универзитета у Скопљу

др Валентиин ПЕПЕЉУГОСКИ
адвокат

НОВИНЕ У ПАТЕНТНОМ СИСТЕМУ У ЕВРО- ПИ И САД, ИЛИ СЛУЧАЈ „APPLE“ ПРОТИВ „SAMSUNG“-а, ИЗ ДРУГОГ УГЛА

Резиме

*Након осврџа на историјски развој евројској патиентној права, ко-
ауџори анализирају недавну пресуду америчкој суда у сџору произвођача
електронских уређаја, компанија „Apple“ и „Samsung“. У раду се закључује
да ће пресуда америчкој суда свакако имаџи одјека и у Евројској унији,
иде је иакође покренуџо неколико постојуџака збој повреде патиента
између ових двају компанија.*

Кључне речи: *патиент, Сједињене Америчке Државе, Евројска унија,
повреда права.*

I Увод

Историјски развој интелектуалне својине, а самим тим и патент-
ног права, почиње давно. Иако се проналазак и други облици творевина
појављују на почетку цивилизације, друштвена и индивидуална свест о
њеној важности се формира много касније. Целокупни развој човечан-

ства од проналаска првих алата до сада је резултат људског интелектуалног напора у ланцу идеја – конверзија – одређени производ. Најпознатији и најефикаснији облик заштите проналазака је патент. Захваљујући патенту, проналазак добија своју економску вредност или валоризацију. Проналазак који се штити патентом има друштвену верификацију и доприноси стању технике. Корист коју друштво има од патентне заштите се састоји од објављивања проналаска јавности и могућности да после одређеног временског периода сви чланови друштва слободно и без накнаде користе конкретни проналазак.¹ Посебну важност за друштво претставља чињеница да се већина техничких информација садржаних у патентним документима и патентним пријавама не може наћи у другој литератури, или око 80% од техничких информација које чине стање технике се садрже у патентној литератури. Али, патент није само важан за друштво, већ и за проналазача и имаоца права.

II Патентни систем у Европи

Полазећи од античког света и недавне промене у патентном систему у Европској унији и Сједињеним Америчким Државама од 2012. године, развој патентног закона је прошао кроз више периода или фаза. У Европи, је у 1967. години почело да се ради на регионалној конвенцији која ће допринети усклађивању заштите проналазака путем патената.² Ово се посебно односи на поступке за патенте. Иако се о стварању европског патента први пут расправљало у Стразбуру у 1949. години, у оквиру Већа Европе, Европска патентна конвенција (у даљем тексту: ЕПК) је усвојена на дипломатској конференцији у Минхену

1 У међународној теорији постоје мишења да патенти и, уопште, право интелектуалне својине нису корисни и да попречују конкуренцију на тржишту. Наиме, у књизи „Against intellectual monopoly“ Michele Boldrin и David K. Levin наводе да у време важности патената Џејма Вата, Уједињено Краљевство је додавало по 750 коњских снага годишње на парну машину. Тридесет година након Ватових патената, допуске коњске снаге су биле додаване, и то по 4.000 коњских снага годишње. Још више, ефикасност горива парне машине се врло мало променила у време важења Ватовог патент, а процењује се да се она увећала са фактором пет у периоду између 1810. и 1835. године. Исто тако, видимо да су се проналазачке способности Вата врло лоше потрошиле. Он је трошио више времена на судску заштиту да би козервирао свој монопол, него на побољшавање и производство његове машине. Прича о Џејмсу Вату је штетни пример за предности патентног система али ми ћемо видети да то није нетипична прича. Више вид. Michele Boldrin, David.K.Levin, *Against intellectual monopoly*, New York, 2010, стр. 1–4.

2 Зачетке изградње европског патентног система налазимо у 1947. години када је у Хагу формиран Међународни институт за патенте као прва европска специјализована организација, чија је улога била да даје извештаје за стање технике и светске новости код проназака.

1973. године.³ Циљ ове конференције био је да и у европским земљама доминира схватање да је будућност Европе и човечанства у јединству које не брише националне знаменитости, али и гради осећај припадности целини. У ствари, усвајање ЕПК би требало да значи могућност да се изум, који је увек био националне природе, пријави за међународну правну заштиту – ван матичне државе, у многим другим земљама путем јединственог система за заштиту. Ова конвенција је отелотворење идеје европских интеграција у области заштите патената и један од главних путева који воде ка уједињењу Европе, путем премошћивања границе националних држава и различитих интеграционих групација као што су Европска економска заједница (у то време), Европско удружење слободне трговине (у даљем тексту: ЕФТА) и други.⁴ ЕПК је ступила на снагу 1977. године, у 1978. години⁵ Европски завод за патенте је почео да прима захтеве за патенте, а Међународни завод за патенте се интегрише у Европској организацији за патенте. У 1980. години додељен је први европски патент.⁶

Ова конвенција се сматра за Конвенцију века у области патентног права у Европи.⁷ ЕПК предвиђа поступак за добијање европског патента и садржи одредбе које се односе на ефекат патента и обавезују све земље чланице. Али, упркос процесноправним, Конвенција садржи одредбе које се односе на материјално право. То су одредбе које дефинишу проналазак и услове за патентбилност (чл. 52), проназалске који се не могу патентирати и оне који су искључени из патентбилности (чл. 53). Конвенција дефинише новину (чл. 54 и 55), концепт иновативног доприноса (чл. 56) и индустријске применљивости (чл. 57) код проналаска, као и трајање европског патента (20 година). Са Конвенцијом је основана и Европска патентна организација и Европски завод за патенте. Заправо, ова конвенција је посебан споразум у смислу члана 19 Париске конвенције, али је и регионална конвенција, у складу са чланом 45 Споразума о сарадњи у области патената (енгл. *Patent Cooperation Treaty*, у даљем тексту: РСТ).

Наиме, према члану 58 ЕПК, европску патентну пријаву може поднети свако физичко или правно лице или било који орган који се

3 На дипломатског конференцији су учествовали и конвенцију су потписале само 7 европских држава, и то: Белгија, Француска, Холандија, Луксембург, СР Немачка, Швајцарска и Велика Британија.

4 Весна Бесаровић, Џемал Хатимовић, Бојан Претнар, Божин Влашковић, Вид Вукасовић, *Југославија и Европски патентни систем*, Београд, 1992, стр. 18.

5 Ове је године ступио на снагу и Уговор за сарадњу у области патената.

6 Валентин Пепељугоски, *Патентно право*, Скопје, 2011, стр. 65.

7 Ова конвенција није акт Европске уније, иако је од 1992. године ратификована од свих земаља чланица ЕУ. Република Македонија је ратификовала ову конвенцију (*Службен весник на РМК*, бр. 126/2008).

сматра за правно лице у складу са законом којим је то регулисано. Европска патентна пријава може бити поднета од заједничких подносиоца или два или више подносиоца који назначавaju различите уговорне стране.⁸ Европска патентна пријава се може поднети у Европском заводу за патенте, у Канцеларијама индустријске својине или у другом надлежном органу уговорне стране, ако закон земље потписнице тако дозвољава и уколико је у складу са чланом 76 став 1 ЕПК. Свака тако поднета пријава има исти ефекат као да је поднета истог дана у Европском заводу за патенте. Дакле, у складу са чланом 118 Закона за индустријску својину Републике Македоније (у даљем тексту: ЗИС РМ), утврђује се да се на пријаве поднесене у складу са Уговором за проширење европских патената, закључен између Европске патентне организације и Републике Македоније, примењују одредбе уговора за проширење и ЗИС РМ. Истовремено, члан 119 ЗИС РМ утврђује да се на европске патенте признате од Европског завода за патенте у складу са ЕПК и европским пријавама поднетим у складу са ЕПК за које се тражи заштита у РМ, примењују одредбе ЗИС РМ, осим ако је то ЕПК-ом другачије одређено.

Канцеларија за индустријску својину уговорне стране прослеђује Европском заводу за патенте, европске патентне пријаве поднете у канцеларији или другом надлежном органу те државе, у складу са Правилником.

Према члану 78 ЕПК, европска патентна пријава садржи: а) захтев за признавање европског патента, б) опис проналаска, в) један или више патентних захтева, г) скице које су наведене у опису или патентним захтевима и д) апстракт. Све стране које су потписнице ЕПК се на дан подношења европске пријаве патента сматрају за назначене у захтеву за признавање европског патента. Именовање уговорне странке може да се повуче у било које време до признања европског патента. Датум подношења европске патентне пријаве је датум када су сви услови садржани у Правилнику испуњени. У складу са чланом 81 ЕПК европска пријава патента мора именовати проналазача. Ако подносиоц пријаве није проналазач или није једини проналазач, именовање мора да садржи изјаву о пореклу права на европски патент.

Европска патентна пријава открива проналазак на начин довољно јасан и потпун да би га стручњак из дате области могао применити, а са

8 Према чл. 76 ЕПК може да се поднесе и одвојена пријава. Одвојена европска пријава се подноси у Европски завод за патенте у складу Правилником. Може да се поднесе само једна пријава која није проширена у односу на опсег захтеване заштите и претставња предмет раније поднесене пријаве. Ако је овај захтев испуњен, одвојена пријава се сматра поднесеном на датум подношења основне пријаве и користи иста права првенства.

патентним захтевима се одређује предмет за који се тражи заштита. Они треба да буду јасни, кратки и садржани у опису проналаска. Апстракт се користи искључиво за техничко информисање и не може се употребити у друге сврхе, посебно не за тумачење опсега потребне заштите.

Особи или њеном правном наследнику, који је уредно поднео, у држави или за државу потписницу Париске конвенције за заштиту индустријске својине или државу чланицу Светске трговске организације, пријаву патента, признаје се право првенства за потребе европске пријаве патента од дана подношења прве пријаве, ако се захтев поднесе у року од 12 месеци од датума подношења прве пријаве. Свакој пријави која је еквивалентна одговарајућој националној пријави у складу са националним прописима државе у којој је поднета или на основу билатералних и мултилатералних споразума, укључујући и ЕПК, признаје се право првенства.

Уредном националном пријавом сматра се свака пријава чији се датум подношења може утврдити, без обзира на исход поступка.⁹ У складу са чланом 88 ЕПК, подносилац који се позива на право првенства претходне пријаве, треба да поднесе изјаву о праву првенства и сва друга документа у складу са Правилником.

Отако је европска патентна пријава поднета, Европски завод за патенте испитује у складу са Правилником, да ли су испуњени услови за утврђивање датума подношења пријаве. Ако се датум подношења не може утврдити у складу са испитивањем, пријава се неће сматрати европском патентном пријавом. Уколико се европској патентној пријави утврди датум подношења, Европски завод за патенте ће испитати да ли су формални захтеви у складу са Правилником. После формалног испитивања, Европски завод за патенте, у складу са Уредбом, припрема и објављује европски извештај од претраге европских патентних пријава на основу патентних захтева, узимајући у обзир опис и нацрт, уколико постоје. Затим, у складу са чланом 93 ЕПК, Европски завод за патенте објављује европску патентну пријаву након истека рока од 18 месеци од датума подношења или, уколико се захтева право првенства, од датума првенства, или на захтев подносиоца пријаве, пре истека тог периода.

Европски завод за патенте испитује пријаву у складу са Правилником, да ли европска патентна пријава и проналазак на који се она односи испуњавају услове из ЕПК. Сматра се да захтев није поднет уколико се не плати такса за испитивање. Ако захтев за испитивање није поднет у прописаном року, пријава се сматра повученом. Ако се испитивањем утврди да пријава или проналазак на који се односи не испуњава услове из ове конвенције, одељење за испитивање позива, онолико пута ко-

⁹ Ово је утврђено и у ЗИС РМ, чл. 121.

лико је потребно, подносиоца да достави своје коментаре или измени пријаву. Ако подносиоц захтева не поступи по обавештењу одељења за испитивање у прописаном року, пријава се сматра повученом.

Према члану 97 ЕПК, уколико одељење за испитивање утврди да европска патентна пријава и проналазак на који се она односи испуњава услове из ове конвенције, доноси се Одлука о признавању европског патента, када су испуњени услови наведени у Правилнику. Ако одељење за испитивање утврди да европска патентна пријава или проналазак на који се односи не испуњава услове из ове конвенције, пријава се одбија, ако се са ЕПК-ом не предвиђају другачије правне последице. Решење о признању европског патента важи од дана када је признавање објављено у Европском патентном билтену. Након тога, према члану 98 ЕПК, Европски завод за патенте објављује спецификацију европског патента што је раније могуће након објаве европског патента у Европском патентном билтену. Следи фаза приговора и ограничења. Наиме, у року од девет месеци од објављивања одобреног европског патента у Европском патентном билтену, свако може поднети приговор на признати патент Европском заводу за патенте у складу за Правилником. Приговор се неће сматрати поднетим уколико се не плате трошкови за приговор. Подносиоци приговора ће бити стране у поступку као и носилац права на патент. Кад нека особа на основу правоснажне пресуде достави доказ да је у једној уговорној страни она уписана у регистар патента те државе уместо предходног носиоца, на њен захтев, замењује предходног носиоца у тој држави.

У складу са чланом 100 ЕПК, приговор може бити поднет из следећих разлога: а) ако се предмет европског патента не може заштитити у складу са члановима 52 до 57 ЕПК, б) ако европски патент не открива изум на начин довољно јасан и потпун, да би га могао применити експерт у датој области, и в) ако предмет европског патента има већи обим од оног садржаног у пријави каквој је поднета или ако је патент признат за издвојену или нову пријаву поднету у складу са чланом 61 ЕПК у већем обиму од раније поднесене пријаве.

Ако је приговор дозвољен, одељење за приговоре испитује приговоре у складу са Правилником да ли бар један од разлога за приговор у складу са чланом 100 ЕПК претставља препреку за одржавање европског патента. Током испитивања, одељење за приговоре позива странке, онолико пута колико је потребно, да поднесу примедбе на поднеске друге стране или на својим сопственим поднесцима. Ако одељење сматра да најмање један разлог претставља препреку да се одржи европски патент, опозваће патент. У супротном, одбија приговор.

На захтев носиоца, европски патент може бити одузет или ограничен са изменом патентних захтева. Захтев се подноси у Европском

заводу за патенте у складу са Правилником. Захтев се не сматра поднетим ако такса за ограничења или опозив није плаћена. Захтев се не може поднети у току поступка по приговору европског патента. Европски завод за патенте испитује да ли су испуњени захтеви Правилника о ограничењу или одузимању европског патента. Ако Европски завод за патенте сматра да су у захтеву за ограничење или одузимање европског патента испуњени сви услове, одлучиће да ограничи или отпозове европски патент у складу са Правилником. У супротном, захтев се одбија. Одлука да се ограничи или отпозове европски патент се примењује у свим уговорним странама у којима је европски патент се признат. Одлука ступа на снагу од датума када је објављена у Европском патентном билтену.

Према члану 106 ЕПК, приговор се подноси против решења Одељења за пријем, Одељења за испитивање, одељења за приговоре и правног одељења. Приговор има суспензивно дејство. Одлука са којом поступак не завршава у односу на једну од страна може бити предмет приговора само до коначне одлуке, осим ако одлука дозвољава посебан приговор. Свако лице у поступку незадовољно одлуком може да поднесе приговор. Свако друго лице је страна и у поступку по приговору у складу са законом.

Према члану 108 ЕПК, приговор се подноси Европском заводу за патенте у року од два месеца од дана пријема овог решења. Приговор се неће сматрати поднетим уколико се не плате трошкове приговора. Након испитивања дозвољивости приговора, у складу са чланом 111 ЕПК, Апелациони савет одлучује по жалби. Апелациони савет може да одлучи по жалби у оквиру надлежности одељења које је донело оспорену одлуку и предмет врати на одељење ради даљег поступања. Ако Апелациони савет врати предмет даљем поступању одељењу против чије је одлуке поднесен приговор, то се одељење обавезује да поступи у складу са указивањем Апелационог већа, у оквиру постојећег фактичког стања.

Са циљем обезбеђивања јединствене примене права или ако се појави суштинско правно питање, неопходно је да:

- а) Апелациони савет у току поступка по сопственој иницијативи или на захтев једне од страна у приговору, упућује питање Вишем апелационом савету, уколико сматра да је неопходна одлука за горе наведене сврхе. Уколико Апелациони савет одбије захтев, разлоге за одбијање наводи у својој коначној одлуци.
- б) Председник Европског завода за патенте, може да упути правно питање Вишем апелационом савету, тада, када су два апелационска већа донела различите одлуке о том питању.

У горенаведеним случајевима, странке у жалбеном поступку су странке у поступку пред Вишим апелационим саветом. Одлука Вишег апелационог већа је обавезујућа за апелациони савет, у вези тог конкретног приговора. Занимљиво је што свака странка у жалбеном поступку незадовољна одлуком апелациског већа може упутити захтев Вишем апелационом већу за поновно разматрање. Захтев за преиспитивање може се поднети из следећих разлога: а) ако је члан Апелационог већа учествовао у доношењу одлука које су у супротности са одредбама члана 24 став 1 ЕПК и поред тога што је био искључен одлуком у складу са одредбама члана 24 став 4 ЕПК, б) ако Апелационо веће обухвата особу која није окарактерисана као члан Апелационог већа, в) ако постоји битна повреда члана 113 ЕПК г) ако се даље битне повреде прописане Правилником појаве у току поступка по приговору, и д) уколико се утврди кривично дело у складу са условима Правилника који утичу на одлуку.

Одлуке Европског завода за патенте могу се заснивати само на разлозима или доказима о којима се странке могу изјаснити. Европски завод за патенте ће испитати и одлучити о европским пријавама патента или европском патенту само на основу текста који је поднесен или одобрен од подносиоца или носиоца патента. Међутим, Европски завод за патенте у току поступка испитује чињенице по службеној дужности. Европски завод за патенте се не ограничава на испитивање чињеница, доказа и аргумената обезбеђеним од странака и њиховим захтевима.

У поступку пред Европским заводом за патенте, после објаве европске патентне пријаве, свако треће лице може, у складу са Правилником да поднесе приговор који се односи на услове заштите проналаска на који се односи пријава или патент. Ова особа није странка у поступку.

У одсуству одредбе о поступку у ЕПК, Европски завод за патенте узима у обзир начела процесног права, општеприхваћена у уговорним странама.

III Промене патентног система у Европи и ЕУ у 2011. години

ЕПК није довела до никакве промене у материјалном националном законодавству за проналаске у уговорним државама. Према оригиналној концепцији, циљ ове мултилатералне конвенције је „европски патент“ да би се олакшало остваривање заштите и искоришћавање проналазача, и најновијим техничким достигнућама у државама чланицама. Поступак за стицање европског патента није одвојен од националних поступка стицање патента. Подносилац патента пријаве има могућност, при захтевању патентне заштите у једној или више држава чланица, да поднесе патентну пријаву у сваком националном заводу за патенте у

земљама где жели да оствари заштиту или, користећи једну пријаву за европски патент, у једном поступку да оствари заштиту у оним државама чланицама где жели.¹⁰ Европски патент има исти ефекат као патент издат од стране домаћег (национални завод за патенте), са извесним резервама предвиђеним у ЕПК. Европски патент није једино и усаглашено право индустријске својине, али омогућује заштиту у оним земљама Европске уније у којима то жели постићи подносилац пријаве. Предност овог система је у његовој прилагодљивости, а недостатци произилазе из сложености поступка и висине трошкова. Поред тога, систем не предвиђа судску надлежност на европском нивоу у случају патентних спорова, па судови у појединим земљама Европске уније могу доносити различите одлуке.

Конвенција о европском патенту заједничког тржишта – Луксембуршка Конвенција је потписана 1975. године, а допуне из 1989. године још нису ступиле на снагу, јер нису потписане од стране свих чланица Европске уније. Њена сврха је да се уведе јединствени „патент заједнице“ као целина, као једини облик европског патента. Такав патент је аутономан и подређен само материјално-правним одредбама Луксембуршке конвенције и присилним материјалним прописима ЕПК. Њена аутономија се нарочито види у околностима које могу утицати на такав патент као што су: пренос трећој особи, отказивања или престанак из било ког разлога, јединствено дејство у свим земљама у оквиру заједничког тржишта у којима је такав патент признат.¹¹ Права власништва над таквим патентом исцрпљују се пласирањем заштићеног производа на тржишту било где у заједници. Неће бити могуће да се заједничко тржиште дели дајући лиценце за патенте које су ограничене на одређене области. Дакле, у Европској унији, тренутно постоје три система патентне заштите, од којих се само два спроводе у потпуности, и то: национални патент и европски патент, док „заједнички патент“ у складу са Луксембуршком конвенцијом још није оживео. И поред добре намере предлагача Луксембуршка конвенција никада није ратификована од стране довољног броја држава чланица ЕЕЗ (ЕУ) и због тога није на снази. То показује сву сложеност и осетљивост по питању патентног права, које се не могу лако занемарити (мисли се на уставне и политичке баријере), чак ни од земаља чији су друштвено – политички системи готово идентични, степен развоја релативно уравнотежен и успешно вођена сарадња у другим областима је ван сваке сумње.¹²

10 Опширније вид. *How to get a European Patent – Guide for applicants*, ЕПО, München, 1994, стр. 4–5.

11 Упор. *European patent – Guide for applicants*, ЕПО, München, 1994, стр. 4.

12 В. Бесаровић, Ц. Хатибовић, Б. Претнар, Б. Влашковић, В. Вукасовић, *нав. дело*, стр. 19.

Међутим, у последње време, све чешће се постављало питање да ли тренутна форма европског патента и даље задовољава потребе идентификоване у време његовог настанка или се треба усагласити условима проширења Европске уније и потребама нових чланица, односно корисника.

То се догодило и у 2011. години. Наиме, 10.3.2011. године, Савет је усвојио Одлуку 2011/167 Европске уније, која је одобрила сарадњу 25 земаља ЕУ (искључујући Шпанију и Италију). Ова одлука је заснована на члану 118 (1) Уговора о функционисању ЕУ, члан 3 (3) Уговора за ЕУ и Регулative Европског парламента и Савета за имплементацију сарадње на пољу стварању унитарне патентне заштите. Са овом одлуком унитарни патенти ће важити на територији земаља учесница (све земље чланице ЕУ, без Италије и Шпаније). На овај начин отвара се пут за формирање супра-патентног система у Европи, за који се разговарало деценијама у оквиру ЕУ.¹³ Биће управљан од стране Европског завода за патенте.

Унитарни патентни систем заједно са централизованим патентним системом судске заштите (формирање европског патента суда са седиштем у Паризу и посебним одељењима у Минхену и Лондону), за који се очекује да ће од априла 2014. године заживети, поједноставиће процедуре и смањиће трошкове подносиоца пријава. На овај начин, Европа и Европска унија ће постати атрактивније за заштиту од стране проналазача из целог света.

Нови систем ће омогућити да се унитарни патент издаје на захтев подносиоца пријаве. Поступак пријаве, критеријуми и правила за испитивање како унитарних тако и европских патената, ће бити иста за обе врсте патената (примењиваће се Европска патентна конвенција), све до момента доношења патента. Једина разлика ће бити у фази након издавања (признања) патента. У том ће тренутку, носилац патената одлучити да ли ће патент бити европски патент са индивидуалном територијалном заштитом у земаљама које су назначене као државе од интереса или Унитарни европски патент са унитарном заштитом у свим државама чланицама које учествују у шеми сарадње. Носилац патената може комбиновати обе врсте патената.

Поменути систем може да користи свако лице, правно или физичко, било у Европи или не, независно од тога дали је из државе која учествује у шеми или не. Сви ће они имати право да траже заштиту са

13 Председник Европског патентног завода – Беноит Батистели је поводом одлуке о формирању Европског патентног суда изјавио: „Желео бих да искористим ову прилику да се најсикреније захвалим свима који су били инволвирани, на Европском нивоу, за њихову помоћ у стварању ове историјске одлуке у реалност“, доступно на адреси: <http://www.epo.org/news-issues/news/2012/20120629.html>.

унитарним европским патентом. Корист од унитарног европског система је велика за проналазаче и носиоце патената, истраживача, универзитета, малих и средњих предузећа и сл, јер је поступак нострификације поједностављен, трошкови су нижи и услови за превод и продуживање важности патената мањи и једноставнији.

IV Патентни систем САД

Патентни систем САД је почео да се развија пре него што је први европски Закон о патентима донет у САД у 1790. године. Истовремено, одредбе о заштити патената и ауторских права садржане су у Уставу САД. Наиме, у складу са одредбама америчког Устава (чл. I, 8, 8), Конгрес подстиче напредак науке и примењене уметности (енгл. *useful arts*). Истовремено, патентно право подстиче иновације, откривања проналазака, комерцијализацију и дизајн.¹⁴ За разлику од европског патентног система који функционише по принципу „први поднео“ (енгл. *„first to file“*), амерички патентни систем функционише по принципу „ко први пронађе“ (енгл. *„first to invent“*).

И у САД, предмет патентне заштите је проналазак, као резултат људског рада (интелекта), уколико испуњава законом прописане услове. Патентноправни појам проналаска је специфична конструкција за коју је карактеристично да се у свом значењу ограничава на интелектуални рад који садржи водич за практично поступање у циљу решавања одређених техничких проблема.¹⁵ Међународне конвенције (Париска конвенција) и споразуми (ТРИПС), укључујући Европску патентну Конвенцију, као и већина националних закона, укључујући и онај САД, не дефинишу термин „проналазак“. Избегавање да се дефинише термин „проналазак“ потиче од идеје да његов појам зависи од третмана који добија у конкретном закону одређене земље.

У оквиру америчке судске праксе, изражене кроз одлуке Врховног суда САД, патентно се право може применити на „све под сунцем и све што је направио човек“.¹⁶ Суд је потврдио синтагму „закони природе, физички феномени и апстрактне идеје“ нису патентбилни. Гледано филозофски, човек спознаје свет материјалних феномена. У свету материјалних феномена човек не управља, већ то раде природне снаге.

14 Elizabeth D. Hochberg, Fabian M. Koenigbauer, Allison B. Hoch, *E-Z Review for Intellectual Property*, New York, 2004, стр. 283.

15 Slobodan M. Marković, *нав. гело*, стр. 63.

16 Вид. одлуку Врховног суда САД, *Diamond vs Chakrabarty*, цитирана према Stephen M. McJohn, *Intellectual Property – Examples and Explanations*, New York, 2003, стр. 113.

Природне снаге човек може само да спозна, да користи, па чак и да направи да буду у његовој служби, у циљу одређене користи. Ови природни закони или супстанце/материјали постоје у природи и резултат су природних процеса, или према религијским учењима последица су натприродних сила или креација Бога. У том смислу је и доктрина САД-а изражена преко праксе Врховног суда Сједињених Америчких Држава, да „закони природе, физички феномени и апстрактне идеје“ нису патентбилни.¹⁷ Под апстрактним идејама подразумева се математика, компјутерски софтвер и бизнис методе. Научну теорију о суперпроводљивости или полупроводљивости није могуће патентирати, али неки нови производ, уређај или нови суперпроводљиви материјал може бити заштићен патентом.

Естетски радови који доприносе постизању одређеног естетског ефекта су искључени из патентне заштите у оквиру ЕПК. Ни они, ни производ на којем се имплементирају, не сматрају се проналасцима који се могу патентирати. Изузетак од овог правила је амерички патентни систем у којем постоји патент за дизајн,¹⁸ али и корисни модели (енгл. *utility patents*).

У америчкој доктрини према предмету заштите проналасци се деле на проналаске производа или ствари и проналаске поступака, проналаске материја и биотехнолошких проналазака. У неким случајевима постоји комбинација одређених категорија и проналазака.¹⁹ Када је у питању патент поступка, онда се патентна заштита проширује и на производ/уређај или супстанцу која је резултат или произведен/а путем патентираног поступка. Проналасци у области биотехнологије су проналасци код којих проналазач средствима неживе природе утиче на биолошке процесе, биолошким ресурсима се утиче на неживу материју или биолошке процесе. У ствари, код ових проналазака, носилац стице право на добијени биолошки материјал са специфичним карактеристикама или на биолошки материјал добијен размножавањем или умножавањем у идентични или дивергентни облик који садржи исте карактеристике. У ствари, право се односи и на производ који садржи или се састоји од генетских информација и проширује се на свеукупни биолошки материјал у коме су садржане генетске информације које обављају своју функцију.

Члан 27 став 1 ТРИПС Споразума, одређује да се патент може добити за проналаске независно од тога ради ли се о производима или поступцима из свих области технологије, под условом да су нови, садрже

17 S. M. McJohn, *нав. дело*, стр. 113.

18 Патент за дизајн траје 14 година од дана подношења пријаве (U.S.C., чл. 35 § 173).

19 Патентно право САД познаје 5 категорија патентбилних проналазака, и то: производ, уређај, поступак, материја и усавршавање које било предходне категорије.

инвентивни допринос и погодни су за индустријску примену.²⁰ У фусноти овог члана ТРИПС Споразум садржи се објашњење да се за потребе ТРИПС Споразума, израз „инвентивни допринос“ (енгл. „*inventive step*“) и „подобан за индустријску примену“ (енгл. „*capable of industrial application*“) од стране чланица СТО могу сматрати синонимом за „неочигледно“ (енгл. „*non obvious*“) и „корисно“ (енгл. „*useful*“). Ово је направљено у циљу поравнавања или усклађивања значења наведених израза у поменутом европском и америчком праву. Полазећи од наведених одредаба ЕПК и ТРИПС-а, национални закони, укључујући и оне из САД, садрже готово идентичне одредбе којима се дефинише патент и у потпуности преузимају три услова за патентбилност проналазака. То су: 1) новина (енгл. *novelty*), 2) иновативан допринос (енгл. *inventive step/non-obvious*), и 3) индустријска применљивост (енгл. *capable/susceptible of industrial application*). Према америчком патентном праву, проналазак мора бити нов да би био патентбилан. У складу са одредбом 35 U.S.C § 102, проналазак мора да испуни три услова да би био нов, као што следи:

- 1) Антиципација²¹ (предвиђање). Изум није био познат јавности, или није био у јавној употреби у Сједињеним Америчким Државама, а нигде није био објављен, или описан у патентној пријави поднетој у Сједињеним Америчким Државама (што може довести до признања патента).
- 2) Приоритет.²² Проналазак није пронађен од неког другог ко је марљиво радио да изведе проналазак и да га патентира.
- 3) Деривација²³ (извођење). Подносиоц патентне пријаве мора бити проналазач, а не онај који је сазнао о проналаску од неког другог.

Проналазак мора бити нов у смислу да ће проналазач патента изгубити право на патент ако пријава није поднета на време, као што следи:

- 1) Проналазак мора да се пријави у року од 1 године од када је патент био стављен у јавну употребу или објављен, или дат на продају – § 102 (б).
- 2) Проналазак није отказан – § 102 (ц).

20 За потребе овог члана изрази „иновативан допринос“ и „подобан за индустријску примену“ могу да се сматрају за синониме „неочигледног“ и „корисног“.

21 *Anticipation* – §102(a) – (е).

22 *Priority* – §102(g).

23 *Derivation* – §102(f).

- 3) Није додељен страни патент, пре него што је патентна пријава поднета у Сједињеним Америчким Државама, у случају да је страна пријава поднесена у року дужем од годину дана пре подношења захтева у САД – § 102 (д).
- 4) Можете изгубити право на првенство над каснијим проналазачима, уколико се не направе разумни напори при подношењу патентне пријаве –. § 102 (г).

Проналазак обухвата инвентивни допринос ако за стручњака из области проналаска, проналазак очигледно не произлази из стања технике. Закон оперише са терминима „стручњак из области“ и „очигледно“. „Стручњак из области“ или „просечни стручњак из области“²⁴ је особа која је имала прилику да се сретне са ранијим стањем технике. У том смислу, одредба члана 29 ТРИПС споразума у складу са којом подносилац патентне пријаве мора открити проналазак на начин који је довољно јасан и потпун да би се проналазак могао остварити од особе која је стручњак из дате области. Термин „очигледно“, међутим, означава нешто што само по себи не садржи креативни напор, јер потиче из познатог стања технике. По мишљењу Врховног суда Сједињених Америчких Држава, израженом у случају *Graham vs. John Deere, Co.*, 383 U.S. 1 (1966) израз „неочигледно“ (енгл. *non obvious*) се треба анализирати као: 1) одређивање терена и садржаја претходног стања технике, 2) разлике између претходног стања технике и утврђивање патентног захтева, и 3) да се утврди ниво уобичајених вештина. Очигледност или неочигледност предмета се одређује путем захтева за претходне три детерминанте. У циљу напред наведеног, у САД овај услов за патентбилност проналаска претставља „ултимативни услов патентбилности“. На крају крајева, ово није никакво изненађење с обзиром да је први законски текст, у коме је као услов предвиђена неочигледност или инвентивни допринос, члан 103 из Закона САД од 1952. године.²⁵

Индустријска применљивост проналаска, као услов патентбилности нема много контраверзи у досадашњој историји патентног права. За разлику од европског континенталног права, патентно право у САД као услов патентбилности познаје „корисност“ (енгл. *Useful: The Requirement of Utility*).²⁶ Корисност мора имати функционалну природу. Корисност није испуњена као услов уколико проналазак има само описне или естетске квалитете. Да би био користан, проналазак мора да ради. Али, то не значи да треба да ради боље од других проналазака на

24 Овај је термин користио ЗИС Републике Македоније из 1993. године (*Службен весник не РМ*, бр. 42/93).

25 По први пут се овај услов помиње у закону Велике Британије из 1932. године као услов на основу кога се може повести поступак за поништавање патента.

26 Вид. 35 U.S.C. §101.

тржишту или да буде сигурнији. Према америчком закону, проналазак мора бити у стању да обавља описане функције.

Амерички патентни систем је функционисао скоро 150 година, без великих и значајних промена. Међутим, у циљу хармонизације овог система, велике америчке и европске компаније су правиле велики притисак да се овај систем унификује са осталим развијем светом и прихвати систем „*first to file*“. Конзервативне струје у САД су дуго времена избегавале да направе било какве промене у том правцу. Међутим, у последњих годину дана, одељак 3 Америчког закона о проналасцима (енгл. *Section 3 of the America Invents Act*) је покренуо САД из *first-to-invent* система ка *first-to-file* систему. Иако и према овом систему подносиоца патентне пријаве мора бити проналазач проналаска за који се тражи заштита, није више потребно да први проналазач буде истински први проналазач, већ само да буде први проналазач који ће поднети патентну пријаву или први који ће јавно открити проналазак. То ће значити да више неће бити најважнији дан проналажења проналаска или датум креирања концепта за проналазак у циљу утврђивања патентбилности проналаска.

Ово је велики искорак у америчком законодавству, који је посебно важан за европске, јапанске, кинеске и јужнокорејске компаније и компаније из других развијених земаља. Закон, тј. систем *first inventor to file* је ступио на снагу 16.3.2013. године, а примењиваће се на све патентне пријаве које су поднете тог дана или касније.

V Случај „Apple“ против „Samsung“-а

У условима велике хармонизације патентних система у свету, али истовремено и у погледу постојања значајних разлика које могу довести до различитих одлука патентних администрација које се манифестују у (не) признању неког проналаска као патента или признање дизајна, а не патента за дизајн, утврђивање датума проналажење *vis a vis* датума подношења пријаве за признање патента, у свету и Европи се води велики број судских спорова. Судски спорови су одувек давали за право, посебно појединцима и компанијама које долазе из земаља у развоју и земаља које су мање развијене, да тврде да судови у развијеним земљама довољно не штите њихова права. Али, када се у судском спору за повреду патента, индустријског дизајна, жига или другог права интелектуалне својине, нађу две велике мултинационалне компаније, у држави у којој судови имају висок (ако не и највећи) степен аутономије и самосталности, у држави у којој су судије високо стручни појединци, специјализовани у области у којој суде, а компаније су заступане од стра-

не адвоката – истих таквих професионалаца²⁷, очекујемо занимљиву, неизвесну и правно засновану одлуку. Ето, такав је (био) случај „Apple“ против „Samsung“-а, у који су биле упрте очи светске заједнице и који је са висином одштете која је била досуђена, скренуо пажњу целокупне јавности, иако спорови повреде права интелектуалне својине нису ништа ново у свету произвођача најновије технологије. Чак су се и они скептици који не верују у важност и значење патентног права као део права интелектуалне својине, запитали о исправности својих ставова. А у чему је суштина спора или „ММЕ ко је први започео“?²⁸

У последњих неколико година *Apple* је започео и водио неколико случајева повреде права интелектуалне својине над произвођачима уређаја (производа) које садрже оперативни систем *Android*, као што су: *HTC*, *Motorola* и *Samsung*, наравно. Међутим, спор који је започео између *Apple* и *Samsung*-а, у септембру 2011. године, у Немачкој, са којим се привремено обуставља продаја *Galaxy Tab 10.1*, значио је озбиљне последице за обе стране, али и за потрошаче. Од тада, па све до 30.7.2012. године, када је почела јавна расправа, два цина – произвођачи мобилних телефона су се спремали за спор.²⁹

Случај или судски спор почео је 15.4.2011. године у Сан Хозеу у Силиконској долини,³⁰ где је *Apple* поднео тужбу против *Samsung*-а, наводећи да је „уместо борбе за самосталан развој производа, *Samsung* је изабрао иновативну *Apple* технологију, дистинктивне корисничке интерфејсове,³¹ елегантни и препознатљиви дизајн производа и амбалаже, чиме је повредио вредна права интелектуалне својине *Apple*-а“.³² Осим тога, у тужби се наводи да ја *Apple* уложио доста средстава у развој *iPhone*-а и *iPad*-а, са којима је постао мета конкуренције. Са друге стране, *Samsung*, свесан своје позиције на овом тржишту, намерно је изабрао да копира њихове производе на рачун чега ће креирати соп-

27 *Apple* је ангажовао најскупље плаћене патентне адвокате у САД да га заступају у овом спору. Више вид. *Apple wins lawsuit against Samsung, as jury awards \$1B for patent infringement*, Associated Press, August 24, 2012, доступно на адреси: <http://www.foxnews.com/tech/2012/08/24/jury-reaches-verdict-in-apple-vs-samsung-case>.

28 Наслов драмског текста македонског аутора Дејана Дуковског.

29 Michael Wall, *Brighthand Staff Apple Vs. Samsung: Case Overview for the Patent Trial of the Century*, доступно на адреси: <http://www.brighthand.com/default.asp?newsID=19124&news=samsung+apple+lawsuit+case>, 20.7.2012.

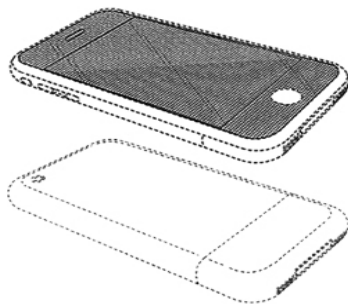
30 *Apple* је лоциран ниже западу са места где је било суђење (Сан Хозе), али су исто тако у истом месту, мало североисточније лоцирана два одељења *Samsung*-а.

31 Под корисничким интерфејсом се подразумева софтвер који омогућава програму да ради са корисником, или са другим програмом, као што је оперативни систем или рачунарским хардвером.

32 Michael Wall, *Brighthand Staff Apple Vs. Samsung: Case Overview for the Patent Trial of the Century*, доступно на адреси: <http://www.brighthand.com/default.asp?newsID=19124&news=samsung+apple+lawsuit+case>, 20.7.2012.

ствене који ће се такмичити са *Apple*-ом. Осим тога, *Apple* је представио *Samsung*-ове интерне документе којима се доказује опсесија компаније да превазиђе *Apple* на тржишту.³³

Apple је почео спор превише офанзивно, подношењем више тужби за повреду трговачког жига и регистрације *trade dress*-ова,³⁴ патената за дизајн³⁵ и патената за технологију. *Apple*-ове патентне пријаве у погледу дизајна су врло једноставне: две за Ајфон, једна за Ајпад и један за IOS. Сваки патент претставља орнаменталне карактеристике проналаска на цртежима од којих солидне линије представљају патентиране елементе. Такође, треба напоменути да испрекидане линије служе само да одреде цели контекст, али се не узимају у обзир при утврђивању повреде права са стране *Samsung*-а.³⁶ У даљем тексту ћемо навести најважније патенте и њихове карактеристике на које се *Apple* позивао у тужби.



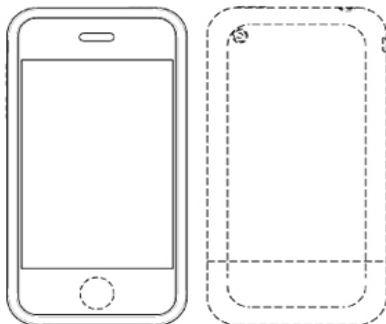
33 Један од најважнијих доказа је читање записника са састанка који је био одржан на високом нивоу између директора *Google*-а и *Samsung*-а. Састанак се односио на таблет и *Google* је био забринут да су оперативни систем, изглед и методологија скоро исти као они од компаније *Apple*. У записнику је записано да је *Google* захтевао да се повуку од овог дизајна (мисли се на целокупни изглед). Даље, у записнику стоји да су се директори одлучили да не проследе ову информацију тимовима који раде на стварању дизајна, па је зато логично да се закључи да инжењерима није дата наредба да одступе од концепта. Они нису знали ништа о овом састанку.

34 Овај термин је македонски законодавац инкорпорисао у дефиницију робне марке. Наиме, са трговачком марком се штите знаци подобни за разликовање као што су: „(...) тродимензионалне форме, укључујући и форме добара или њихових паковања (...)“. Вид. ЗИС РМ, чл. 175.

35 Македонски законодавац прати пример континенталног права и уместо патент за дизајн, одређује да се са Индустрijским дизајном штити дизајн који је нов и има индивидуални карактер. Дизајн је, у ствари, спољни изглед производа у целини или један његов део, који је одређен од његових обележја, посебно линија, контура, боја, облика, текстуре и материјала од којих је производ направљен или украшен, као и/или његова орнаментација. Вид. члан ЗИС РМ, чл. 127.

36 Matt Macarion, *Apple vs. Samsung: the complete guide to a billion-dollar trial*, доступно на адреси: <http://www.theverge.com/users/Matt%20Macari>, 30.7.2012.

У ствари, *US Patent D618, 677*, односи се на предњу страну звучника, предњи изглед, рам и стакло које иде са једног краја на други.³⁷



US Patent D593, 087, односи се на дугме које враћа на почетак, на заобљене ивице и предњу ивицу телефона.³⁸



*US Patent D604, 305*³⁹

Општи изглед иконица, као и доњи део, укључујући посебне иконе на телефону су заштићени патентом *D604, 305*.

US Patent D504, 889 се односи на танки спољни руб, заобљене крајеве, предње стакло које се протеже са једног на други крај, минималистичку естетику предње и задње стране таблета.⁴⁰

Већ смо споменули да *Apple* у тужби наводи и захтева од суда да утврди повреду његовог *trade-dress*-а. Овај захтев је поднесен у складу

37 Matt Macarion, *нав. дело*.

38 Matt Macarion, *нав. дело*.

39 Matt Macarion, *нав. дело*.

40 Позиција Самсунга је да су ови патенти неважећи и треба да се пониште, јер су прешироки, наводећи да је ово Ректангуларни црни проблем *Apple*-а. Притом, Самсунг тврди да њихови производи нису исти са оним што је описано у патентима *Apple*-а.

Законом 15 U.S.C. –1125 и 15 U.S.C. – 1114. Под *trade-dress*-ом се обично подразумевају елементи одређеног производа који су дистинктивни у толикој мери што повезују производ са одређеном компанијом. Основна функција овог права је да заштити потрошаче од могућности да буду преварени на тржишту, као и да се направи јасна дистинкција тога који је извор порекла производа. *Trade dress* је један од најлакших аргумената за доказивање који користи *Apple*, за разлику од патента за дизајн. *Apple* гради свој случај на једној савезној пријави за форму производа или паковање за Ајфон. Употреба *trade-dress*-а омогућава *Apple*-у да се фокусира на општије карактеристике изгледа Ајфон и Ајпад. Притом, *Apple* је обезбедио доказе о томе да су потрошачи често збуњени када купују производе *Samsung*, мислећи да купују производе *Apple*. У том смислу, у својој тужби *Apple* као доказ представља упоређивање између производа компаније *Apple* и *Samsung* и праве изјаве потрошача. Један од примера који је већ познат јавности је у продавницама „*Best Buy*“, где су се потрошачи када су враћали Галакси Таб пожалили да су мислили да купују Ајпад 2.⁴¹ Циљ ове стратегије *Apple* је да *Samsung* представи као „пирата“.

За разлику од патената за дизајн, патенти који покривају технику рада Ајпад и Ајфон-а су, у ствари, оно у чему се састоји повреда права са стране *Samsung*-а. *Apple* заснива тужбу на 3 патента везаних за функционисање који покривају елементе интерфејса. У даљем тексту навешћемо основне карактеристике ових патената: 1) *US Patent 7.469.381* патент је познат као *IOS*-ов скрол, где, кад је постављена позадинска текстура, се повлачи ван руба документа или веб странице,⁴² 2) *US Patent 7.844.915* одређује када корисник користи један прст за померање (за скрол) и два или више прстију за зумирање⁴³, 3) *US Patent 7.864.163* дефинише када се притисне да би се зумирало, у случајевима када је отворено више садржаја.⁴⁴

Такође, иако је *Apple* захтевао одређивање више привремених мера, важно је напоменути да је суд одбацио већину захтева за издавање привремених мера у децембру, али је открио да су патенти *US Patent D618, 677*, *US Patent D504, 889* за дизајн и *US Patent 7.469.381* за техничке спецификације важећи и повређени – што претставља потенцијални проблем за *Galaxy S*, *Infuse*, *Droid Charge*, и *Tab 10.1*. Међутим, оштетни захтев компаније *Apple*-а је био 2.525 милијарди, од чега 500 милиона долара за изгубљени сопствени (профит) и 2 милијарде долара профита којег је *Samsung* зарадио од продаје својих производа.

41 М. Macarion, *нав. дело*.

42 М. Macarion, *нав. дело*.

43 М. Macarion, *нав. дело*.

44 М. Macarion, *нав. дело*.

С друге стране, позиција *Samsung*-а коју гради са одговором на тужбу је да су развили своје производе, независно од онога које чини компанија *Apple*. Истовремено, *Samsung* је поднео противтужбу која је захтевала да се утврди да *Apple* повређује неке од *Samsung*-ових патената, али *Samsung* је, такође, захтевао да неки од већ признатих патената компаније *Apple* буду поништени односно да буду сматрани неважећим. Стога, *Samsung* је затражио одштету у укупном износу од 399 милиона долара. Поред аргументованог одговора на тужбу у којој наводи многа експертска мишљења, *Samsung*-ов најважнији задатак је да убеди поротнике да је уложио много средстава у развој својих производа и да су исти настали независно од *Apple*-ових производа, као и да уште не личе на њих. При том, *Samsung* доказује да је фер играч и да се такмичи у складу са основним начелима тржишне привреде. С друге стране, *Samsung* наводи да је *Apple* релативно нов играч на тржишту мобилних телефона и да деценијама користи истраживања *Samsung*-а бесплатно, што и није забрањено у индустрији која се заснива на укрштеним лиценцама. *Samsung* је своје тврдње поткрепио статистиком из 20 годишње продаје мобилних телефона, где је јасно да је самостално развијао своје производе много пре уласка *Apple*-а на тржиште мобилних телефона.

Samsung у противтужби и у одговору на тужбу своје тврдње заснива на следећим патентима, и то: 1) *US Patent 7.675.941* који покрива *e-bit* технологију повезану са 3 *GPP* стандардом, 2) *US Patent 7.447.516* који покрива употребу ограничене технологије на струју са циљем смањивања препрека од 3 *GPP* стандарда. У односу на аргументе *Samsung*-а, *Apple* ће показати да већ има лиценцу за коришћење *Samsung*-ових 3*G* патената, позивајући се на доктрину за исцрпљивање патента.

Доле наведена три патента *Samsung*-а укључују технологију која је разумљивија за „обичне људе“ и функционише за слање фотографија електронском поштом са телефона који има камеру, мултитаскинг са музиком која свира у позадини и прелаз камере у живо и фотогалерије. *US Patent 7.675.941*, који се односи на метод трансмисије *e-mail*-а са фотографијама сликаних са камером мобилног телефона *US Patent 7.447.516* покрива прелаз из модула у којем се фотографише и у ком се виде фотографије да би се смањиле сметње са 3 *GPP* стандардом. У односу на аргументе *Samsung*-а, *Apple* ће показати да већ има лиценцу за коришћење 3*G Samsung*-ове патенте позивајући се на доктрину исцрпљивања патента. Наиме, *Apple* купује своју основну линију од Интел-а, који је већ платио *Samsung*-у лиценцу за ове патенте, па *Samsung* не може поново тражити да *Apple* плати за исте ове лиценце.

Доленаведена три *Samsung*-ова патента укључују технологију која је разумљивија „обичним“ људима и функционише стварима попут слање слика *e-mail*-ом телефоном који има камеру, мултитаскинг са му-

зиком која свира у позадини и прелаз камере у живо и фотогалерије. *US Patent 7.577.460* се односи на метод трансмисије *e-mail* са сликама направљених камером мобилног телефона. *US Patent 7.456.893* покрива прелаз из модула у ком се слика и у ком се могу видети слике. *US Patent 7.698.711* обухвата селектирање „MP3 режима“ на мобилним уређајем и репродукцију музике у позадини и друге мултитаскинг функције, при чему је означено да музика свира у позадини.

Према општем прихваћеном правилу о парничном поступку, на *Apple*-у је терет доказивања сваког од елемената за који постоји сумња да повређује њихове патенте. *Apple* има једноставну причу, али веома сложени случај.

Пре доношења пресуде, порота је заседала 21 сат. При том, порота је пресудила да је *Samsung*, повредио низ *Apple*-ових патената у вези мобилних уређаја и мора платити накнаду од 1.05 милијарди америчких долара. У својој пресуди порота је одговорила на 33 питања која се односе на повреде са стране *Samsung*-а на више од 20 паметних телефона и таблета. Од пороте се тражило да одлучи да ли је *Samsung* повредио већину *Apple*-ових патената, укључујући и софтверске и хардверске патенте за дизајн, као и *trade dress*, који се односи на дизајнерске аспекте који нису од суштинског значаја за функционисање уређаја.⁴⁵

У даљем тексту, представимо делове пресуде које се односе на повреде патената, укључујући:

- *US Patent 7.469.381 (the „bounce back“ action)*: Порота је пресудила у корист компаније *Apple* и одредила је да све *Samsung*-ови производи повређују патент. Имајући у виду овај патент, утврђено је да је *Samsung* свесно повредио патент.
- *US Patent 7.864.163 (the „double tap to zoom“ action)*: Порота је одлучила да са изузетком осам мобилних телефона, *Samsung* је повредио и овај патент. Такође, реч је о свесној повреди компаније *Samsung*.
- *US Patent 7.844.915 (the „pinch to zoom“ action)* и друге зум и скрол функције: Порота је у великој мери одлучила у корист *Apple*, наводећи изузетке који не повређују овај патент: *Intercept*, *Replenish* и *Ace*. И овде постоји свесна повреда права.

Сигурно постоји одређено подударање између онога што се сматра софтвером и дизајном, али пресуда се односи на конкретне патенте везане за дизајн. Ово указује да је *Apple*-ов правни тим избегао замку да поротници, као просечни потрошачи и људи који немају високоструч-

45 Matt Macarion, *Apple versus Samsung: Full Interview with the jury foreman*, доступно на адреси: http://www.bbc.co.uk/news/technology-19425051#story_continues_1, 31.8.2012.

на познавања из области технике, не схвате у чему се састоји повреда, па се правилно фокусирао на најједноставније патенте (за дизајн и функционисање), и то:

- *US Patent D593, 087 (back of the iPhone)*: сви *Samsung*-ови паметни телефони повређују овај патент, са изузетком 4G је *Galaxy S* и *Vibrant*.
- *US Patent D618, 677 (front of the iPhone)*: осим *Ace*-а, сви сетови *Samsung*-а повређују овај патент. *Samsung* је свесно учинио повреду овог патента.
- *US Patent D604, 305 (iOS апликација icon design)*: сви уређаји *Samsung*-а повређују овај патент – али то је била једна од најспорнијих тачака у предмету. Порота је утврдила да је *Samsung* намерно повредио и овај патент.
- *US Patent UC D504, 889 (iPad design – specifically, „clean front, edge-to-edge glass, thin bezel, thin outer border, rounded corners“)*: за овај патент, за *Samsung* и његов *Galaxy Tab*, се сматра да нису повредили *Apple*-ов патент, али *Apple* је ипак добио новчану надокнаду.

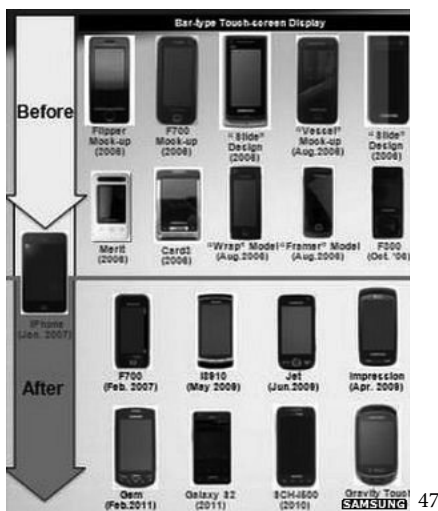
Samsung је тврдио да *US Patent 7.456.893* не може уживати патентну заштиту, али порота се изјаснила против овог става. Међутим, *Apple* је ипак успео да докаже постојање *trade dress* код *iPhone 3G*, док је код осталих модела *iPhone* и *iPad*, порота одлучио да *trade dress* не постоји. С друге стране, порота је одлучила да се *Captive*, *Continuum*, *Droid Charge*, *Epic4 G*, *Prevail*, *S2 (AT & T)*, *S2* и *9100*, *S2 (T-Mobile)*, *Epic 4G Touch*, *Skyrocket*, а *Infuse 4G* не могу поистоветити са *trade-dress*-ом и *iPhone 3G*.

У вези *Samsung*-ове противтужбе против компаније *Apple*, порота сматра да је *Apple* повредио неке од патената *Samsung*-а. С друге стране, *Apple* није успео да докаже да су *Samsung*-ови патенти неважећи (невалидни), али одштета *Apple*-у се неће морати платити. При том кренуло се од предходног стања технике. Ово питање је било узето у обзир, али правна квалификација стања технике у смислу тога да ли је довољна да негира или поништи патенте *Apple*-а, иако веома компликована за просечног потрошача, у овом случају, требала је бити превише слична да би се таква тврдња требала уважити. Међутим, из датих примера произлази да је хардвер био различитији, а софтвер дијаметрално различит од предходног стања технике.

У прилог својим ставовима *Apple* је презентирао доленаведен компаративни приказ да би показао да је *Samsung* је променио приступ након објављивања *iPhone*-а.



Међутим, *Samsung* је искористио доњи приказ да покаже да су промене неповезане изласком *iPhone*-а.



Стога се не може претпоставити да савремени софтвер не може бити укључен на стари хардвер, једноставно он не би функционисао. Оно што је кључно, је да су технологије требале бити у међусобној вези. Сходно томе, поротници су при доношењу пресуде имали у виду и *source* (извор) код оба оперативна система. Порота сматра да оба „метода“ софтвера нису исти, нити могу бити у некаквој узајамној вези због хардвера који је укључен између старог и новог процесора. У ствари, иако је дискутабилно, поротници сматрају да оба оперативна система (један на *Apple*-ов и *Android*) могу да коегзистирају, иако постоје неке сличности. Начин функционисања код оба оперативна система се у довољној мери разликује да не постоји ризик од повреде.

46 Leo Kelion, *Apple versus Samsung: Jury foreman justifies \$1bn verdict*, доступно на адреси: <http://www.bbc.co.uk/news/technology-19425052#dna-comments>, 31.8.2012.

47 L. Kelion, *нав. дело*.

VI Закључак

Упркос делимичном усвајању тужбених захтева, за научну и стручну јавност је важна чињеница да са пресудом Самсунгу није одређена грађанскоправна санкција. Али, са пресудом су поротници упутили поруку целој индустрији да, без обзира на то ко си, ако свесно преузимаш ризик да пређеш линију и почнеш повређивати туђе патенте, мораћеш да надокнадиш штету. Иако тужба компаније *Apple* није прихваћена у целини, стручњаци сматрају да је овај случај преседан у патентном праву САД и широм света. Овај случај ће имати велике импликације на тржиште електронике за потрошаче, али и на патентни систем. Поређења ради, накнада коју треба платити *Samsung* је 0.725 % од његових прихода у 2011. години, што значи да иста неће избацити *Samsung* из бизниса.

Само постојање једног оваквог случаја ће довести носиоце патената у такозвано стање комодитета који је створен са стране великих технолошких компанија како би се угушила конкуренција између њих. То подстиче компаније да мисле првенствено на патенте, а затим на истраживање и развој (проналасци), што је у супротности са сврхом патентног система. У исто време, чињеница да су се у последњих годину дана десиле можда не „револуционарне“, али сигурно „реформске“ промене у патентним система Европске уније и САД, које су приближиле два патентна система (*first to file* и *first inventor to file*), можемо рећи да ће се областима патентне заштите и заштите интелектуалне својине у будућности придавати још већи значај. Ово се посебно односи на судску заштиту, за коју ће се инсистирати да буде, ако не унифицирана, онда бар у великом делу усклађена. У том правцу је свакако и основање Европског патентног суда. Шта ће се дешавати у патентном спору века, не можемо предвидети. Једно је сигурно, тужба је поднета, али каква ће бити одлука виших судова, нико не може предвидети. Али, не можемо се отргнути од закључка да смо још увек далеко од високохармонизоване судске праксе.

Jadranka DABOVIĆ ANASTASOVSKA, PhD
Professor at the Faculty of Law „Justinianus Primus“ University of Skopje

Valentin PEPELJUGOSKI, PhD
Attorney at Law

NEW DEVELOPMENTS IN PATENT SYSTEM IN EUROPE AND UNITED STATES, OR APPLE V. SAMSUNG CASE REVISITED

Summary

Following a historical view on development of European patent law, the coauthors analyze the recent verdict from a US court regarding a patent infringement, between two tech-companies Apple and Samsung. It is concluded that the verdict of the US court shall have an impact on different proceedings for patent infringement initiated in Europe between these two companies.

Key words: *patent, United States, European Union, patent infringement.*

др *Нина ПЛАНОЈЕВИЋ*
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

НЕКА ЗАПАЖАЊА О МОГУЋИМ ОБЛИЦИМА ЗАЛОЖНОГ ПРАВА НА ПРАВИМА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ КОД НАС

Резиме

Констатацијући да су новим прописима и у Србији створени услови да права интелектуалне својине постану прихватљивији објекти заложног права, аутор најпре утврђује које су врсте ових права погодне за залагање. У другом делу рада, он даје одговор на питање који су облици заложног права на тим правима код нас могући. Могућности заснивања уговорног заложног права је неспорна; с тим ипак на правима индустријске својине оно може настати само као регистровано, а на имовинској ком-поненти ауторској и сродних права, по његовом мишљењу, и као нереститовано – по избору уговорача. Законско заложно право на овим правима, по аутору, требало би прописати за оба; а не, као сада, само за један од два законом предвиђена случаја. Иако је настаник судског заложног права доуштен неким законима из ове области, Закон о извршењу и обезбеђењу не само да не предвиђа његово заснивање ни у поступку извршења ни у поступку обезбеђења, него чак не регулише ни поступак принудног извршења на правима интелектуалне својине – што је велики пропуст који треба отклонити.

Кључне речи: заложно право, права интелектуалне својине.

I Увод

Најчешће коришћено средство обезбеђења¹ повериоцевог потраживања према дужнику је свакако заложно право. За објекат оно по правилу има непокретности; од увођења регистроване залог све чешће и покретне ствари; а најређе су то имовинска права. И када прихвате неко од њих као залог, повериоци се најчешће одлучују за она имовинска права, чији су посредни објекат опет ствари;² сматрајући их, вероватно због „везаности“ за ствар која је видљива и опипљива, сигурнијим од других. Без обзира на то што могу имати велику вредност и с аспекта могућности уновчења бити поуздано обезбеђење, остала имовинска права су неоправдано стављена у други план.

То се посебно односи на права интелектуалне својине, на којима је у периоду од 2005. до 2009. године регистровано само 51 заложно право.³ Разлога за то је више, а најважнији је што потенцијалним повериоцима, а вероватно ни титуларима ових права, нису у довољној мери познате могућности које она у контексту залагања пружају. Један од разлога је што су ова права годинама уназад стицала „лошу репутацију“ кроз информације у медијима о проблемима титулара са њиховом заштитом од неовлашћене употребе. Јавност, међутим, није довољно обавештена да је Србија у међувремену потписала одређене међународне конвенције и донела нове прописе из ове области, који посебну пажњу поклањају управо превенцији од неовлашћене употребе и заштити права о којима је реч. На тај начин су и код нас створени услови да права интелектуалне својине постану прихватљивији објекат заложног права,⁴ што је од користи и дужницима и повериоцима. Повериоцима, јер се са проширује број могућих објеката заложног права; а дужницима, чија су једина или највреднија имовина ова права, јер добијају шансу да више не зависе од спонзора и да свој рад сами финансирају путем кредита – које ће обезбеђивати управо залагањем права интелектуалне својине, чији су титулари.⁵

1 О односу различитих средстава обезбеђења потраживања више: Мирослав Лазић, *Права реалној обезбеђења*, Ниш, 2009; Душко Медић, *Право обезбеђења и оштраживања*, Б. Лука, 2013.

2 У питању је нпр. залагање: вршења плодуживања, потраживања обезбеђених хипотеком (натхипотека), потраживања обезбеђених заложним правом на покретностима (подзалога).

3 Подаци преузети из регистра залог Агенције за привредне регистре, за период у коме се заложно право на правима интелектуалне својине уписивало у њега.

4 Синиша Варга, Нина Планојевић, „Превенција ризика по реализацију заложног права на патенту“, у: Божин Влашковић (ур.), *Правне и инфрасструктурне основе за развој економије засноване на знању*, Крагујевац, 2012, стр. 397–413.

5 Више о томе: I. Davies, „Secured Financing of Intellectual Property Assets and the Reform of English Personal Property Security Law“, *Oxford Journal of Legal Studies*, бр.

Разне врсте заложног права на разним врстама права интелектуалне својине данас су код нас регулисане већим бројем прописа, у којима се није лако снаћи: како прописима, који регулишу права интелектуалне својине, тако и онима, који регулишу поједине врсте заложног права. Иако су сви прописи из ове области новијег датума, модерни и усмерени, између осталог, и на то да отворе пут залагању ових права – морамо приметити да је садржина неких од њих таква, да својом непотпуношћу стварају бројне дилеме. Они чак постају препрека за заснивање неких облика заложног права на правима интелектуалне својине, који би требало да буду неспорни. Стога ће предмет нашег рада бити разматрање за праксу важног питања: да ли је на правима интелектуалне својине могуће заснивање свих облика заложног права, који су могући и на другим објектима подобним за залагање, као и на основу којих прописа и на који начин? У том контексту биће изнета и два запажања везана за Закон о извршењу и обезбеђењу. Прво се тиче празнина у регулативи судског заложног права на имовинским правима, па и правима интелектуалне својине и дилеме како се оно код нас може конституисати. Друго запажање тиче се непотпуности одредби овог закона, која доводи у питање могућност спровођења поступка принудног извршења на правима интелектуалне својине. Да бисмо тему рада учинили јаснијом, претходно ћемо подсетити на основне карактеристике заложног права на правима интелектуалне својине и утврдити да ли свако од њих може бити заложни објекат.

II Карактеристике заложног права на правима интелектуалне својине

1. *Појам и садржина.* Заложно право на праву је стварно право⁶ на туђем, преносивом, садашњем или будућем, имовинском праву или његовом идеалном делу (у нашем случају праву интелектуалне својине); које титулара овлашћује да пре осталих поверилаца из вредности објекта залогe наплати своје потраживање – ако га дужник не плати о доспелости. Као што се ни код залагања својине на ствари⁷ на залогопримца не преноси својина,⁸ тако се ни код залагања права ин-

3/2006, стр. 560; X. Nguyen, „Collateralizing Intellectual Property“, *Georgia Law Review*, бр. 1/2007, стр. 5.

6 О правној природи заложног права на правима: Мелиха Денишлић, *Правна природа залагања права*, магистарски рад одбрањен на Правном факултету у Београду, 1988, стр. 60-78.

7 Паралелу између залагања својине и осталих права праве: Радмила Ковачевић Куштримовић, Мирослав Лазић, *Стварно право*, Ниш, 2004, стр. 295.

8 У циљу обезбеђења наплате потраживања може се извршити фидуцијарни пренос својине – што треба разликовати од залагања својине.

телектуалне својине не врши његов пренос на залогопримца (иако је цесија права у циљу обезбеђења могућа). Код залагања интелектуалне својине на залогопримца се преноси само једно овлашћење из тог права – овлашћење располагања њиме; и на тај начин се конститутивним правним прометом креира ново право – заложно право.⁹ Овлашћење располагања се на залогопримца преноси уз два ограничења: оно је могуће само уновчењем заложеног права по законом прописаној процедури и у складу са општим начелима и само у циљу наплате дуга до висине његовог износа. Залогопримац не задржава за себе заложено право.¹⁰ Коришћење права интелектуалне својине начелно не спада у овлашћења залогопримца. Ипак, неки аутори с правом примећују да је операцију залагања понекад лакше теоријски објаснити, него је у пракси разграничити од уступања ових права.¹¹

2. *Врсте права интелектуалне својине погодних за залагање.* Да би било које право могло бити предмет залагања, мора испуњавати одређене услове, који произилазе из суштине заложног права. Они су формулисани у законима¹² који регулишу ову материју, као и од стране правне теорије. То важи и за права интелектуалне својине, а реч је о следећим условима: 1) право је имовинско и може се уновчити; 2) право је преносиво, што значи: да није везано за личност; да његов пренос није забрањен законом; или да немогућност преношења не произилази из других разлога или његове природе; 3) титулар правом може слободно располагати. Неки аутори наводе и услов дељивости права,¹³ под тим подразумевајући могућност да се овлашћење његовог уновчења може издвојити и пренети на повериоца, јер је можда управо ту танка нит разграничења између залагања и уступања права.

Од права интелектуалне својине која су код нас регулисана, наведене услове испуњавају: *пашениј, мали пашениј, жиј (сем колективної*

9 Схватање, по коме претходник следбенику код конститутивног промета преноси део свог права је једно од више, којима се ова појава објашњава. О томе: Владимир В. Водинелић, *Грађанско право – Увод у грађанско право и Ојштии гео грађанској права*, Београд, 2012, стр. 287–288.

10 У циљу заштите дужника, у нашем праву комисорна и марцијанска клаузула могу се уговорити тек по доспелости потраживања.

11 Поједини аутори примећују да је код залагања својине лакше уочити пренос појединих овлашћења на залогопримца; док код залагања других права изгледа као да се она уступају. (Р. Ковачевић Куштримовић, М. Лазвић, *нав. дело*, стр. 295). О разликама и сличностима између цесије и залагања потраживања, као и других права: М. Денишлић, *нав. дело*, стр. 81–126 и др.

12 О овим условима се може закључити из чл. 10 Закона о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар (*Службени гласник РС*, бр. 57/2003, 61/2005, 64/2006, 99/2011; даље у фуснотама: ЗППСУР).

13 Драгољуб Д. Стојановић, *Сиварно право*, 5. издање, Београд, 1980, стр. 235.

и жића (аранције), право на индустријски дизајн и на топографију интегрисаних кола. Сем права на топографију интегрисаних кола, могућност залагања поменутих права, укључујући и право из пријаве, изричито је предвиђена и у законима који их регулишу,¹⁴ па о томе нема дилеме. Закон који регулише право на топографију не помиње залагање, али говори о могућности преноса овог права, у целини или делимично, на основу уговора или наслеђивањем¹⁵ – што по нашем мишљењу укључује и могућност залагања (које представља врсту промета права, као што је већ објашњено); а ово право испуњава и све горе наведене услове. Пренос и залагање *права на ознаку географској порекла производа* је, међутим, законом забрањено¹⁶ – што је с обзиром на садржину овог права и разумљиво.

Што се тиче *ауторској и сродних права*, њихова личноправна компонента се не може преносити, па ни залагати; али имовинско-правна компонента испуњава услове за залагање. Иако Закон о ауторском и сродним правима¹⁷ могућност залагања не регулише, он је и не забрањује; а о могућности залагања закључује се на основу одредби које допуштају његов промет¹⁸ – што и залагање јесте. Оваква регулатива, међутим, оставља отвореним питање о начину залагања, о чему ће у даљем тексту бити речи.

Након изнетог, остаје да утврдимо да ли су сви облици заложног права, који су могући на осталим заложним објектима, могући и на правима интелектуалне својине подобним за залагање.

III Облици заложних права на правима интелектуалне својине

Заложно право се на врсте може делити према различитим критеријумима. Најважнија подела је према објекту – на заложно право на покретностима, непокретностима и правима; од чега углавном зависи и начин његовог стицања – па је његова наредна подела, на регистровано и нерегистровано, условљена претходном. Начин стицања

14 Видети: чл. 53–56 Закона о жиговима (*Службени гласник РС*, бр. 104/2009); чл. 52–55 Закона о правној заштити индустријског дизајна (*Службени гласник РС*, бр. 104/2009); чл. 47–50 Закона о патентима (*Службени гласник РС*, бр. 99/2011).

15 Закон о заштити топографија интегрисаних кола (*Службени гласник РС*, бр. 104/2009), чл. 21.

16 Закон о ознакама географског порекла (*Службени гласник РС*, бр. 18/2010), чл. 60. То важи и за регистровано име порекла, односно регистровану географску ознаку предмета пријављеног или регистрованог жига.

17 *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011.

18 Закон о ауторском и сродним правима, чл. 59, 61–69 и 145.

је уређен императивно и само изузетно је ствар договора дужника и повериоца¹⁹ и то само када се ради о уговорном, али не и судском и законском заложном праву. Ово важи за све заложне објекте, па и за права интелектуалне својине.

Врста заложеног објекта, међутим, није од значаја за поделу заложног права према основу настанка. Независно од тога да ли је заложени објекат ствар или право – заложно право на њему може бити уговорно, законско или судско. Шта ће бити основ његовог настанка зависи од конкретних околности или врсте и одлика потраживања које поверилац има (неплаћање пореза може да резултира законским заложним правом; поступак принудног намирења отвара могућност за судско заложно право; недоследно потраживање се обезбеђује уговорном залогом итд.). Основ настанка заложног права је по правилу значајнији за дужника него за повериоца, јер само настајак уговорног заложног права зависи од његове воље, што са судским и законским није случај. За повериоца основ настанка има више формални значај, јер му само поштовање правила о његовом заснивању обезбеђује пуноважну залогу. Изузетно, основ настанка му понекад може обезбедити приоритет у намирењу (законско заложно право).

Оно што је за повериоца најважније је: да му правни поредак омогући да заложно право стекне (вољом дужника или независно од ње, када се за то остваре услови); да се заложени објекат може брзо уновчити и из добијеног износа потраживање намирити. Ако заложни објекат испуњава те услове – логично је да би правни поредак требало да допусти настајак заложног права на њему, шта год био основ: уговор, закон или судска одлука (зависно од околности). То би требало да важи за све заложне објекте, па и права интелектуалне својине подобна за залагање. Из садржине прописа из ове области, међутим, произилази да то у потпуности важи за уговорно; у највећој мери за законско; док се за судско заложно право то не би могло рећи. Дакле, изгледа да су нашим прописима права интелектуалне својине „дискриминисана“ по овом питању, јер за разлику од ствари или потраживања заложно право на њима не може настати по свим могућим основима. У даљем тексту извршићемо анализу прописа о којима је реч и покушати да утврдимо разлоге због којих је тако.

1. Уговорно заложно право на правима интелектуалне својине

Настајак заложног права на правима интелектуалне својине увек је могућ на основу уговора, баш као и када се ради о стварима и другим

19 Од увођења регистроване залог у наше право заложно право на покретностима и неким правима могуће је и као регистровано и као нерегистровано, према избору дужника и повериоца.

правима у улози заложног објекта. Оно настаје као регистровано или нерегистровано, зависно од врсте права интелектуалне својине,²⁰ што је детаљно регулисано одговарајућим законима.

1. Уговорно залагање права интелектуалне својине *регистрацијом* регулисано је Законом о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар (надаље: ЗЗППСУР),²¹ као и законима који регулишу поједине врсте ових права. *Titulus* за настанак заложног права је уговор,²² закључен у писаној форми²³ и са законима прописаном садржином.²⁴ Уговор странке могу закључити саме или у форми јавнобележничког записа.²⁵ *Modus* за стицање регистроване залогне на правима интелектуалне својине је упис у регистар, али за највећи број ових права то није регистар залогне Агенције за привредне регистре (надаље: АПР).

Заложно право на *правима индустријске својине* стиче се уписом у регистре Завода за интелектуалну својину (надаље: Завод), у које се уписује и њихово постојање,²⁶ а по слову закона (чл. 14 ЗЗППСУР) то су: регистар жигова, патената, малих патената, модела, узорака, географских ознака порекла²⁷ и топографија. На поступак регистрације примењују се правила закона који регулишу наведена права, а не одредбе ЗЗППСУР. Једино Закон о заштити топографија интегрисаних кола не садржи одредбе о томе, али се може узети да се *mutatis mutandis* и на поступак регистрације овог заложног права примењују иста правила.

И заложно право на *имовинској комјонентној ауторској и сродних права* (надаље: ауторско право) би се, по нашем мишљењу, могло засновати регистровањем, без обзира што се не налази на поменутој листи права интелектуалне својине која се залажу регистровањем из чл. 14

20 Више о томе: Нина Планојевић, Синиша Варга, „Конституисање уговорног заложног права на правима интелектуалне својине“, *Правни животић*, бр. 10/2012.

21 *Службени гласник РС*, бр. 57/2003, 61/2005, 64/2006, 99/2011.

22 Сматра се да једнострана изјава воље то не би могла бити. Видети: Ненад Тешић, „Обезбеђење на покретним стварима и потраживањима“, *Форум за грађанско право за Југоисточну Европу – избор радова и анализа*, књ. 2, стр. 228, фуснота 86.

23 Сматра се да овера потписа није неопходна. Видети: Н. Тешић, *нав. дело*, стр. 228.

24 Обавезна садржина уговора регулисана је чл. 3 ЗЗППСУР независно од тога шта је објекат заложног права; као и законима који регулишу право на патент, жиг и индустријски дизајн – на исти начин, уз неке терминолошке разлике и прецизирања.

25 Закон о јавном бележничству (*Службени гласник РС*, бр. 31/2011), чл. 83.

26 Упис тих права индустријске својине у регистре Завода био је могућ тек од доношења нових закона, који су регулисали права о којима је реч и поступак њиховог залагања.

27 Могућност залагања права на ознаку географског порекла је, као што је већ речено, законом који га регулише забрањена.

ЗЗППСУР. Овакав закључак изводимо из чл. 10 ЗЗППСУР, који предвиђа да предмет регистрованог заложног права могу бити потраживања и *друга имовинска права*, не наводећи посебно нити искључујући било које од њих. Листа из чл. 14, где се међу правима интелектуалне својине на којима залога настаје уписом у регистре Завода не помиње и ауторско право, последица је чињенице да оно не настаје уписом у регистар Завода, као права индустријске својине, па се зато ни његово залагање нема где уписати. За разлику од њега, залагање права индустријске својине треба учинити видљивим управо у регистру Завода, у који се уписује и њихов настанак, а не одвојено, у регистру који води АПР. То, међутим, не значи да заложно право на ауторском праву не би могло бити објекат регистроване залоге на исти начин као и свако друго имовинско право, тј. уписом у регистар залоге АПР.

2. Док се на правима индустријске својине заложно право данас више не би могла засновати другачије, осим као регистрована залога²⁸ – што јасно произилази како из чл. 14 ЗЗППСУР, тако и из одредби закона који регулишу ова права – са ауторским правом то није случај. Иако је ово питање спорно, мишљења смо да заинтересована лица могу изабрати начин његовог залагања:²⁹ регистрацијом на горе описани начин (по одредбама ЗЗППСУР) или по одредбама Закона о облигационим односима (надаље: ЗОО, чл. 995),³⁰ по којима се права залажу на начин на који се и преносе, тј. без регистрације. Начин преноса ауторског права регулише Закон о ауторском и сродним правима.³¹ Наиме, ЗЗППСУР, сем права интелектуалне својине набројаних у чл. 14, не издваја ни једно друго имовинско право као објекат који би се могао заложити *искључиво* регистрацијом – па ни ауторско право. То значи да заснивање заложног права на њему регистрацијом није обавеза странака, већ *моућносћ* – која се не мора користити. Мишљења смо да ЗЗППСУР не дерогира начин залагања предвиђен у ЗОО, већ уводи нови облик заложног права, који треба да егзистира паралелно са постојећим – па правни субјекти могу бирати облик који највише одговара њиховим потребама, тј. да ли ће га конституисати као регистровано или нерегистровано. Друго је питање која ће од ове две опције бити чешће коришћена. У прилог регистрованог заложног права говори аргумент веће сигурности коју пр-

28 О начину заснивања пре доношења ЗЗППСУР: Т. Вицковић, „Заложно право на правима индустријске својине“, *Правни животи*, бр. 13/2009, стр. 440 и др.

29 Нина Планојевић, *Сиварно право у пракси*, 1. издање, Крагујевац, 2012, стр. 350–351.

30 *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003.

31 Чл. 60–69, 145 и др.

жа залогопримцу, чему доприноси јавност регистра залогe АПР. С друге стране, увек постоје дужници – рецимо популарни аутори или титулари сродних права – којима ће нерегистрована залога бити прихватљивија као дискретнија, јер се не уписује у регистар залогe, у који је могуће извршити увид и путем интернета.

2. Законско заложно право на правима интелектуалне својине

Могућност заснивања законског заложног права предвиђена је у два закона. Први је ЗОО, за одређене покретности, потраживања и повериоце, и то само у облику законске ручне залогe.³² Пошто су у питању специфични основи настанка потраживања и тачно одређене ствари – јасно је да права интелектуалне својине оправдано не могу бити заложни објекат по одредбама овог закона (нити било која друга ствар и право). Законско заложно право, међутим, може настати и на другим заложним објектима, предвиђеним Законом о пореском поступку и пореској администрацији³³ (надаље: ЗПППА), путем регистрације у одговарајуће јавне књиге.³⁴ Оно се заснива у корист пореског повериоца³⁵ за потраживања пореза и других дажбина у два случаја, а само у једном од њих заложни објекат могу бити и права интелектуалне својине.

1. Када се заснива ради обезбеђења пореског потраживања у *принудној најлакшој пореза* (чл. 86), ово заложно право је могуће на свим врстама заложних објеката, независно од тога да ли су у питању покретности, непокретности или имовинска права. На истим објектима оно се може засновати и *одмах до доспелости пореза* и споредних пореских давања (чл. 72).

Пошто највећи број права интелектуалне својине спада у категорију имовинских права подобних за залагање, то значи да је и на њима могуће заснивање законског заложног права. По закону, оно настаје уписом у регистар на основу решења Пореске управе и нема приоритет у реализацији у конкуренцији са регистрованим залогома из других основа.³⁶ Иако није прецизирана врста регистра, јасно је да је у

32 Чл. 628, 679, 680, 736, 763, 786, 809, 846 и 853.

33 *Службени гласник РС*, бр. 80/02, 84/02, 23/03, 70/03, 55/2004, 61/2005, 85/2005, 62/2006, 63/2006, 61/2007, 20/2009, 72/2009, 53/2010, 101/2011, 2/2012.

34 Весна Живковић, Ана Кнежевић, „Заложно право на покретним стварима“, у: *Промене стварног права у Србији – Могућности реформе у оквиру регионалног развоја у Југоисточној Европи*, Београд, 2004, стр. 182.

35 По закону то је Република, односно јединица локалне самоуправе.

36 Видети чл. 88 ЗПППА и чл. 34 ЗППСУР.

питању регистар у који се и иначе уписује залагање ствари и права који су и питању, односно регистри Завода за права индустријске својине и регистар АПР за ауторско право. Као што се види, законска залога на ауторском праву, за разлику од уговорне, не би могла настати без регистрације.

2. По одредбама ЗПППА може настати и законска залога на покретностима, непокретностима, новцу и потраживањима дужника ради обезбеђења наплате пореза који *није досиео за најлаиу или који није уиврђен, али је иокренуи иосиуиак уиврђивања или контироле*; а постоји опасност да порески обвезник осујети, онемогући или учини неефикасном његову наплату.³⁷ Пореска управа тада може решењем установити привремене мере за обезбеђење наплате, па и заложна права на наведеним објектима. Као што се види, ова могућност не постоји за друга имовинска права дужника сем потраживања, па ни за права интелектуалне својине – за шта нема оправданог разлога.

Једина разлика између овог и претходног случаја заснивања законског заложног права је што висина потраживања пореског повериоца није утврђена или оно није доспело; а последица те разлике је елиминација свих имовинских права, сем потраживања, од могућности да буду заложни објекат – што изгледа нелогично. Шта год био заложни објекат – његова вредност је након процене позната категорија, без обзира што висина повериоцевог потраживања још увек није, па међу њима не треба правити разлику. Интерес пореског повериоца, као и потврђивање кредибилитета права интелектуалне својине као заложног објекта у очима других могућих заложних поверилаца – што је један од циљева нових прописа – захтева једнак третман ових права у контексту о коме говоримо са другим заложним објектима.

3. Судско заложно право на правима интелектуалне својине

Могућност заснивања судског заложног права предвиђена је Законом о извршењу и обезбеђењу³⁸ (надаље: ЗИО) у два случаја: 1) у поступку принудног извршења; и 2) у поступку обезбеђења.

1. Заложно право у *иосиуику иринуднои извршења* може бити засновано, под условима предвиђеним ЗИО, на: покретним³⁹ и непокретним стварима,⁴⁰ потраживањима⁴¹ и уделу извршног дужника у при-

37 ЗПППА, чл. 66.

38 Службени гласник РС, бр. 31/11, 99/11.

39 ЗИО, чл. 87–88.

40 ЗИО, чл. 107 и др.

41 ЗИО, чл. 154.

вредном друштву.⁴² Заснивање заложног права у поступку извршења није обавеза суда, већ право повериоца. Као што се може запазити, једина два права, на којима је по ЗИО могуће конституисати судско заложно право у поступку извршења су потраживања и удели у привредним друштвима, али не и остала имовинска права извршног дужника – па ни права интелектуалне својине. С друге стране, могућност заснивања заложног права на основу одлуке суда или другог државног органа изричито је предвиђена Законом о жиговима (чл. 53) и Законом о патентима (чл. 47) – па се поставља питање: како решити несагласност одредби ових закона; и да ли је заснивање судског заложног права могуће (и на другим) правима интелектуалне својине?

Правило „*Lex specialis derogat legi generali*“ доводи нас до закључка да су у овом случају меродавне одредбе ЗИО, који регулише судско заложно право и не предвиђа могућност његовог заснивања на правима интелектуалне својине. Чак и да као меродавне узмемо одредбе закона који допуштају заснивање заложног права на основу судске одлуке на патенту и жигу, остаје нам проблем осталих права интелектуалне својине, која би у том случају могла бити објекат само уговорног и законског заложног права – што је нелогично раздвајање. С друге стране, остаје отворено и питање како засновати судско заложно право на патенту и жигу, јер закони о којима је реч то не регулишу. Ако узмемо да је *modus acquirendi* упис у регистар Завода, поставља се питање шта ће бити *titulus* настанка оваквог заложног права? Закони о којима је реч тај основ називају судском одлуком, али не прецизирају о којој се врсти одлуке ради. Пресуда парничног суда и сличне одлуке због своје садржине то не могу бити. То ипак мора да буде одлука донета у извршном поступку, у којој је прецизиран предмет извршења, а тиме и будућег судског заложног права (права интелектуалне својине). Пошто ЗИО не предвиђа могућност заснивања судског заложног права на правима интелектуалне својине, па чак не регулише ни поступак извршења на овим правима (о чему ће у даљем тексту бити речи) – питање је шта треба да буде основ за упис: решење о извршењу, као код судске хипотеке; или записник о попису, као код судског заложног права на покретностима; или решење о заплени потраживања; или нешто треће?

Као што могу бити објекат уговорног и законског заложног права, по нашем мишљењу, нема разлога да сва права интелектуалне својине не буду и објекат судског заложног права у поступку извршења – што би требало да буде предвиђено управо одредбама ЗИО. Пошто свако заложно право, независно од основа настанка, треба да служи заштити интереса повериоца, ти интереси би били оштећени када поверилац пред судом покрене поступак принудног извршења, а не може да заснује

42 ЗИО, чл. 199.

судско заложно право на правима интелектуалне својине подобним за залагање и уновчење – која можда чине једину или највреднију имовину дужника и која су као таква предложена за предмет извршења. Ако дужник не пристаје на уговорно заложно право, неприхватљиво је да га поверилац не може издејствовати независно од његове воље у поступку извршења – иако има извршну исправу, којом је утврђено и постојање и износ потраживања и чињеница да га дужник није намирио.

2. У *иосџуику обезбеђења* заложно право по ЗИО могуће је у три случаја.

а) *Први случај* је заснивање заложног права на основу споразума дужника и повериоца, о коме се саставља записник на судском рочишту, а поступак покреће њиховим заједничким предлогом. Објекат оваког заложног права, према одредбама ЗИО,⁴³ могу бити само дужникове ствари. Ни за једно право, па ни за права интелектуалне својине, та могућност није предвиђена.

С обзиром на то да дужник и поверилац уговорно заложно право на правима интелектуалне својине могу заснивати; а да њихов споразум о заснивању заложног права у поступку обезбеђења такође представља уговор, закључен на судском рочишту⁴⁴ – наведено решење ЗИО је необично. Наиме, оно што је једним законом допуштено (уговорно заложно право), другим није – иако су ситуације суштински исте. Последице заснивања уговорног и споразумног заложног права у поступку обезбеђења, међутим, нису исте. Предност заложног права у поступку обезбеђења над уговорним је у томе што потписани записник има снагу судског поравнања⁴⁵ и што његов упис у јавни регистар врши суд по службеној дужности, па је положај повериоца повољнији. Зато је важно да овај облик заложног права буде допуштен и на правима интелектуалне својине (и на осталим имовинским правима); јер ако интересима дужника и повериоца одговара заложно право са таквим објектом, не видимо зашто би им законодавац онемогућио његово заснивање на овај начин. Немогућност његовог заснивања води и „дискриминацији“ права интелектуалне својине, као потенцијалних објеката залагања.

б) *Други случај* заснивања заложног права у поступку обезбеђења могућ је на основу извршне исправе која гласи на новчано потраживање,

43 Видети чл. 265–267 ЗИО.

44 Споразум о коме је реч може бити закључен и пред јавним бележником у форми јавнобележничког записника. Видети чл. 88, ст. 1, т. 5 Закона о јавном бележничству.

45 Пошто судско поравнање има двоструку природу, материјалноправног уговора и процесне радње, ово заложно право се назива уговорно-судском. Више о томе: Милош Живковић, *Акцесорност заложних љрава на нейокрејносџи*, Београд, 2010, стр. 157.

а покреће га поверилац својим предлогом. Иако је овај део закона насловљен са „Заложно право на стварима и правима на основу извршне исправе“, у његовом тексту реч је само о заложном праву на непокретностима и правима уписаним на њима;⁴⁶ а не и на осталим правима или покретним стварима. То значи да ни овај облик судског заложног права није могућ на правима интелектуалне својине, што је, с обзиром на постојање извршне исправе, неразумљиво опредељење законодавца из истих разлога као када је у питању заложно право у поступку извршења.

в) *Трећи случај* је када заложно право настаје као претходна мера у поступку обезбеђења, коју на захтев повериоца одређује суд, и када се оно може само предбележити. Његов објекат такође могу бити само непокретности и права уписана на њима,⁴⁷ али не и друге врсте ствари и права, па ни права интелектуалне својине. Једино немогућност заснивања овог заложног права на правима интелектуалне својине (и осталим објектима осим непокретности) сматрамо оправданом, зато што је могућност предбележбе заложног права одговарајућим законом предвиђена само за непокретности. Заложно право на другим објектима, па и правима интелектуалне својине, није могуће предбележити у регистре и стећи под условом накнадног оправдања.

3. Оно што још више зачуђује од чињенице да ЗИО не предвиђа могућност заснивања судског заложног права на правима интелектуалне својине у поступку извршења и обезбеђења је да овај закон не уређује ни поступак извршења на било ком имовинском праву, осим потраживања и удела у привредном друштву – па ни на правима интелектуалне својине. Иако међу средства извршења убраја и „уновчење других имовинских права“ (чл. 19), ЗИО не регулише начин њиховог уновчења; мада то детаљно чини када је у питању уновчење нпр. ствари,⁴⁸ потраживања⁴⁹ или удела у привредном друштву.⁵⁰ То донекле објашњава и чињеницу да на осталим имовинским правима није предвиђена могућност заснивања судског заложног права, јер се то дешава управо у поступку извршења – који ЗИО уопште не уређује за имовинска права као предмет извршења, па ни за права интелектуалне својине.

Пошто је очигледно реч о правној празнини, поставља се питање да ли ју је могуће попунити аналогичом, па на уновчење права интелек-

46 ЗИО, чл. 268-274.

47 ЗИО, чл. 279.

48 Чл. 81-103 ЗИО за извршење на покретностима и чл. 104-145 ЗИО за извршење на непокретностима.

49 ЗИО, чл. 146-173 и др.

50 ЗИО, чл. 190-201.

туалне својине применити правила ЗИО која важе за уновчење неког другог предмета извршења – па по аналогији применити и правила о заснивању судског заложног права на њему? Иако права интелектуалне својине спадају у категорију имовинских права, рекли бисмо да аналогна примена одредби ЗИО о извршењу на новчаном потраживању дужника ипак није прикладна. Оно подразумева заплону потраживања и његов пренос на повериоца ради наплате или уместо исплате – што по нашем мишљењу није у складу са природом права интелектуалне својине. Аналогна примена одредби ЗИО о извршењу на покретним стварима, чије се уновчење врши продајом усменим јавним надметањем или непосредном погодбом је прихватљивија, јер нам се чини да би на тај начин најповољније била уновчена и права интелектуалне својине. То даље значи да би и судско заложно право на њима у поступку извршења требало конституисати на исти начин као и на покретним стварима: уписом у одговарајући регистар на основу записника о попису. Али, ту већ наилазимо на проблем, јер је попис покретности логична радња, али не и попис права интелектуалне својине. За ова права, прикладније би било да решење о извршењу буде основ за упис судског заложног права, као код непокретности.

То значи да аналогна примена одредби ЗИО о извршењу на другим предметима није до краја могућа на извршење на правима интелектуалне својине; и да се недостајуће одредбе о извршењу и начину заснивања судског заложног права на њима ипак морају унети у ЗИО. У супротном, не само да ће интереси поверилаца бити оштећени, а права интелектуалне својине „дискриминисани“ заложни објекат – већ је питање и како изводити принудно извршење на њима. У судској пракси нисмо пронашли случајеве са оваквим ситуацијама, што не значи да их неће бити, с обзиром на то да су прописи о залагању новијег датума и да заложном праву на правима интелектуалне својине тек предстоји експанзија у Србији, баш као у Европи и Америци.

IV Закључак

Захваљујући новој регулативи, права интелектуалне својине су постала сигурнији заложни објекат, чиме су створени услови за њихово чешће залагање и отклањање предрасуда о могућности уновчења. Залагање ових права на основу уговора у Србији је могуће увек, када се дужник и поверилац о томе споразумеју – као и за остале заложне објекте. Законско заложно право на њима могуће је у мањем броју случајева него за друге објекте, чиме се умањују могућности заложног повериоца; а та права „дискредитују“ као заложни објекат у очима других могућих залогопримаца. Они се с правом питају треба ли да их

прихватају, када држава неће – па ово решење треба изменити. Судско заложно право је, међутим, само могућност, предвиђена за патент и жиг законима који их регулишу; али она није разрађена Законом и извршењу и обезбеђењу за било које право интелектуалне својине. Без одговарајуће регулативе, као што је у раду објашњено, ову могућност није могуће реализовати. ЗИО не регулише чак ни поступак извршења на овим правима – што је пропуст који треба исправити; а заснивање судског заложног права на њима омогућити и у поступку извршења и у поступку обезбеђења, као и за друге заложне објекте. У супротном, поверилац са извршном исправом, коме дужник – титулар права интелектуалне својине не допушта уговорно заложно право на њему, неће имати начина да га заснује против његове воље и заштити своје интересе – као што то може на стварима или потраживањима, што је неприхватљиво.

Nina PLANOJEVIĆ, PhD

Associate Professor at the Faculty of Law University of Kragujevac

SOME OBSERVATIONS ON POSSIBLE FORMS OF LIENS OVER INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN SERBIA

Summary

Ascertaining that new regulations in Serbia also created environment for intellectual property rights to become more acceptable objects of lien, the author primarily verifies what types of these rights are suitable to be lien. In the second part of the paper, author gives answers to question what forms of lien over these rights are possible in Serbia. Possibility to establish contractual lien is indisputable; but, it can only be set as registered over rights of industrial property and, in author's opinion, it can also be non-registered over property component of intellectual and similar rights – as contractual parties select. Legal lien over these rights, in author's opinion, should be prescribed for both, not as it is now, for only one case foreseen by the law. Although some laws in this field allow creation of court lien, the Law on Execution and Securing is not envisaging its setting both in the proceedings of execution and proceedings of securing; but the Law also does not regulate proceedings of forced execution over intellectual property rights – and this is a great omission to be eliminated.

Key words: *lien, intellectual property rights.*

др Душан ПОПОВИЋ
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

ДИГИТАЛИЗАЦИЈА АУТОРСКИХ ДЕЛА И ПРИСТУП ДЕЛИМА НЕДОСТУПНИХ ТИТУЛАРА АУТОРСКОГ ПРАВА*

Резиме

Последњих година сведоци смо сировођења и осцилуација дигитализације ауторских дела саопштених на сајтовима, ради пружања услуге изражавања интернетом, као и најредне услуге изражавања и приступа онлајн базама података дигитализованих књига. У раду се анализира да ли и под којим условима ауторској равни пројекти доушљају дигитализацију тих ауторских дела, у укљученом обиму или у одломку, без сагласности титулара ауторској права. Предмет анализе биће и пројекат дигитализације Google Book Search, који је у току. Посебан проблем представља дигитализација ауторских дела, пре свега књига, недоступних титулара ауторској права. Европска унија је недавно усвојила посебан пројекат чији циљ је проналажење правичног решења које ће омогућити приступ знању, уз истовремено поштовање ауторској права. За државу кандидата за чланство у Европској унији, као што је Србија, од највеће важности јесте Директива ЕУ бр. 2012/28 о одређеним дозвољеним начинима коришћења дела недоступних титулара ауторској права, усвојена у октобру 2012. године, којом се уређује приступ тој врсти ауторских дела.

* Овај чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду „Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске уније (правни, економски, политички и социолошки аспекти)“.

Кључне речи: ауторско право, право интелектуалне својине, дела недостиујних титулара ауторског права, дигитализација, ограничења ауторског права, инјернеј.

I Уводна разматрања

Појмом дигитализације ауторских дела означавају се радње умножавања ауторских дела у електронском облику и чињења доступним тако умножених примерака на интернету. Дигитализацијом је некада обухваћено читаво ауторско дело, а понекад само његов део. Осим у случајевима прописаних ограничења и изузетака од ауторскоправне заштите, за сваку радњу умножавања и чињења дела доступним јавности неопходно је претходно прибавити сагласност титулара ауторског права. Дигитализација ауторских дела посебан значај има за рад интернет претраживача, који овај поступак спроводе приликом индексирања веб страница у резултатима интернет претраге. Ипак, сведоци смо да пружаоци услуге интернет претраживања не прибављају сагласност титулара ауторског права пре приступања индексирању веб страница, што представља значајно одступање од традиционалног ауторскоправног режима. Постоје опречна мишљења о томе да ли се дигитализација ауторских дела у сврху индексирања веб страница у резултатима интернет претраге може подвести под неко од прописаних ограничења ауторског права. Ипак, противљења титулара ауторског права оваквом приступу интернет претраживача нису бројна, због њиховог несумњивог интереса да се њихов веб сајт нађе у резултатима претраге.

Највећи интернет претраживач Гугл (енгл. *Google*) осмислио је, такође са позивом на ограничења ауторског права, пројекат дигитализације књига доступних у одређеном броју јавних библиотека или издатих од стране одређеног броја издавача који су приступили пројекту. Пројекат *Google Book Search* изазвао је, међутим, бројна противљења титулара ауторског права нарочито због тога што је дигитализација, поред умножавања књига, подразумевала и јавно саопштавање на интернету већих одломака дигитализованих књига, ради потврде релевантности резултата интернет претраге.

Најспорнији аспект процеса дигитализације ауторских дела представља несумњиво дигитализација дела недоступних титулара ауторског права. Дела недоступних титулара ауторског права јесу ауторска дела која чине предмет субјективног ауторског права, чијег титулара није могуће идентификовати или пронаћи. У упоредном праву, ауторска дела која припадају овој категорији означавају се и као „дела сирочад“

(енгл. *orphan works*). Дела недоступних титулара ауторског права нису у јавном домену, па се, изван случајева прописаних ограничења ауторског права, не могу привредно искоришћавати без сагласности титулара права, који је недоступан. Услед недоступности титулара ауторског права, није могуће вршити имовинскоправна овлашћења која чине садржини субјективног ауторског права, па су оваква дела доступна јавности у знатно ограниченом обиму. Интерес стручне јавности за дела недоступних титулара ауторског права повећао се последњих година, када се интензивно почело размишљати о дигитализацији културне баштине, пре свега писаних ауторских дела која се чувају у јавним библиотекама. Као што смо већ напоменули, поступак дигитализације подразумева најпре умножавање дела, а потом и јавно саопштавање дигитализованог примерка. Наиме, дигитализација подразумева производњу примерка дела, што је обухваћено појмом умножавања. Након што се изради дигитализовани примерак дела, потребно је учинити га доступним заинтересованим корисницима, и то на интерактиван начин. Ауторскоправни прописи не допуштају вршење радњи умножавања и интерактивног чињења доступним ауторских дела без сагласности титулара права. Ипак, неспоран је интерес јавности да приступ делима недоступних титулара ауторског права буде омогућен. Уважавајући интерес тзв. приступа знању¹, правни теоретичари и практичари покушали су да пронађу начин на који се донекле могу заштити интереси титулара права уз истовремено омогућавање приступа овим делима, тј. људском стваралаштву које је у њима изражено.

У раду ће бити анализирано у којој мери ауторскоправни прописи допуштају дигитализацију туђих ауторских дела, у укупном обиму или у одломку, без сагласности титулара ауторског права. Предмет анализе биће и пројекат дигитализације *Google Book Search*, који је у току. Посебан проблем представља дигитализација ауторских дела, пре свега књига, недоступних титулара ауторског права. Европска унија је недавно усвојила посебан пропис чији циљ је проналажење правичног

1 Под појмом приступа знању подразумева се слободан приступ информацијама, идејама, поступцима, методама рада и другим интелектуалним добрима која не уживају ауторскоправну заштиту или су инкорпорисана у друга добра која уживају такву заштиту. Појмом је обухваћен и приступ ауторским делима и предметима сродноправне заштите на основу прописаних изузетака и ограничења. Такође, овим појмом обухваћена је и проблематика приступа добрима која су у тзв. јавном домену, односно добрима на којима је истекла ауторскоправна (или сродноправна) заштита. У ширем смислу, приступ делима недоступних титулара ауторског права такође можемо подвести под појам приступа знању. За исцрпну ауторскоправну анализу проблема приступа знању, вид. Душан Поповић, „Приступ знању у светлу минималних стандарда међународног ауторског права“, у: Божин Влашковић (ур.), *Правне и инфраструктурне основе за развој економије засноване на знању*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, 2012, стр. 275–288.

решења које ће омогућити приступ знању, уз истовремено поштовање ауторског права. За државу кандидата за чланство у Европској унији, као што је Србија, од највеће важности јесте Директива ЕУ бр. 2012/28 о одређеним дозвољеним начинима коришћења дела недоступних титулара ауторског права, усвојена у октобру 2012. године, која ће бити предмет нашег исцрпног разматрања.²

II *Ad hoc* приступ дигитализацији ауторских дела

Неспорно је да традиционални ауторскоправни режим подразумева обавезно прибављање сагласности титулара права за сваку радњу привредног искоришћавања туђег ауторског дела. Сагласност титулара права мора претходити предузимању радње привредног искоришћавања. Извесна флексибилност традиционалног ауторскоправног режима постиже се путем прописивања ограничења и изузетака, чиме се трећим лицима омогућава да користе туђа ауторска дела у тачно назначене сврхе без прибављања сагласности титулара права и без плаћања ауторске накнаде (случајеви суспензије ауторског права и права на накнаду), односно без прибављања сагласности титулара права али уз плаћање ауторске накнаде (случајеви законске лиценце). У англосаксонском праву, које не познаје систем (конкретних) изузетака и ограничења, флексибилност традиционалног ауторскоправног режима постиже се применом теорије фер употребе ауторског дела (енгл. *fair use*), чиме се остварују слични ефекти. За разлику од европског континенталног права у коме су ограничења ауторскоправне заштите јасно дефинисана, у праву Сједињених Америчких Држава примена теорије фер употребе је у великој мери подложна (субјективним) тумачењима. У одељку 107 Закона о ауторском праву САД наведено је у које сврхе се може користити туђе ауторско дело с позивом на теорију фер употребе. Реч је о коришћењу у сврху критике, коментара, новинског извештавања, подучавања, учења и истраживања. Наведена су и четири фактора која морају бити узета у обзир приликом процењивања да ли је конкретан случај коришћења туђег ауторског дела у складу са теоријом фер употребе или није. То су: (1) сврха и карактер употребе, укључујући оцену о томе да ли се дело користи у комерцијалне сврхе или за непрофит-

2 Directive 2012/28/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works, *OJ L 299*, 27.10.2012, p. 5-12. Директивом се уређује приступ ауторским делима и фонограмима недоступних титулара права. Пошто су фонограми предмет сродноправне заштите, исправно би било говорити о „приступу ауторским делима и предметима сродноправне заштите недоступних титулара ауторског и сродних права“. Ипак, из разлога језичке уштеде, користимо краћи термин „приступ ауторским делима недоступних титулара ауторског права“, обухватајући њиме и предмете сродноправне заштите.

не, образовне потребе; (2) природа ауторског дела; (3) обим коришћене јединице дела у односу на целину ауторског дела; (4) дејство такве употребе на тржиште или вредност ауторског дела.

1. Индексирање веб сајтова у резултатима интернет претраге

Појава интернета довела је до извесног одступања од традиционалног ауторскоправног режима.³ Такво одступање је приметно у ретко када оспораваном понашању водећег интернет претраживача Гугла приликом индексирања веб страница у резултатима претраге. Наиме, интернет претраживач Гугл унапред не прибавља сагласност титулара ауторског права приликом индексирања веб страна у резултатима претраге, већ само омогућава титуларима права да упуте захтев за изузимањем конкретне веб странице. Гугл се у овим ситуацијама позива на примену теорије фер употребе, иако је реч о коришћењу туђег ауторског дела у несумњиво комерцијалне сврхе.⁴ Приликом индексирања веб страница долази то њиховог умножавања и, потом, јавног саопштавања умноженог примерка на интернету. Избегавајући да контактира титуларе ауторског права чији предмет је ауторско дело материјализовано у садржини веб странице, Гугл систематски индексира сајтове уз помоћ рачунарског програма *Googlebot*. Овај компјутерски програм умножава сваку веб страницу и извлачи из њене садржине информације неопходне за индексирање. Пошто се индексирање врши аутоматски, у рачунарски програм је уграђена опција за изузимање из поступка индексирања. Титулар ауторског права може приликом стварања веб сајта унети одређене податке⁵ у *html* код сајта, које ће Гуглов програм препознати, те сајт изузети из индексирања. Гугл, дакле, сматра да је традицио-

3 У извесној мери, одступање представља режим одговорности посредника за повреду ауторског права и сродних права на интернету. Наиме, у последњих петнаест година националним ауторскоправним прописима уређено је питање одговорности посредника (интернет провајдера, хостинг сајтова) за повреду ауторског права и сродних права на интернету уз примену тзв. пасивно-реактивног режима. Посредник одговара за повреду ауторског права или сродног права коју је учинио корисник интернета само уколико је знао за повреду или није реаговао након што је о повреди обавештен. Вид. Европска унија, Directive 2000/31/EC on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market, OJ L 178, 17.7.2000, р. 1–16, § 13(e); САД, *Digital Millennium Copyright Act*, 1998, 17 U.S.C. § 512 (2006); Француска, *Loi n° 2004–575 pour la confiance dans l'économie numérique*, § 6; Велика Британија, *Electronic Commerce Regulations*, 2002, S.I. 2002/2013, § 17–19.

4 Гуглов пословни модел се заснива већим делом на пружању услуге оглашавања у резултатима претраге (тачније, на страницама на којима се приказују резултати претраге).

5 Енгл. *Robots Exclusion Protocol, robots.txt*.

нални ауторскоправни режим у овом случају економски неефикасан, а да његова алтернатива титулару ауторског права пружа делотворан и једноставан начин за изражавање свог противљења умножавању дела.

Гуглов приступ индексирању веб страница, који несумњиво одступа од традиционалног ауторскоправног режима, само изузетно је сметран повредом ауторског права (нпр. пресуда *Google, Inc. v. Copiepresse*).⁶ Национални судови по правилу су закључивали да се титулар права који није предузео техничке мере да спречи индексирање заправо са њиме сагласио. На пример, у пресудама немачких судова донетим у предметима *Vorschaubilder I*⁷ и *Vorschaubilder II*⁸ потврђује се право титулара ауторског права да захтева уклањање умножених примерака свог ауторског дела са сваког веб сајта, али се и закључује да интернет претраживач може саопштавати умањене приказе ауторских дела (енгл. *thumbnails*) у резултатима претраге, уколико титулар права није предузео техничке мере како би унапред саопштио своје противљење таквом облику привредног искоришћавања. Очигледно охрабрен спремношћу судова да одступе од традиционалног ауторскоправног режима и потврде законитост новог приступа, који се у упоредном праву често назива системом искључења (енгл. *opt out*), Гугл је осмислио пројекат индексирања књига доступних у јавним библиотекама, који се у појединим случајевима спроводи и без претходно прибављене сагласности титулара ауторског права.

2. Пројекат дигитализације књига *Google Book Search*

Несумњиво најпознатији пројекат дигитализације књига доступних у јавним библиотекама, који је предузела онлајн компанија Гугл – *Google Book Search* ослањао се на доктрину фер употребе, коју примењују амерички судови.⁹ Наиме, компанија Гугл, власник истоименог интер-

6 Једна од ретких пресуда којима је утврђено да понашање Гугла приликом индексирања веб страница представља повреду ауторског права била је пресуда Апелационог суда у Бриселу (Белгија) у спору *Google, Inc. v. Copiepresse*. У пресуди се закључује да титулару ауторског права не може бити ускраћено вршење овлашћења на умножавање дела само због тога што је пропустио да спроведе одређени технички поступак, тј. обавести претраживач о својој жељи да буде изузет из поступка индексирања. Вид. Апелациони суд у Бриселу, *Google, Inc. v. Copiepresse*, 26. мај 2011. год., §50.

7 Савезни суд Републике Немачке, *Vorschaubilder I*, предмет бр. I ZR 69/08, 29. април 2010. год.

8 Савезни суд Републике Немачке, *Vorschaubilder II*, предмет бр. I ZR 140/10, 19. октобар 2011. год.

9 Други до сада предузети пројекти дигитализације ауторских дела, пре свега писаних дела, као што су *Europeana* и *World Digital Library*, спроводе се у оквирима тра-

нет претраживача, започела је свој пројекат дигитализације у сарадњи са четрдесет водећих јавних библиотека и око тридесет хиљада издавача још 2002. године. Пројектом је била предвиђена дигитализација: (а) књига које су издали учесници пројекта (око два милиона књига које су у том тренутку биле у року ауторскоправне заштите и чији тираж није био исцрпљен); (б) књиге за које је Гугл сматрао да су у јавном домену (око два милиона књига); и (в) књиге које су биле у року ауторскоправне заштите али чији тираж је био исцрпљен (око шест милиона књига). Трећа категорија писаних ауторских дела које је требало да буду предмет дигитализације била је најспорнија, пошто рок ауторскоправне заштите није био истекао а књиге су због распродатог тиража *de facto* биле недоступне већини корисника. Код ове категорије, титулари ауторског права су у највећем броју случајева били недоступни. Пројекат је требало да омогући приступ писаним ауторским делима у јавном домену у пуном обиму, као и да омогући приступ само одломцима књига под ауторскоправном заштитом.

Већ сама најава дигитализације књига ради њиховог индексирања изазвала је узнемирење и противљење бројних титулара ауторског права. Америчко удружење аутора је 2005. године поднело тужбу против Гугла због повреде ауторског права путем скенирања књига које су биле у року ауторскоправне заштите.¹⁰ Другу тужбу поднело је пет издавача заједно са Удружењем америчких издавача. Одбрана се позивала на фер употребу ауторског дела, наводећи да је циљ скенирања индексирање књига у резултатима претраге. Као што смо раније поминули, у различитим државама већ је пресуђивано да умножавање дела ради индексирања у резултатима претраге не представља повреду ауторског права. У оба случаја радило се о умножавању, тј. скенирању читавих ауторских дела, како би се она у целисти могла претражити по кључним речима, али не и у јавном саопштавању целине дела. У оквиру пројекта *Google Book Search* у целини су саопштавани једино дигитализовани примерци ауторских дела која су у јавном домену. Имајући то у виду, можемо се запитати због чега су се титулари ауторског права листом побунили против Гугловог подухвата. Чини се да одговор делом лежи у несумњивој користи коју ће Гугл посредно остварити од дигитализације. Наиме, иако је основна услуга у оквиру пројекта *Google Book Search* некомерцијална (основна услуга претраживања књига по кључним речима се не наплаћује), Гугл ће несумњиво посредно заради-

диционалног ауторскоправног режима. Предмет дигитализације тако су ауторска дела која су у јавном домену, као и дела за која су титулари ауторског права дали сагласност за овај вид умножавања. Вид. сајтове ових пројеката www.europeana.eu и www.wdl.org.

10 *Authors Guild, Inc. v. Google, Inc.*, предмет бр. 05 CV 8136 (S.D.N.Y. 20.9.2005).

ти тиме што ће привући кориснике интернета на своје сајтове, пре свега на сајт своје основне делатности – претраживање интернета, те скупље наплаћивати доступни огласни простор. Иако ће титулари ауторског права индиректно допринети укупном успеху Гугла, они од спроведене дигитализације неће остварити никакав приход. Гугл ће, такође, остварити зараду и од продаје напредне услуге приступа делу у пуном обиму, намењене пре свега тзв. институционалним корисницима (библиотекама и универзитетима).¹¹

Питање је, међутим, да ли би се ико одлучио да спроведе овакав свеобухватан подухват дигитализације књига ради њиховог индексирања у интернет бази података уколико би морао платити накнаду сваком титулару ауторског права чије дело је на овај начин умножено и делом саопштено на интернету. Одговор је вероватно негативан. Међутим, овим питањем дозволили смо преиспитивање основних поставки традиционалног ауторскоправног режима с обзиром на разлоге економске ефикасности.

Гугл је након подношења тужбе застао са дигитализацијом књига које су предмет ауторског права чији титулар није доступан и усредсредно се на дигитализацију дела у јавном домену и дела за које су титулари ауторског права дали сагласност за овај вид умножавања. Три године након подношења тужбе, постигнуто је вансудско поравнање којим је предвиђено да на интернету буде доступно до двадесет процената сваке од дигитализованих књига, када је тираж штампаног издања исцрпљен. Библиотеке и универзитети имали би право на одређени број бесплатних терминала за приступ дигитализованим делима, али би у великом броју случајева ипак морали да се претплате на тзв. услугу институционалног приступа, којом би им био омогућен приступ дигитализованим делима у целини, осим у случају када су титулари ауторског права захтевали од Гугла да не саопштава примерке њихових дела.

Иако је свој подухват оправдавао и одређеним економским и културолошким разлозима,¹² Гугл је ипак своју одбрану превасход-

11 Гугл је касније понудио да приходе од претплате на напредну услугу и од продаје огласног простора подели са титуларима ауторског права у размери – 37% Гуглу, 63% титуларима ауторског права. Ова понуда се, наравно, није односила на дела у јавном домену и дела недоступних титулара ауторског права.

12 У прилог свом пројекту, Гугл је наводио да ће, када се он реализује, све универзитетске библиотеке бити у једнаком положају, да ће грађани у урбаним и руралним срединама имати једнак приступ знању, да ће приступ особа са посебним потребама бити олакшан, да ће јавне библиотеке добити бесплатне терминале за приступ основној услузи, да ће подухват омогућити вршење различитих научних истраживања (нпр. испитивање утицаја једног аутора на друге), да Гугл неће имати монопол над дигитализацијом дела која су предмет ауторског права чији титулар је недоступан.

но градио на изналажењу правног основа за предузимање поступка дигитализације без сагласности титулара ауторског права у оквирима традиционалног ауторскоправног режима. Тај правни основ, по наводи-ма туженог, представља теорија фер употребе ауторског дела. Гугл истиче да су сви критеријуми за примену теорије фер употребе задовољени. У вези са првим критеријумом, који се односи на сврху и карактер употребе дела, Гугл наводи да његов пројекат треба да резултира у стварању базе књига, базе која се може претраживати преко кључних речи које се често појављују у више различитих књига. Сврха такве базе је да омогући читаоцима да пронађу књиге, а не да представља замену за само читање књига. И други фактор, који се односи на природу дела, задовољен је по мишљењу одбране. Наиме, пројектом *Google Book Search* није фаворизирана ниједна врста писаних ауторских дела. У бази би се налазила различита дела – од белетристике до научних радова. Одбрана је сматрала да је и трећи критеријум, који се односи на обим искоришћеног дела у односу на целину ауторског дела, испуњен. Иако скенира читаво ауторско дело, како би га могао претражити по кључним речима, Гугл јавно не саопштава целину дела, већ само одломак који омогућава корисницима интернета да се увере у релевантност резултата претраге. Најзад, Гугл сматра да је и четврти критеријум, који се односи на утицај посматраног понашања на тржиште и вредност ауторског дела, задовољен. Одбрана сматра да пројекат неспорно користи титуларима ауторског права, те да никаква штета не наступа услед скенирања књига, њиховог индексирања и јавног саопштавања одломака.¹³

13 За подробнију анализу видети: Pamela Samuelson, „Google Book Search and the Future of Books in Cyberspace“, *Minnesota Law Review*, Vol. 94/2010, стр. 1308, доступно на сајту www.minnesotalawreview.org. Као што смо већ напоменули, теорија фер употребе, развијена у оквиру ауторског права САД, пружа већу флексибилност приликом утврђивања ограничења субјективног ауторског права и сродних права, него што је то случај са европским системом таксативно наведених ограничења и изузетака. Чини се да би Гугл пред судом неке од држава европског континенталног правног система теже доказао испуњеност услова за ограничење ауторског права. Анализом одредаба српског ауторског права можемо закључити да би Гугл, да се спор води пред домаћим судом, правни основ за спровођење поступка дигитализације ауторских дела без сагласности титулара права могао наћи једино у чл. 48 ЗАСП РС. Овим чланом прописано је ограничење субјективног ауторског права, у режиму суспензије, у случају привременог умножавања ауторског дела: а) уколико је умножавање пролазно или случајно; б) уколико умножавање чини саставни и битни део технолошког процеса; в) сврха умножавања јесте да омогући пренос података у рачунарској мрежи између два или више лица преко посредника, или да омогући законито коришћење ауторског дела; и г) умножавање нема засебан економски значај. Ипак, не може се са сигурношћу тврдити да би суд заиста закључио да су услови прописани чл. 48 ЗАСП РС у конкретном случају испуњени. Умножавање које предузима Гугл засигурно није случајно, а није извесно да би се могло окарактерисати као пролазно.

Поврх тога, током поступка Гугл је изнео одређене ставове који задиру у основне поставке система ауторскоправне заштите, те воде преиспитивању саме природе субјективног ауторског права. Наиме, оправдавајући свој поступак, Гугл је навео да субјективно ауторско право није природно право аутора на потпуну контролу над својим делом; оно је један утилитарни, практични концепт који је конструкција права. Ову успутну опаску о природи субјективног ауторског права никако не би требало занемарити, јер потиче од водеће интернет компаније која у великој мери може утицати на даљи развој ауторског права. У том смислу, овакав приступ врло вероватно наговештава смер у коме ће се ауторско право даље развијати.

Најзад, у оквиру треће категорије књига које би требало да буду предмет дигитализације (књиге које су у року ауторскоправне заштите, а чији тираж је исцрпљен) посебно спорне су ситуације где титулар ауторског права није доступан. Вансудским поравнањем Гугла и Удружења аутора планирано је да такве књиге буду дигитализоване и затим јавно саопштене, и то на интернету у одломцима од по двадесет страница, а у библиотекама које су се претплатиле на напредну услугу – у целини. У одсуству прописа о приступу делима недоступних титулара ауторског права, оваквим договором Гуглу се омогућава да *de facto* постане једини пружалац услуге приступа дигиталним примерцима ове врсте дела, те да временом повећа цене претплате библиотекама.¹⁴

Амерички суд није одобрио вансудско поравнање закључено 2008. године, након чега је споразум Гугла, Удружења аутора и издавача измењен. Суду је 2009. године поднет на одобрење нови споразум којим су из поступка дигитализације изузета писана ауторска дела први пут издата ван Сједињених Држава, осим иностраних писаних дела регистрованих у америчком Уреду за ауторско право или издатих у Великој Британији, Канади и Аустралији. Такође, измењени текст вансудског

14 Пројекат Гугла изазвао је забринутост и по другим основама. Наиме, у стручној јавности изнета је бојазан да ће библиотеке већи део свог буџета трошити на претплату на напредну услугу приступа делима у пуном обиму, због чега неће имати довољно средстава за куповину дела независних издавача. На тај начин ће временом у потпуности постати зависне од Гуглове услуге. Не треба занемарити ни чињеницу да би бесплатни терминали, које Гугл нуди библиотекама и универзитетима, омогућавали само бесплатно читање дигитализованих примерака дела, док би свака одштампана страница била наплаћивана. Такође, с обзиром на високу цену дигитализације (око тридесет долара по књизи), није извесно да би се у догледно време појавио пружалац сличне услуге. После одређеног временског периода, Гугл би остварио предност коју би тешко који потенцијални конкурент могао да сустигне (фонд до тада дигитализованих књига представљао би значајну чињеничну, тј. економску препреку за улазак на релевантно тржиште). Најзад, организације за заштиту људских права изнеле су страховања да би на овај начин Гугл могао да прати читалачке навике појединаца.

поравнања предвиђао је стварање фонда за исплату накнаде недоступним титуларима ауторског права, чије дело је дигитализовано у оквиру пројекта. Уколико после одређеног временског периода титулар не би био идентификован и/или лоциран, накнада би била исплаћена у складу са доктрином *су-près*, а не би била равномерно расподељена доступним титуларима који учествују у пројекту.¹⁵ Измењени текст споразума такође је одбијен, 2011. године.¹⁶ У октобру 2012. године, Гугл је закључио вансудско поравнање са Удружењем америчких издавача, на основу кога амерички издавачи могу одлучити да ли ће задржати у бази или искључити из ње књиге које су већ дигитализоване у оквиру пројекта. Они издавачи који одлуче да изузму књиге из пројекта, могу добити дигитализовани примерак, за своје потребе. Вансудским поравнањем између Гугла и Удружења америчких издавача не утиче се на текући судски поступак Удружења аутора против Гугла.¹⁷ Предмет тог спора сада се све више усмерава на предузету дигитализацију ауторских дела недоступних титулара ауторског права.

Како пројекти дигитализације књига, какав је *Google Book Search*, не би годинама били блокирани или барем успорени због непостојања прописа којим се уређује приступ делима недоступних титулара ауторског права, Европска унија је, за разлику од Сједињених Америчких Држава, усвојила посебан пропис који би требало да омогући

15 У складу са доктрином *су-près* коју примењују амерички судови, у случају када је фондом или заоставштином немогуће управљати у складу са изворном жељом оснивача, односно завештаоца, новчани износ се преусмерава на потпомагање активности које су „најближе могуће“ онима које је лице изворно имало у виду. На пример, након што је ропство постало забрањено, новац из фондова изворно намењен помагању активности усмерених на укидање ропства, могао би се преусмерити на помагање сиромашним особама афроамеричког порекла.

16 Гугл је креирао посебан веб сајт посвећен вансудском поравнању, на коме је доступан текст првобитног и измењеног споразума: www.googlebooksettlement.com.

17 У октобру 2012. године, амерички суд је, у повезаном спору, одлучио да јавне библиотеке које учествују у пројекту Гугла нису повредиле ауторско право дозволивши овој компанији да дигитализује књиге из њихових фондова. Суд је сматрао да су услови за примену теорије фер употребе испуњени. Наиме, Гугл свим библиотекама које учествују у пројекту обезбеђује по примерак сваке од дигитализованих књига, које оне користе за потребе очувања књижног фонда, пружање услуге напредног претраживања књижног фонда и омогућавање приступа особама са посебним потребама. Дигитализованим примерцима је могуће приступити и преко сајта пројекта *HathiTrust Digital Library*, када се дело налази у јавном домену или када је титулар права дозволио такав приступ. Чини се да би суд и неке од држава европског континенталног права дошао до истог закључка. У Србији је, на пример, прописано ограничење ауторског права у случају умножавања и стављања у промет дела за потребе особа са инвалидитетом (ЗАСП РС, чл. 54), као и у случају умножавања ауторског дела од стране библиотека за сопствене архивске потребе (ЗАСП РС, чл. 45).

правично усклађивање супротстављених интереса актера поступка дигитализације.

III Дигитализација ауторских дела и законско уређивање приступа делима недоступних титулара ауторског права

Не чекајући да се у пракси јаве проблеми слични онима који су предмет вишегодишњих судских поступака у Сједињеним Државама, Европска унија је у октобру 2012. године усвојила Директиву о одређеним дозвољеним начинима коришћења дела недоступних титулара ауторског права. Различито уређивање поступка дигитализације дела недоступних титулара ауторског права у државама чланицама ЕУ довело би до нарушавања унутрашњег тржишта. Таква подела територије унутрашњег тржишта по националним границама била би не само у супротности са правом ЕУ,¹⁸ већ и са глобалним карактером интернета. Независно од адекватности усвојених правила, која ће бити предмет наше анализе, одмах се може приметити основна слабост усвојеног механизма – врста правног акта који је одабран. Као што је познато, директиве Европске уније обавезују државе чланице само у погледу циља, те остављају извесну слободу приликом њиховог имплементирања у националне правне системе. Такође, државама чланицама оставља се одређени рок за имплементацију директиве.¹⁹ Стога, јасно је да дејства усвојеног прописа неће моћи правилно бити оцењена док се не заврши поступак имплементације, односно док органи држава чланица не почну да примењују (национални) пропис. Извесно је да ће тумачење одређених норми бити затражено од Суда правде ЕУ, у форми претходног питања.²⁰

Директива се примењује на следеће категорије ауторских дела, која су у року ауторскоправне, односно сродноправне заштите, и која су први пут издата у некој од држава чланица ЕУ, односно, уколико први критеријум није задовољен, први пут емитована у некој држави чланици ЕУ: а) дела издата у облику књиге, часописа, новине, магазина или у другој писаној форми, садржана у колекцијама јавних библиотека,

18 Нарушавање слободног промета робе и слободног промета услуга, као елементарна унутрашњег тржишта.

19 Рок за имплементацију директиве истиче 29. октобра 2014. године.

20 Иако оснивачким уговорима ЕУ није прописано каква су дејства прелиминарних одлука Суда правде, опште је прихваћено да су оне обавезујуће за националне судове, посебно када је пресудом, односно мишљењем, Суд правде одлучивао о правној ваљаности националног правног акта. Исто важи када је у питању тумачење, јер је национални суд везан тим тумачењем, тј. интерпретативни став Суда правде делује као правноснажно решење претходног питања. Детаљније код: Александра Чавошки, Ана Кнежевић-Бојовић, Душан Поповић, *Европски суд правде*, 1. издање, Београд, 2006, стр. 62–71.

образовних установа или музеја, као и у колекцијама архива или установа које се старају о филмском или аудио наслеђу; б) кинематографска или аудиовизуелна дела и фонограми садржани у колекцијама јавних библиотека, образовних установа и музеја, као и у колекцијама архива или установа које се старају о филмском или аудио наслеђу; в) кинематографска или аудиовизуелна дела и фонограми произведени од стране емисионих станица које врше функцију јавног сервиса до 31. децембра 2002. године, укључујући и тај датум, и који су сачувани у њиховим архивама. Директива се такође примењује на ауторска дела и фонограме, у претходно наведеним категоријама, који никада нису били издати, нити емитовани, али који су били учињени доступним јавности од стране јавних библиотека, образовних установа, музеја, архива или установа које се старају о филмском или аудио наслеђу, уз сагласност титулара права, под условом да се разумно може претпоставити да се титулари права не би противили начину коришћења који је уређен овом Директивом. Пропис се примењује и на ауторска дела и предмете сродноправне заштите који су унети у ауторска дела и фонограме из претходно поменутих категорија, или чине њихов саставни део.²¹

Директивом се дела недоступних титулара права („дела сирочад“) дефинишу као ауторска дела и фонограми која су предмет субјективног ауторског или сродног права чији титулар, односно ниједан од титулара није идентификован, или, чак и када је један или више њих идентификован, ниједан није лоциран упркос темељној претрази. Када постоји више титулара права, и сви нису идентификовани, или јесу идентификовани али нису лоцирани и поред темељне потраге, ауторско дело или фонограм могу бити коришћени у складу са овом Директивом, под условом да су идентификовани и лоцирани титулари права дали сагласност за умножавање дела, односно фонограма.²² Директивом се прописује узајамно признавање статуса дела недоступних титулара ауторског права. Наиме, уколико се ауторско дело или фонограм у једној држави чланици сматра делом недоступног титулара права, у складу са критеријумима прописаним овом Директивом, тај статус имаће и у свим другим државама чланицама ЕУ. Узајамно признање статуса важи и за ауторска дела и фонограме код којих постоји више титулара права, и сви нису идентификовани, или јесу идентификовани али нису лоцирани и поред темељне претраге, у погледу права титулара који нису идентификовани или лоцирани.²³

21 Директива ЕУ бр. 2012/28 о одређеним дозвољеним начинима коришћења дела недоступних титулара ауторског права, чл. 1, ст. 2–4.

22 *Ibid*, чл. 2.

23 За критички осврт на проблем приступа делима недоступних титулара ауторског права вид. Ariel Katz, „The orphans, the market, and the copyright dogma: a modest

Темељна потрага за титуларима права подразумева претраживање релевантних извора за сваку категорију ауторског дела, односно предмета сродноправне заштите, и мора бити реализована пре предузимања радње искоришћавања дела, односно фонограма. Листу релевантних извора које треба претражити одређују државе чланице, уз консултовање организација титулара права и корисника. Свака листа релевантних извора, коју утврди поједина држава чланица ЕУ, мора обухватити изворе наведене у анексу Директиве (нпр. када су у питању издате књиге, морају се претражити депозити и каталози јавних библиотека, архива удружења издавача и аутора, постојеће базе података, информације којима располажу организације за колективно остваривање права). Темељна претрага треба да буде предузета у држави чланици у којој је дело први пут издато, односно, уколико није издато, у држави чланици у којој је први пут емитовано, осим када је реч о кинематографским и аудиовизуелним делима чији продуцент има седиште или уобичајено боравиште у другој држави чланици, када претрагу треба извршити у држави његовог седишта, односно уобичајеног боравишта. Уколико има доказа који упућују на то да се релевантна информација о титулару права може наћи у другој држави, темељна претрага треба да обухвати и релевантне изворе доступне у тој држави.²⁴ Јавне библиотеке, образовне установе, музеји, архиви и установе које се старају о филмском или аудио наслеђу, и емисионе станице које врше функцију јавног сервиса (надаље: овлашћена лица) дужне су да сачувају доказе о предузетим темељним претрагама, на основу чијих резултата су одређеном ауторском делу или фонограму доделиле статус дела недоступног титулара права, и да их доставе надлежном органу државе чланице, који ће их даље проследити Уреду за хармонизацију унутрашњег тржишта у Аликантеу (Шпанија). Уред је Директивом обавезан да успостави и води посебну онлајн базу података о делима недоступних титулара права. Чини се да институт темељне претраге може створити највише проблема приликом примене националних прописа којима се имплементира Директива. Не постоји јединствена европска листа релевантних извора које треба претражити, нити је могуће обезбедити сасвим једнако поступање овлашћених лица у различитим државама чланицама. Уједначавање поступања овлашћених лица биће свакако један од већих изазова са којима ће се сусрести Европска комисија и надлежни органи држава чланица у примени ове Директиве.

Имплементацијом Директиве, државе чланице ЕУ се обавезују да националним ауторским правом пропишу ограничење овлашћења на

solution to a grand problem“, *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 27, No. 3/2013, стр. 1286–1344.

24 Директива ЕУ бр. 2012/28 о одређеним дозвољеним начинима коришћења дела недоступних титулара ауторског права, чл. 3.

умножавање и овлашћења на јавно саопштавање, укључујући интерактивно чињење дела доступним јавности, како би овлашћеним лицима у смислу ове Директиве омогућили законито коришћење дела недоступних титулара права. Овлашћена лица дужна су да користе дела недоступних титулара ауторског права у складу са јавним интересом, а нарочито на начин којим се чувају и обнављају ауторска дела и фонограми који су део њихових колекција, као и омогућава приступ у културне и образовне сврхе.²⁵ Овлашћена лица могу остваривати приход од дозвољених начина коришћења дела недоступних титулара права, али он мора искључиво произилазити из потребе намиривања трошкова дигитализације и чињења дела доступним јавности. Ипак, усвајањем овог прописа, Европска унија није онемогућила да се заинтересована привредна друштва и друге установе ван круга овлашћених лица укључе у пројекте дигитализације дела недоступних титулара ауторског права. Напротив, изричито је прописано да се Директивом не ограничава слобода уговарања, нарочито у вези са закључивањем јавно-приватних партнерстава ради остваривања јавног интереса чија заштита је поверена овлашћеним лицима.²⁶ Ипак, организације изван круга овлашћених лица (нпр. Гугл) не могу непосредно и самостално водити пројекат дигитализације који би обухватао дела недоступних титулара права.

Статус дела недоступног титулара ауторског права не мора бити трајан. Уколико накнадно буде идентификован или лоциран титулар права, дело више неће бити сматрано делом недоступног титулара права, а титулар ће остварити право на правичну накнаду за коришћење дела. Државе чланице ће прописати услове под којима ће се правична накнада исплатити. Такође, износ правичне накнаде биће одређен прописима државе чланице у којој је седиште овлашћеног лица, и у складу са ограничењима прописаним правом Европске уније.²⁷ Нажалост, Директивом нису прописани никакви критеријуми на основу којих ће државе чланице утврђивати износ правичне накнаде. То би могло довести до неуједначеног поступања и својеврсног фаворизовања одређених држава чланица приликом одабира партнера за пројекте дигитализације. Организације које немају статус овлашћеног лица у смислу Директиве тако би могле да партнере траже међу овлашћеним лицима из држава чланица у којима је износ правичне накнаде нижи, како би умањиле трошкове при евентуалном спору који би могао повести накнадно идентификовани или лоцирани титулар права.

25 *Ibid.*, чл. 6 ст. 2.

26 *Ibid.*, чл. 6 ст. 4.

27 *Ibid.*, чл. 6 ст. 5.

IV Закључна разматрања

Више него и један други проналазак у области технике, интернет је довео до преиспитивања основних поставки традиционалног ауторско-правног режима. Делатност пружалаца услуге интернет претраживања, и повезаних напредних услуга, несумњиво зависи од приступа дигитализованим примерцима ауторских дела. Пружаоци ових услуга спремни су и да сами спроведу поступак дигитализације, носећи притом његове трошкове. Ипак, за сваку радњу умножавања и интерактивног чињења доступним примерка дела, или његовог одломка, неопходно је претходно прибавити сагласност титулара ауторског права.

Досадашња пракса показала је да су се судови, као и део стручне јавности, различито односили према дигитализацији ауторских дела, када је она предузимана ради индексирања дела у резултатима интернет претраге, с једне стране, и када је она предузимана ради нуђења напредне услуге претраживања и приступа електронској бази књига доступних у јавним библиотекама. У првом случају, прижаоци услуге интернет претраживања умножавају веб сајтове у циљу претраживања њиховог садржаја, а затим, на основу анализе тог садржаја, формирају резултат претраге који се приказује кориснику интернета. Резултат претраге често садржи умањени приказ насловне стране сајта и неколико реченица преузетих са сајта, које указују на релевантност приказаног резултата. Реч је, дакле, о умножавању и интерактивном чињењу доступним јавности одломака ауторских дела. Сам изглед веб сајта јесте, уколико испуњава услов оригиналности, ауторско дело, као и његов садржај (текст или фотографија). Ипак, у до сада вођеним споровима против пружалаца услуге интернет претраживања, национални судови углавном нису утврђивали повреду ауторског права, сматрајући да је делатност тужених у оквирима прописаних ограничења ауторског права. Сматрамо, међутим, да се делатност тужених у овој врсти спорова не може подвести ни под једно од ограничења ауторског права прописаних у праву Европске уније, и националним правним системима држава кандидата, међу којима је и Србија. Одсуство већег броја тужби због повреде права објашњавамо несумњивим интересом титулара ауторског права да њихово дело буде индексирано у резултатима интернет претраге.

С друге стране, дигитализација књига ради пружања напредне услуге претраге и приступа онлајн бази дела доступних у јавним библиотекама наишла је на бројна противљења титулара права и стручне јавности. Реализација пројекта *Google Book Search* годинама је успорена због судског поступка који удружења аутора и издавача воде против

овог пружаоца услуге интернет претраживања. Несумњиво је да библиотеке могу, на основу прописаног ограничења субјективног ауторског права, умножити ауторска дела за своје архивске потребе. Питање је, међутим, да ли би се овај изузетак могао проширити и на ситуацију у којој би библиотеке на основу тако умножених примерака самостално пружале интерну услугу претраживања њиховог књижног фонда. Подухват Гугла још је контроверзнији због чињенице да га спроводи интернет компанија у сарадњи са јавним библиотекама, на које се једино односи претходно поменуто ограничење субјективног ауторског права. Сматрамо да пружање услуге напредног претраживања интернета, које подразумева саопштавање одломака дигитализованих примерака књига на интернету неспорно претпоставља прибављање сагласности титулара ауторског права. Ограничења прописана у европском континенталном ауторском праву не односе се, по нашем уверењу, на активности Гугла, које су предмет спора у Сједињеним Америчким Државама.

Подухват који је Гугл предузео у сарадњи са једним бројем јавних библиотека и издавача у САД изворно је обухватао и дигитализацију дела недоступних титулара ауторског права. Иако је несумњив културно-образовни значај поновног чињења доступним светској јавности дела чији су ретки примерци „заборављени“ у библиотекама, сматрамо да приступ овој категорији дела мора бити уређен законом на општи и једнак начин, а не зависити од споразума пружалаца услуге интернет претраживања са библиотекама. За разлику од Сједињених Америчких Држава, у којима још увек није усвојен пропис о приступу делима недоступних титулара ауторског права, Европска унија је у октобру 2012. године усвојила директиву којом се прописују услови под којима је дозвољено умножити и интерактивно учинити доступним јавности таква дела. Нажалост, директива, као правни акт Европске уније који мора бити имплементиран у национално законодавство, оставља могућност различитог формулисања и тумачења имплементационих норми. Значење појединих института, као што је то на пример случај са институтом темељне претраге, захтеваће појашњења Суда правде ЕУ. Због начина на који су формулисане поједине одредбе Директиве ЕУ о одређеним дозвољеним начинима коришћења дела недоступних титулара ауторског права од изузетног значаја биће интерпретативни ставови Суда правде, који делују као правноснажно решење претходног питања које је упутио национални суд.

Dušan POPOVIĆ, PhD

Assistant Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

DIGITIZATION OF COPYRIGHTED WORKS AND ACCESS TO ORPHAN WORKS

Summary

Over the last decade, we have witnessed the process of digitization of copyrighted works publicly available at websites, which is a prerequisite for the provision of an Internet search service as well as of other related advanced services, such as the access to and search of online bases of digitized books. In this paper the author analyses whether and under which circumstances copyright law allows for the digitization of copyrighted works, without prior consent of the copyright owners. The analysis encompasses the current Google Book Search project. The process of digitization of orphan works represents a separate and more complex problem, which is still to be considered in a global and comprehensive way. In October 2012, the European Union adopted a Directive 2012/28 on certain permitted uses of orphan works, in an attempt to reach a compromise which would allow for unrestricted access to knowledge, while at the same time respecting the traditional copyright regime. For an EU candidate country, such as Serbia, the adoption of this directive is of outmost importance.

Key words: *copyright, intellectual property law, orphan works, digitization, exceptions and limitations, Internet.*

др Сања РАДОВАНОВИЋ
асистент Правног факултета Универзитета у Новом Саду

ПАТЕНТИ И ЈАВНО ЗДРАВЉЕ – ПРИНУДНА ЛИЦЕНЦА ЗА ИЗВОЗ ФАРМАЦЕУТСКИХ ПРОИЗВОДА*

Резиме

У раду се однос патената и јавног здравља анализира кроз два елемента. С једне стране, настоји се да се укаже на значај патентне заштите фармацеутичких производа. Наиме, стварање новог лека је дуготрајан и скуп процес. Стога је висока и тржишна цена медикамента прве генерације. Ако се има у виду чињеница да је производња истовремених производа могућа уз ниске трошкове, генеричке верзије фармацеутичких производа конкурентном ценом заузимају место оригиналним. У том смислу, монопол обезбеђен патентном заштитом користије неравноправне позиције произвођача оригиналних и генеричких верзија, чиме се стимулишу даља истраживања и развој. С друге стране, у раду се истичу препреке које патентна заштита може да представља у контексту пристицања лековима. Ту се, пре свега, мисли на високу цену патентираних медикамента, али и на немогућност пристицања лековима без повреде патентних права. Принудна лиценца за извоз фармацеутичких производа, којој овај рад посвећује посебну пажњу, представља један од начина да се превазиђе наведени проблем.

Кључне речи: јавно здравље, патент, фармацеутички производи, принудна лиценца за извоз фармацеутичких производа, параграф 6 систем.

* Рад је посвећен пројекту „Биомедицина, заштита животне средине и право“, бр. 179079 који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

I Увод

Према подацима Светске здравствене организације (у даљем тексту: СЗО), у развијеним земљама животни век две трећине становника је преко 70 година. Болести од којих тамошње становништво најчешће умире јесу махом хроничне: кардиоваскуларне, обструктивне плућне болести, канцер, дијабетес и деменција. Од преносивих болести, као чест узрочник смрти, наводи се једино инфекција дисајних путева. Средње развијене земље бележе животни век до 70 година за скоро половину свог становништва, са истим узрочницима смртности. Ипак, овој листи се додају и неке преносиве болести, као што је *HIV/AIDS* (у даљем тексту: ХИВ) и туберкулоза. У неразвијеним земљама, међутим, мање од један у пет становника доживи седамдесету. Више од једне трећине умрлих су млађи од 15 година. Узрочници смртности су претежно преносиве болести: респираторне инфекције, дијареја, ХИВ, туберкулоза и маларија. Компликације у трудноћи и током порођаја и даље најчешће доводе до смртности мајке и/или детета.¹

Наведени подаци несумњиво указују на то да између здравственог и економског стања становништва постоји непосредна веза. У најсиромашнијим земљама, следствено, ниво јавног здравља је достигао критичну тачку. Проблем се утолико чини озбиљнијим ако се има у виду чињеница да се већина болести, које се налазе међу најчешћим узрочницима смртности, може спречити (тзв. имунизацијом) или адекватно третирати постојећим лековима.²

Стога се последњих деценија у националним, регионалним, међународним организацијама, владиног и невладиног сектора, чине значајни напори да се на глобалном плану успостави одрживи ниво јавног здравља. Предуслов задовољавајућих резултата јесте обезбеђивање потребних лекова за спречавање и лечење болести, односно обезбеђивање приступа лековима. С једне стране, ова околност зависи од чињенице да ли такав лек уопште постоји, а с друге стране, да ли је он доступан онима којима је потребан. Потоње се може посматрати с разних аспеката (економских, инфраструктурних, религијских), али ће предмет овог рада бити првенствено правни.

Наиме, лекови и други фармацеутски производи су најчешће резултат дуготрајних и скувих истраживања, и у већини земаља

1 Подаци преузети из: World Trade Organization, World Intellectual Property Organization, World Health Organization, *Promoting Access to Medical Technologies and Innovation – Intersections between public health, intellectual property and trade*, Geneva, 2013, стр. 28, доступно на адреси: http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/pamihowipowtoweb13_e.pdf, 20.3.2013.

2 Bryan Mercurio, *Resolving the Public Health Crisis in the Developing World: Problems and Barriers of Access to Essential Medicines*, стр. 1, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=980175>, 18.2.2013.

су заштићени патентом. Ова околност доприноси високој цени производа, али истовремено ограничава и њихов промет, будући да је искоришћавање патентираног производа искључиво овлашћење титулара права. С тим у вези, у раду ћемо покушати да укажемо на један од могућих правних оквира приступа лековима, односно принудну лиценцу за извоз фармацеутских производа.

II Право на здравље

Здравље је приоритет не само појединца, него и целог друштва, јер оно представља предуслов социјалног, културног и економског напретка. Само здраво становништво је продуктивно становништво. Стога свака држава има интерес да створи здраво окружење, безбедне, хигијенске услове живота и рада, да обезбеди превентивну здравствену заштиту, као и адекватно лечење својих грађана, односно, да се брине о јавном здрављу.³ Штавише, здравље целокупне светске популације јесте питање од глобалног значаја, због чега је оно признато као објект универзалног људског права – права на здравље.⁴ Ни у новом миленијуму ово питање не губи приоритетно место. Уједињене нације то и формално потврђују доношењем Миленијумских циљева развоја (*The Millennium Development Goals*⁵).

Први међународни документ који прокламује право на здравље јесте Устав Светске здравствене организације. Према одредби овог акта, здравље је психичко, физичко и друштвено благостање, а не само одсуство болести, а право на здравље се дефинише као уживање највиших доступних стандарда здравља, без разлике у погледу расе, религије, политичких уверења, економских и социјалних услова.⁶ Сличне дефиниције садрже и касније донесени међународни, регионални и национални прописи, који се овим питањем баве искључиво или уз неке друге проблеме.⁷

3 „Јавно здравље јесте друштвено деловање којим се тежи побољшању здравља, продужењу живота и побољшању квалитета укупног становништва, а путем промовисања здравља, превенције болести и других облика.“ Закон о јавном здрављу (*Службени гласник РС*, бр. 72/2009), чл. 2 ст. 1 тач. 12.

4 Универзална декларација о људским правима, 1948 (*Universal Declaration on Human Rights*), чл. 25 ст. 1.

5 United Nations Development Program, *The Millennium Development Goals*, доступно на адреси: <http://www.undp.org/content/undp/en/home/mdgoverview.html>, 12.3.2013.

6 Устав Светске здравствене организације, 1946 (*World Health Organization Constitution*), стр. 1, доступно на адреси: <http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf>, 28.3.2013.

7 Један од значајнијих таквих аката јесте Међународни споразум о економским, социјалним и културним правима, 1966 (*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*), чл. 12.

Уживање највиших доступних стандарда здравља се практично своди на могућност појединца, па и друштва, да се користи медицинским услугама и производима. Следствено, реализација права на здравље је врло комплексна и зависи од низа фактора. Ту се, пре свега, мисли на постојање компетентног медицинског кадра, економски стандард становништва, инфраструктурне капацитете за производњу, односно увоз и складиштење потребних медикамената,⁸ али и на правне аспекте снабдевања фармацеутским производима. У овом раду издвојићемо поједине које се односе на фармацеутске патенте.

III Фармацеутски патенти и приступ лековима

Фармацеутски производи су у већини земаља објект патентне заштите. Имајући у виду монополистички карактер патента, дуго времена се водила расправа о питању оправданости овако строге заштите производа који стоји у непосредној вези са правом на здравље. Истина, патентна заштита фармацеутских производа није општеприхваћена. При том, у одређеном броју земаља усвојена решења су изнуђена спољнополитичким притисцима, те не представљају израз националних интереса. На овом месту се нећемо задржавати на *pro et cons* аргументима, већ ћемо однос патената и јавног здравља посматрати у контексту актуелне регулативе. Ипак, на поједине чињенице се морамо осврнути, како би се нестручној јавности могао приближити проблем којим се овај рад бави.

Наиме, истраживања у фармацеутској индустрији су изузетно скупа и дуготрајна. Према неким подацима, за пласман новог лека на тржиште потребно је између 10 до 15 година, а економска вредност се изражава у милијардама америчких долара.⁹ Разумљиво, таква истраживања представљају велико финансијско оптерећење за сваког субјекта. Стога је неопходно створити услове да им се врате уложена средства. Ако се има у виду да сама производња не изискује велике трошкове и да је због биохемијске природе ових проналазака њихово копирање једноставан процес, тржиште и закони који унутар њега владају нису довољна гаранција да ће до тога доћи. Високи иницијални трошкови подижу тржишну цену фармацеутског производа. Генерички

8 Edwin Cameron, *Patents and Public Health: Principle, Politics and Paradox*, стр. 520, доступно на адреси: http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/files/59_cameronpatentsandpublichealth04.pdf, 13.3.2013.

9 За 2011. годину су објављени подаци о просечној вредности истраживања у америчкој фармацеутској индустрији, која износи 1,2 милијарде америчких долара. World Trade Organization, World Intellectual Property Organization, World Health Organization, *нав. дело*, стр. 107.

лекови, пак, који по супстанцама и дејству потпуно одговарају оригиналном производу, али је њихова производња бржа и јефтинија, могу угрозити продају оригиналних лекова (тзв. *free rider* проблем¹⁰). С тим у вези, истраживачима, односно проналазачима је потребно обезбедити привилеговану тржишну позицију, односно признати патентну заштиту која им пружа својеврсни монопол. Краткорочно посматрано, друштво сноси терет ограничавања конкуренције у одређеном временском периоду (20 година) плаћањем високе цене патентираних фармацеутских производа. Најчешће, тај рок износи 20 година, али се он може још додатно продужити за време које је титулару права било потребно за добијање одобрења за пуштање у промет (сертификат о додатној заштити). На дуже стазе, оваквом заштитом се пружа подстицај за даља истраживања и унапређивања научних и техничких резултата, од чега друштво свакако има користи. Другим речима, оваква инструментална функција патента представља вид помирења приватних и јавних интереса.

Наведени сценарио у пракси наилази на неколико противречности. Пре свега, тржишна димензија патента у великој мери зависи од економске моћи једне државе. У богатим земљама, у којима становништво има задовољавајући економски стандард, тржиште може да се носи са високим ценама патентираних лекова. Следствено, не изостају ни подстицаји за даља истраживања. Међутим, приходи које титулари остварују на тржиштима неразвијених земаља су занемарљиви, ако их уопште и има. У том погледу је илустративно афричко тржиште антиретровиралних лекова (у даљем тексту: АРВ), који се користе у терапији ХИВ-а. Наиме, иако је на глобалном нивоу удео заражених ХИВ-ом највећи на афричком континенту, где је ова болест високо на листи узрочника смртности, тамошње тржиште представља свега нешто више од једног процента укупног светског пласмана ових лекова. Дакле, на овим, тзв. маргиналним тржиштима патент напушта свој инструментални контекст.¹¹

Надаље, патентна заштита лека, као производа, може бити препрека иновацијама поступка који се примењује у његовом стварању. Са овим се често суочавају произвођачи генеричких лекова, будући да постојање патента за производ искључује конкуренцију генеричких верзија добијених унапређеним поступком.

Узимајући наведено у обзир, неизоставно нам се намеће питање: ако је патент израз равнотеже између приватних и јавних интереса, на који начин сиромашно друштво може да ужива користи патентне за-

10 Е. Cameron, *нав. чланак*, стр. 523.

11 Е. Cameron, *нав. чланак*, стр. 524.

штите фармацевтских производа, кад управо таква заштита чини потребне медикаменте неприступачним? Потоња околност је разлог због којег се у појединим државама признање патента за медикаменте сматра неприхватљивим. То је нарочито случај са онима који имају развијену индустрију генеричких производа. Наиме, до конкурентних производа се долази неком врстом обрнутог инжињеринга, а непостојање патентне заштите омогућава да се такве генеричке верзије одмах пласирају на тржиште. Патентна заштита би тај моменат одложила до истека заштитног периода. Сликовит пример напора да се очува фармацевтска индустрија заснована на генеричким производима јесте недавна одлука Врховног суда Индије, којом се одбија патентна заштита унапређених верзија лека *Gleevec*, швајцарске компаније *Novartis*, намењеног лечењу одређених форми леукемије. Наиме, Индија је 2005. године, под међународним притисцима, патентном заштитом обухватила и медикаменте, али само оне који су откривени након 1995. године. Како је патент за наведени лек регистрован још 1993. године, индијски Суд сматра да између прве и унапређене верзије не постоји довољан инвентивни ниво. Тиме се подржала даља производња генеричке верзије, овог, али и других лекова. При том, тржиште на којем индијски производи конкуришу је огромно. Поред домаћег, њима се снабдева и тржиште већине земаља у развоју и неразвијених земаља, по цени неколико десетина пута нижој од цене оригиналног лека. Примера ради, на годишњем нивоу за *Gleevec* је потребно издвојити око 70.000 америчких долара, а за индијску копију свега 2.500.¹²

Сличан модел развоја фармацевтске индустрије примењивале су и неке развијене земље (нпр. Швајцарска), које су патентну заштиту усвојиле тек касније, односно када је њихова фармацевтска индустрија постала довољно јака да инвестира у даља истраживања и развој.¹³

Ипак, и поред наведених сукоба интереса, околност да се фармацевтска истраживања концентришу у само неколико најразвијенијих земаља света игра значајну улогу у успостављању светског поретка јавног здравља.

IV Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине и приступ лековима

Тржишта фармацевтских производа појединих земаља у развоју, као што су Индија и Бразил, су изузетно велика и привлачна при-

12 „Low-Cost Drugs in Poor Nations Get a Lift in Indian Court“, *Global Business*, доступно на адреси: http://www.nytimes.com/2013/04/02/business/global/top-court-in-india-rejects-novartis-drug-patent.html?src=twr&_r=0, 9.4.2013.

13 Е. Cameron, *нав. чланак*, стр. 532.

вредним субјектима развијених земаља. Међутим, недостатак патентне заштите чини препреку да се она освоје. Настојања најразвијенијих земаља да се успоставе минимални стандарди заштите интелектуалне својине резултирала су доношењем Споразума о трговинским аспектима права интелектуалне својине (у даљем тексту: ТРИПС).

По оценама многих, ТРИПС представља најзначајнији међународни документ у овој области, како због успостављених минималних стандарда, тако и због начина на који је обезбеђена његова примена. Наиме, чланство у Светској трговинској организацији (у даљем тексту: СТО) које је условљено прихватањем ТРИПС-а, представља институционализован механизам примене овог међународног споразума.

Иако се наглашава да је ТРИПС помирио приватне и јавне интересе, анализа његових одредби јасно одражава околности које су претходиле његовом доношењу. У стручној литератури се доста писало о јаком утицају привредних субјеката САД-а, али и других најразвијенијих земаља у току уругвајске рунде преговора, током које је ТРИПС настао. Стога је већина одредаба у интересу привредних субјеката, док се о општим друштвеним интересима води рачуна само у форми изузетака. То је још више дошло до изражаја у периоду након ступања ТРИПС-а на снагу. Најразвијеније земље су путем билатералних или мултилатералних споразума о слободној трговини (*Free Trade Agreements – FTA*) наставиле да учвршћују своје позиције на тржишту, подизањем минималних стандарда на виши ниво и сужавањем обима прописаних изузетака (тзв. ТРИПС-плус одредбе). С обзиром на то да је конфликт интереса најизраженији у домену фармацеутских производа, чини нам се да су накнадне активности додатно допринеле проблемима јавног здравља, односно приступа лековима.

Надаље ћемо две кључне тачке овог рада, патентну заштиту фармацеутских производа и могућност ограничења права у интересу јавног здравља, посматрати у оквиру ТРИПС-а.

Најпре, ТРИПС налаже земљама чланицама СТО да обезбеде патентну заштиту проналаска из било које области технике, како за производ, тако и за поступак, који је нов, има инвентивни ниво и могуће га је индустријски применити.¹⁴ Чланице имају могућност да искључе из патентбилности производе чија комерцијализација може угрозити људски, животињски и биљни свет, или здравље. Ово искључење не стоји у вези са забраном искоришћавања проналаска на односној територији.¹⁵ Тачније, таква забрана не може оправдати искључење патентабилности, осим ако истовремено не постоји вероватноћа да коришћење производа доводи у опасност живот и здравље људи, одно-

14 Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине, 1994 (*Trade Related Aspects of Intellectual Property*; даље у фуснотама: TRIPS), чл. 27 ст. 1.

15 TRIPS, чл. 27 ст. 2.

сно биљни и животињски свет. Практично, овом одредбом прихватање или одбијање патентне заштите за земље чланице престаје бити питање избора националне стратегије за развој привреде и, у контексту овог рада, очување јавног здравља.

Најкраћи рок заштите патената које државе чланице морају да признају јесте 20 година. Међутим, велики број споразума о слободној трговини намеће обавезу слабијој страни да заштитни рок продужи за онолико времена колико је било потребно да се добије одобрење за стављање лека у промет, будући да носилац права у том периоду није могао производ тржишно да искоришћава.¹⁶ Тиме се, заправо, настоји одложити моменат изласка на тржиште конкурентне генеричке верзије медикамента.

ТРИПС, надаље, оставља простор да држава чланица предвиди ограничене изузетке од искључивих овлашћења садржаних у патенту, али под условом да такви изузеци не вређају неразумно уобичајено искоришћавање патента нити наносе штету интересима титулара права, при чему се води рачуна и о легитимним интересима трећих страна.¹⁷ Најчешће се овим ограничењем дозволљава коришћење патентног проналазак без сагласности титулара права ради његовог даљег истраживања и развоја. Међутим, поједине земље су, интерпретацијом ове одредбе у ширем контексту, нашле простора да заштите положај своје индустрије генеричких лекова. Наиме, дозвољеним истраживањем су обухваћене и радње које се предузимају ради добијања дозволе за стављање у промет фармацеутских производа (генеричких верзија, *џрим. ауџора*) (тзв. *regulatory review* изузетак, односно *Bolar* одредба),¹⁸ које би редовно биле дозвољене тек након протеча периода заштите. Тиме произвођачи генеричких лекова скраћују време пласирања својих производа на тржиште, односно са економском експлоатацијом започињу одмах након престанка важења патента. Након што је овакво екстензивно тумачење формално допуштено од стране СТО Тела за решавање спорова (*WTO Dispute Settlement Body*) у случају Канаде,¹⁹ број земаља које су га инкорпорисале у своје прописе сеповећао.²⁰

16 Под утицајем Уредбе (ЕЗ) број 469/2009 Европског парламента и Савета од 6. маја 2009. у вези са додатном заштитом сертификата за медицинске производе (*Regulation (EC) No. 469/2009 of the European Parliament and Council of 6th May 2009 concerning the supplementary protection for medicinal products*), Закон о патентима (*Службени гласник РС*, бр. 99/2011; даље у фусногама ЗОП) прописује петогодишњи рок (Сертификат о додатној заштити, чл. 113–126).

17 TRIPS, чл. 30

18 ЗОП, чл. 21 ст. 1 тач. 2.

19 *WTO, Dispute Settlement: Dispute DS114, Canada – Patent Protection of Pharmaceutical Products*, доступно на адреси: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds114_e.htm, 6.4.2013.

20 Према подацима *WIPO*, у 2010. години број земаља које прихватају *Bolar* одредбу износи 48. Наведено према: World Trade Organization, World Intellectual Property

Коришћење патентираног производа, односно поступка, без сагласности титулара, могуће је и по основу принудне лиценце.²¹ Тада дозволу за коришћење издаје надлежни државни орган. ТРИПС не прописује у којим случајевима је дозвољена употреба по овом основу, већ је то препуштено државама чланицама. Најчешће се као разлози издавања принудне лиценце узимају следеће околности: патентирани проналазак се не искоришћава или се не искоришћава у довољној мери, постоји потреба заштите конкуренције, или заштите јавног интереса; искоришћавање једног патента је неопходно ради искоришћавања другог.²² У пракси, примера издавања принудних лиценци за фармацевтске производе има много. Тако је америчка Федерална трговачка комисија (*US Federal Trade Commission*), ради стварања конкуренције, 2002. године издала унакрсну принудну лиценцу за патент фактора некрозе тумора (*tumor necrosis factor – TNF*²³) швајцарској компанији, којом је она добила овлашћење да патентирани производ истражује, развија, производи, користи, увози, извози, дистрибуише и продаје.²⁴

Ипак, поједини минимални услови које ТРИПС предвиђа за издавање принудне лиценце представљају препреку приступу лековима управо у оним земљама у којима су они најпотребнији. Реч је о одредби којом се коришћење по основу принудне лиценце одобрава првенствено ради снабдевања домаћег тржишта чланице која је дозволила такво коришћење.²⁵ У том смислу, принудна лиценца за производњу медикамента не може имати очекивани ефекат у земљама које немају никакве или имају недовољне индустријске капацитете. С друге стране, земље које имају развијену фармацевтску индустрију су ограничене у погледу количине производа које евентуално могу да извезу.²⁶

Прелазни период за примену ТРИПС-а у земљама у развоју, земљама са привредом у транзицији и неразвијеним земљама само је временски одложио проблем који произлази из наведене одредбе. Штавише, у многим елементима примене ТРИПС-а флексибилност његових

Organization, World Health Organization, *нав. дело*, стр. 174.

21 TRIPS, чл. 31.

22 World Trade Organization, World Intellectual Property Organization, World Health Organization, *нав. дело*, стр. 175.

23 Фактори некрозе тумора су група цитокина који реагују са ћелијама тумора и могу да узрокују њихову смрт. Опширније на адреси: <http://www.medterms.com/script/main/art.asp?articlekey=25458>, 4.4.2013.

24 World Trade Organization, World Intellectual Property Organization, World Health Organization, *нав. дело*, стр. 175.

25 TRIPS, чл. 31 ст. 1 тач. f.

26 Eric Alsegard, „Global pharmaceutical patents after the Doha Declaration – What lies in the Future?“, *Script-ed*, Vol. I, No. 1/2004, стр. 22, доступно на адреси: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1137545##, 1.4.2013.

одредаба се показала као препрека очувању националних интереса. Наиме, како је већ речено, билатералним и регионалним споразумима, економски слабијим земљама се често намећу далеко виши стандарди заштите него што је то предвиђено ТРИПС-ом. Стога је афричка група (коју чине све чланице СТО са овог континента) инсистирала на томе да се питање јасније интерпретације реши у оквиру надлежних органа СТО. То је и учињено на четвртој СТО Министарској конференцији у Дохи, одржаној од 9. до 14. новембра 2001. године, када је усвојена Декларација о ТРИПС-у и јавном здрављу (у даљем тексту: Декларација из Дохе).²⁷

Декларација из Дохе не мења права и обавезе из ТРИПС-а, али је њен значај ипак велики. Дајући упутства о тумачењу и примени појединих одредаба у складу са потребом заштите јавног здравља и омогућавања приступа лековима,²⁸ Декларација реafirмише равнотежу приватних и јавних интереса, о којима је већ било речи. У том смислу се посебно издваја одредба параграфа 6. Њоме се наглашава чињеница да поједине земље, због стања њихове фармацеутске индустрије, могу бити суочене са тешкоћама у ефективном коришћењу патентираног фармацеутског производа по основу постојеће принудне лиценце. Из тих разлога, Већу за ТРИПС се налаже да у кратком року пронађе решење овог проблема.²⁹ С тим у вези, 2003. године је донесена Одлука о имплементацији параграфа 6. Декларације из Дохе о ТРИПС-у и јавном здрављу од 14. новембра 2001. године (у даљем тексту: Одлука),³⁰ којом се прописују оквири за извоз фармацеутских производа у земље са недовољно развијеном фармацеутском индустријом, тзв. параграф 6 систем. Наиме, њоме се одређује које земље и под којим условима могу бити увознице, односно извознице патентираних фармацеутских производа.

Уопштено, Одлуком се у извесној мери заобилазе већ постављени услови за коришћење патентираних проналазака без сагласности титулара права, односно њихових генеричких верзија, без повреде патен-

27 Декларација из Дохе о Споразуму о трговинским аспектима права интелектуалне својине и јавном здрављу, 2001. (*Declaration on TRIPS agreement and public health – Doha Declaration*, даље у фуснотама; DD), доступно на адреси: http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_trips_e.htm, 3.3.2013.

28 DD, пар. 4.

29 DD, пар. 6.

30 Одлука Главног већа Светске трговинске организације о имплементацији параграфа 6 из Декларације из Дохе о Споразуму о трговинским аспектима права интелектуалне својине и јавном здрављу, 2003. (*WTO General Council Decision on Implementation of paragraph 6 of the Doha Declaration on TRIPS Agreement and public health*; даље у фуснотама: *WTO Decision*), доступна на адреси: http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/implem_para6_e.htm, 20.3.2013.

та. У смислу наведеног прописано је да земља увозница може да буде било која земља чланица; обавеза плаћања лицендне накнаде титулару права је на земљи увозници; ограничења у погледу извоза се не односе на земље у развоју и најмање развијене земље, тако да оне могу, под посебним условима, извозити у оквиру регионалних трговинских споразума.³¹ Земља извозница може да буде свака земља чија фармацевтска индустрија има капацитет да произведе тражену количину потребног производа и чији правни поредак дозвољава издавање принудних лиценци за извоз.

Како се на овај начин заправо настоји обезбедити приступ лековима и становништву неразвијених делова света, специјална принудна лиценца, установљена овом Одлуком, укључена је у програме и званична документа бројних међународних организација које су, макар маргинално, посвећене питању јавног здравља. Ту се, пре свега, мисли на Уједињене нације, Светску здравствену организацију, али и Светску организацију за интелектуалну својину.³² Штавише, када је 2005. године Одлука инкорпорисана у текст ТРИПС-а (чл. 31bis), што и јесте био коначни циљ, ова лиценца је већ постала део правног система у великом броју земаља.

На простору Европске уније, доношењем Уредбе 816/2006 о принудној лиценци патената који се односе на производњу фармацевтских производа за извоз у земље са проблемима јавног здравља³³ (у даљем тексту: Уредба), минимални стандарди су подигнути на виши ниво. Поштујући обавезе преузете Споразумом о стабилизацији и придруживању,³⁴ исти приступ прихваћен је и у нашем праву, о чему ће надаље бити више речи.

31 WTO Fact Sheet, *TRIPS and pharmaceutical patents*, стр. 6, доступно на адреси: http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/factsheet_pharm00_e.htm, 20.3.2013.

32 World Trade Organization, World Intellectual Property Organization, World Health Organization, *нав. гело*, стр. 177

33 Уредба (ЕЗ) бр. 816/2006 Европског парламента и Савета од 17. маја 2006. о принудној лиценци патената који се односе на производњу фармацевтских производа за извоз у земље са проблемима јавног здравља (*Regulation (EC) No 816/2006 of the European Parliament and the Council of the 17th May 2006 on compulsory license of patents relating to the manufacture of pharmaceutical products for export to countries with public health problems*; даље у фуснотама: Уредба (ЕЗ) бр. 816/2006).

34 Две најважније обавезе које је Србија преузела потписивањем Споразума јесу успостављање зоне слободне трговине и усклађивање домаћег законодавства са правом ЕУ. При том се право интелектуалне својине одређује као једна од приоритетних зона усклађивања. Споразум о стабилизацији и придруживању, чл. 75, доступан на адреси: http://www.seio.gov.rs/upload/documents/sporazumi_sa_eu/ssp_prevod_sa_anexima.pdf, 3.4.2013.

V Принудна лиценца за патенте који се односе на производњу фармацеутских производа за извоз у земље са проблемима јавног здравља

Параграф 6 систем (у даљем тексту: Систем), установљен Одлуком СТО у нашем праву је дефинисан одредбама актуелног Закона о патентима о принудној лиценци за патенте који се односе на производњу фармацеутских производа за извоз у земље са проблемима јавног здравља.³⁵ У овом делу рада ћемо изложити поједине елементе нашег Система.

Најпре, Министарство здравља може да изда принудну лиценцу за патент или сертификат о додатној заштити, потребну за производњу и продају фармацеутских производа, када је такав производ намењен за извоз у земље са проблемима јавног здравља лицу које поднесе захтев и испуњава прописане услове.³⁶

Фармацеутски производ који може бити предмет принудне лиценце за извоз јесте сваки производ фармацеутске индустрије, укључујући лек за људску употребу, под којим се подразумева свака супстанца или мешавина супстанци која је намењена лечењу или спречавању болести код људи и свака супстанца или мешавина супстанци која се може применити на људима у сврху обнављања, исправљања или прилагођавања физиолошких функција изазивањем фармаколошких, имунолошких или метаболичких деловања или постављања медицинске дијагнозе, укључујући активне састојке и прибор за дијагностиковање *ex vivo*.³⁷

С обзиром на то да је сврха Система да омогући приступ потребним лековима и становништву оних држава које не могу до њих доћи редовним тржишним токовима, основни критеријум при одређивању потенцијалне земље увознице јесте степен развоја одређене земље. Следствено, прва група потенцијалних субјеката – увозника јесу земље које се на листи Уједињених нација наводе као најмање развијене (тзв. *Least Developed Countries – LDC* листа). Реч је углавном о земљама афричког континента (нпр. Мали, Замбија, Танзанија, Того, итд.), због којих је Систем заправо и установљен. Из тих разлога, ове државе немају посебну обавезу да обавештавају Веће СТО о својој намери да се користе привилегијама Система.

Другу групу земаља чине чланице СТО. Наиме, свака земља чланица, која упуту обавештење Већу СТО (преко својих овлашћених органа, невладиних организација или међународне здравствене организације, са формалним овлашћењем једне или више земаља увозница) о намери

35 ЗОП, чл. 30-38.

36 ЗОП, чл. 30 ст. 1.

37 ЗОП, чл. 30 ст. 2.

да користи Систем као земља увозница, може то и да постане. Такво обавештење може да буде опште намере или за поједине фармацеутске производе. Наиме, земља чланица обавештењем опште намере резервише право да користи принудну лиценцу за евентуалне касније потребе. Уколико, пак, има намеру да створи услове за увоз одређеног производа на основу принудне лиценце, држава је у обавези да упуту посебно обавештење, са тачним навођењем имена производа и количине за коју се очекује да ће задовољити потребе увозника. Сем тога, уколико је у земљи увозници тај фармацеутски производ заштићен патентом, потребно је приложити доказ да је у њој издата (или ће се издати, према ТРИПС-у) принудна лиценца за увоз, продају и/или дистрибуцију предметног производа. Коначно, земља увозница мора да укаже на чињеницу да не располаже довољним капацитетом за производњу лека за који се захтева принудна лиценца.

Сврха обавештавања је транспарентност која омогућава контролу обима искоришћавања патентираних проналазака по овом основу. На тај начин се заправо настоји спречити прекомерно ограничење права титулара патента, јер, нормативно, постоји могућност да се захтев за снабдевање лековима путем Система упуту у више држава чланица. Из тих разлога, није предвиђен никакав систем потврђивања од стране органа СТО. Штавише, не захтева се ни посебна формалност, те обавештења могу бити послата факсом, мејлом или сличним путем. Битно је само да садрже потпис овлашћених владиних службеника.³⁸

Прихватајући екстензивни Систем Европске уније, наш Закон уводи и трећу групу земаља које могу бити увознице. Реч је о земљама које нису чланице СТО, али су од стране Већа за помоћ у развоју Организације за економску сарадњу и развој (*Organization for Economic Co-operation and Development* – Организација за економску сарадњу и развој, у даљем тексту: OECD) наведене на листи земаља ниског дохотка са бруто националним производом по глави становника мањим од износа одређеног од стране Већа за помоћ у развоју OECD.³⁹ У том случају, земља увозница упућује Влади Републике Србије (Европској комисији за земље извознице које су чланице ЕУ⁴⁰) обавештење о својој намери да се користи Системом као земља увозница, у целини или на ограничен начин. Уз то, потребно је да у обавештењу наведе да ће Систем користити за решавање проблема јавног здравља, а не за постизање индустријских или циљева комерцијалне политике и да ће

38 World Trade Organization, World Intellectual Property Organization, World Health Organization, *нав. дело*, стр. 225.

39 ЗОП, чл. 30 ст. 3 тач. 3. У Уредби (ЕЗ) бр. 816/2006 је тај износ одређен у висини од 745 долара: Уредба (ЕЗ) бр. 816/2006, чл. 4.

40 Уредба (ЕЗ) бр. 816/2006, чл. 5.

усвојити мере којима се спречава поновни извоз производа увезених на њену територију по основу издате принудне лиценце. Те мере треба да буду у сразмери између административних капацитета земље увознице и ризика заобилажења тржишта. Уколико је потребно, развијене земље треба да пруже техничку и финансијску помоћ ради испуњења ове обавезе.⁴¹

Занемарујући поступак издавања принудне лиценце, који у контексту овог рада сматрамо мање битним, даље ћемо истаћи додатне елементе који одражавају настојања да се успостави равнотежа између приватних интереса носиоца права и интереса јавног здравља.

Најпре, издавање принудних лиценци по овом Систему може да се посматра као резервна могућност да се земља у питању снабде потребним фармацеутским производима. Уколико се патентирани лек може набавити по прихватљивим ценама, принудна лиценца не постоји као опција. Стога, приликом подношења захтева, подносилац мора доказати да је претходно (у року од 30 дана пре подношења захтева, према нашем Закону) безуспешно покушао да добије од носиоца права одобрење за искоришћавање заштићеног проналаска под разумним условима и роковима. Ова обавеза не постоји уколико се принудна лиценца тражи у случајевима националне опасности или другим околностима изузетне хитности, или, пак, у случајевима некомерцијалне употребе.⁴²

Даље, принудна лиценца је, наравно, неискључива. Уз то, њен обим и трајање су одређени одлуком о издавању принудне лиценце, а везани су искључиво за разлоге због којих је издата. У смислу наведеног, количина производа која се на основу ове лиценце производи дефинисана је потребама земље увознице (или више њих), при чему се у обзир узима и она количина за коју је издата принудна лиценца у другима земљама.⁴³ Следствено, уколико је количина фармацеутских производа постала недовољна за задовољење потреба земље увознице, она може доставити обавештење о томе, на основу којег стицалац лиценце може да захтева измену услова.⁴⁴

Фармацеутски производ израђен на основу принудне лиценце за извоз већ својим изгледом и називом мора да указује на правни основ његове набавке. Следствено, паковање мора бити другачије од оног у којем носилац права предметни производ пушта у промет, нуди на тржишту, а на њему (или у припадајућем тексту, обично унутар

41 *WTO Decision*, чл. 4.

42 ЗОП, чл. 30 ст. 11 и 12.

43 ЗОП, чл. 31 ст. 1.

44 ЗОП, чл. 37 ст. 2. Ако затражена количина не прелази 25% провобитно одобрене количине фармацеутских производа при одлучивању о измени услова не примењују се одредбе Закона о провери података које је навела земља увозница (ст. 3).

паковања) мора садржати напомену о правном основу производње, назив органа који је издао лиценцу и натпис да је намењен искључиво за извоз и дистрибуцију у односну земљу увозницу, односно више њих, ако их има.⁴⁵ Тиме се уједно спречава да лекови намењени најсиромашнијима буду преусмерени на друга тржишта.

Када је реч о имену лека, оно се предлаже већ у фази подношења захтева за издавање принудне лиценце. Подносилац захтева може да наведе само незаштићено име, при чему не постоји ближе одређење да ли оно мора бити на листи интернационално незаштићених имена (*International Nonproprietary Names – INN*) Светске здравствене организације, генеричко име, тачно хемијско или општеприхваћено.⁴⁶

Обвезник лиценцне накнаде је стицалац лиценце, а њена висина се одређује ван тржишних критеријума. Под редовним околностима, у обзир се узима економска вредност употребе у земљи увозници, хуманитарне и некомерцијалне околности. У ванредним ситуацијама (национална опасност или други случајеви изузетне хитности) и у случајевима јавне некомерцијалне употребе, накнада износи највише 4% од укупне цене коју плаћа земља увозница или која се плаћа у њену корист.⁴⁷ Наведеним критеријумима се тежило да се, у економском смислу, патентирани производи учине приступачним у мање развијеним земљама.

Као што се из наведених одредаба могло закључити, Систем нормативно уважава интересе најугроженијих. Његова примена, пак, би могла да има и споредни, али у контексту функције патентне заштите, не мање важан ефекат. Наиме, титулар права остварује приходе по основу искоришћавања патентираног производа на територији на којој то сигурно не би чинио редовним путем. То је нарочито случај са земљама увозницама које не признају патентну заштиту медикамената.

VII Уместо закључка – допринос принудне лиценце за извоз фармацеутских производа јавном здрављу

На глобалном нивоу, принудна лиценца за извоз фармацеутских производа је коришћена само у једном случају, када је канадски произвођач генеричких лекова, *Apotex Inc.*, снабдео Руанду одређеном дозом ХИВ антиретровирусног лека *TriAvir*.⁴⁸ При том, за испоруку захтеване количине лека било је потребно три године.

45 ЗОП, чл. 31 ст. 4 тач. 2.

46 Закон о лековима, чл. 2 ст. 1 тач. 12.

47 ЗОП, чл. 31 ст. 7 тач. 1 и 2.

48 World Trade Organization, World Intellectual Property Organization, World Health Organization, *нав. дело*, стр. 178.

Ова чињеница је наметнула питање да ли успостављени параграф 6 Систем може да допринесе решавању кризе јавног здравља, односно да ли се изостанак шире примене може довести у везу са самим системом или са начином на који се он у појединим земљама примењује.⁴⁹

У извештају који је Канада упутила Већу СТО за ТРИПС се, између осталог, наводи да је поступак издавања принудне лиценце од стране надлежног канадског органа, био знатно краћи у односу на поступак дефинисања потреба земље увознице, добијања дозволе за стављање лека у промет и извоз, односно увоз и његове производње. Поред тога, у контексту ефикасности система, није занемарљива чињеница да је наведени произвођач означен као снабдевач тек након што је окончан јавни тендер у Руанди на којем је он дао најбољу понуду.⁵⁰ Закључак који се из усамљеног примера намеће јесте да је систем оптерећен процедуралним формалностима потребним за његово коришћење, како у земљи извозници, тако и у земљи увозници.

Слабо интересовање за коришћење принудне лиценце за извоз произлази и из чињенице да је помоћ у снабдевању неразвијених земаља потребним лековима, по прихватљивим ценама, обезбеђена другим националним и међународним програмима, као што су амерички Председнички хитан план за помоћ оболелима од ХИВ/АИДС-а (*The United States President's Emergency Plan for AIDS relief – PEPFAR*),⁵¹ Клинтонова иницијатива за приступ здрављу (*Clinton Health Access Initiative – CHAI*),⁵² Глобални фондови (*The Global Funds*),⁵³ UNICEF и UNITAID.⁵⁴

Уз то, у контексту патентираних фармацеутских производа, постоји бар један објективни разлог непримене Система: за болести које нису у значајнијој мери заступљене у развијеним земљама, још увек не постоје ефикасни лекови. Слабо тржиште дестимулише улагање средстава у истраживање и развој таквих медикамената.

Надаље, конкурентни генерички лекови, произведени у земљама у којима нису у пуном обиму заштићени патентом (као што је Индија), још увек су присутни на тржишту неразвијених земаља. Штавише, ако се узме у обзир да обавеза посебног паковања и означавања медикаме-

49 World Trade Organization, World Intellectual Property Organization, World Health Organization, *нав. дело*, стр. 179.

50 *Canada's Intervention to TRIPS Council: Experience using the System (Apotex-Rwanda Case)*, доступно на адреси: <http://keionline.org/node/1000>, 8.4.2013.

51 *The United States President's Emergency Plan for AIDS relief – PEPFAR*, доступно на адреси: <http://www.pepfar.gov/>, 7.4.2013.

52 *Clinton Health Access Initiative – CHAI*, доступно на адреси: <http://www.clintonfoundation.org/main/our-work/by-initiative/clinton-health-access-initiative/about.html>, 7.4.2013.

53 *The Global Funds*, доступно на адреси: <http://www.theglobalfund.org/en/>, 7.4.2013.

54 Промотинг, стр. 180.

ната произведених по основу принудне лиценце утиче на његову цену, те да је поступак прибављања генеричких верзија једноставнији, потоњи су на тржишту неразвијених земаља ипак у предности. Примера ради, Гана је разматрала могућност примене Система ради снабдевања АРВ лекова из Канаде, али је касније увезла такве генеричке производе из Индије.⁵⁵ Сходно томе, могло би се очекивати да, након протеча прелазног периода (дакле, након 2016.⁵⁶), када патентна заштита буде успостављена у пуном обиму, принудна лиценца добије значајније место у снабдевању лековима најугроженијих региона.

Очигледно је да су много већи напори уложени у припрему и успостављање система принудне лиценце за извоз лекова, него у његову практичну примену. То, међутим, не доводи у питање оправданост интервенције, већ усмерава пажњу и на друге факторе, у домену патентног права, од којих зависи недискриминисана доступност лековима. Ту се првенствено мисли на укључивање јавног сектора у фармацеутска истраживања. Пример за то, на светском нивоу, јесте *WIPO Re:Search* партнерство, које обједињује приватни и јавни сектор широм света у истраживању нових и ефикаснијих лекова за запостављене тропске болести, маларију и туберкулозу. Добијени производи би требало да буду потпуно бесплатни у најмање развијеним земљама света, а за земље у развоју би се посебним споразумима дефинисали услови снабдевања.⁵⁷

На крају, не сматрамо сувишним нагласити да патентно право, и са њим повезана принудна лиценца за извоз, представљају само један корак у свеобухватној борби за решавање кризе јавног здравља. Истински напредак се може очекивати тек након што се животни стандард најугроженијег дела светске популације подигне на задовољавајући ниво. То подразумева обезбеђивање бољих услова живота и рада, исхране, инфраструктуре, медицинске службе и опреме.

55 World Trade Organization, World Intellectual Property Organization, World Health Organization, *нав. дело*, стр. 178.

56 DD, пар. 7.

57 WIPO, *WIPO Re:Search – Sharing Innovation in the Fight Against Neglected Tropical Diseases, The Challenge of Neglected Tropical Diseases, Malaria and Tuberculosis*, доступно на адреси: http://www.wipo.int/freepublications/en/intproperty/flyer/flyer_re_search.pdf, 1.4.2013.

Sanja RADOVANOVIĆ, PhD
Junior Faculty Member at the Faculty of Law University of Novi Sad

PATENTS AND PUBLIC HEALTH – COMPULSORY LICENSE FOR THE EXPORT OF PHARMACEUTICAL PRODUCTS

Summary

This paper analyses the relationship between patents and public health in two elements. On the one hand, it seeks to highlight the importance of patent protection of pharmaceutical products. Namely, the creation of a new drug is a long and expensive process. Therefore, the market price of the first generation drug is high. If we bear in mind the fact that the production of identical products is possible at a low cost, generic version of pharmaceutical products is quite competitive. In this respect, the monopolistic patent protection, correcting unequal positions of producer of original and generic versions, incentive further research and development. On the other hand, the paper points out the obstacles that patent protection rises in the context of access to medicines. That means, above all, high cost of patented medication, and lack of access to medicines without infringing the patent rights. Compulsory license for export of pharmaceutical products, which this paper pays special attention, is a way to overcome this problem.

Key words: public health, patent, pharmaceutical products, compulsory license for export of pharmaceutical products, paragraph 6 System.

I Уводне напомене

Након скоро четрдесет година преговора о успостављању јединственог система заштите проналазака у ЕУ, Европски парламент је 11. децембра 2012. усвојио тзв. патентни законодавни пакет. Овај пакет састоји се од три компоненте: Уредба о спровођењу ближе сарадње у области стварања заштите унитарним патентом,¹ Уредба о спровођењу ближе сарадње у области стварања заштите унитарним патентом која се тиче превођења² и Споразум о јединственом патентном суду.³

У Европи се, још од друге половине седамдесетих година 20. века, заштитом проналазака бави Европски завод за патенте (ЕЗП). Овај завод, са седиштем у Минхену, основан је 1977. године, након ступања на снагу Конвенције о европском патенту (КЕП), потписане 1973. године. ЕЗП основале су четири земље (Немачка, Француска, Италија и Холандија), а данас окупуља тридесет осам држава.⁴ Међутим, материјално европско патентно право на наднационални начин уређује патентну заштиту проналазка само у одређеном интервалу, тј. од момента подношења европске пријаве до момента признања европског патента. „Од тренутка признања европског патента, у начелу, престаје, применљивост наднационалних норми, те се европски патент распада на онолики број независних националних патената, колико има земаља чланица КЕП-а које је пријавилац у европској пријави назначио као државе у којима жели патентну заштиту за свој проналазак. Сваки од тих патената, који се даље назива европски патент, наставља да траје у појединој држави, подвргнут прописима националног патентног права.“⁵ Дакле, европски патент постаје сноп националних патената.⁶

Сходно томе, патентни списи и захтеви морају се преводити на националне језике, што доводи до повећања трошкова заштите про-

1 Regulation of the European Parliament and of the Council implementing enhanced cooperation in the area of the creation of the unitary patent protection, *OJ L 361/1*.

2 Regulation of the European Parliament and of the Council implementing enhanced cooperation in the area of the creation of the unitary patent protection with regard to the applicable translation arrangements agreement, *OJ L 361/1*.

3 Agreement on Unified patent Court, доступно на адреси: [http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/A1080B83447CB9DDC1257B36005AAAB8/\\$File/upc_agreement_en.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/A1080B83447CB9DDC1257B36005AAAB8/$File/upc_agreement_en.pdf), 31.3.2013.

4 Поред двадесет седам земаља ЕУ, чланице ЕЗП су и Албанија, Хрватска, Исланд, Лихтенштајн, Бивша југословенска република Македонија, Монако, Норвешка, Сан Марино, Србија, Швајцарска и Турска.

5 С. Марковић, *Право интелектуалне својине*, Источно Сарајево, 2007, стр. 349.

6 Marc Rees, „Le brevet unique européen et logiciel“, доступно на адреси: <http://www.pcinpact.com/dossier/brevet-unitaire-europeen-logiciel-/205-5.htm>, 21.3.2013.

налазка европским патентом. Одржавање европског патента, такође, подразумева плаћање годишње таксе, као и регистрацију сваког преноса. Стога титулари европских патената морају да ангажују домаће заступнике у свакој од земаља за коју им је патент признат. Овакав систем представља проблем како државним истраживачким телима, тако и малим и средњим предузећима. Дакле, основни разлог за увођење новог система заштите унитарним патентом је смањење трошкова и поједностављење административног поступка.⁷

Након два неуспела покушаја,⁸ преговори о успостављању заштите комунитарним патентом интензивирани су почетком новог миленијума. Европска комисија је 1. јула 2000. предложила Уредбу о комунитарном патенту (који је, након ступања на снагу Уговора из Лисабона, прерастао у унитарни патент),⁹ а 23. децембра 2003. Споразум о оснивању суда за комунитарни патент. С обзиром на то да су државе чланице имале различита виђења о појединим питањима (нпр. режим превођења и систем решавања патентних спорова), била је потребна читава деценија да би се дошло до компромисног решења. Европска комисија је 13. априла 2011. предложила тзв. патентни законодавни пакет. Ова три акта од самог почетка била су предмет расправа у научним и стручним круговима и од дана када су предложени до дана када су усвојени (децембар 2012. године) претрпели су значајне измене и допуне.

У првом делу рада биће представљен тзв. патентни законодавни пакет: Уредба о унитарном патенту, Уредба о унитарном патенту која се тиче превођења и Споразум о јединственом патентном суду. У другом делу рада аутор ће испитати измене и допуне Уредбе о унитарном патенту, док ће трећи део бити посвећен усвајању патентног законодавног пакета.

II Патентни законодавни пакет

Европска комисија је 13. априла 2011. предложила тзв. патентни законодавни пакет: Уредбу о спровођењу ближе сарадње у области стварања заштите унитарним патентом, Уредбу о спровођењу ближе сарадње у области стварања заштите унитарним патентом која се тиче превођења и Споразум о јединственом патентном суду.

7 Ј. Геранић, „Патент Уније: актуелна питања и перспективе“, *Правна ријеч*, бр. 33/2012, стр. 158–159.

8 Конвенција о комунитарном патенту, потписана у Луксембургу 1975, никада није ратификована, а Споразум о комунитарном патенту из 1983, претрпео је исту судбину као и Конвенција.

9 Уговором из Лисабона, који је ступио на снагу 1. децембра 2009, укинута је тзв. трипартитна структура ЕУ и „избрисане“ су разлике међу стубовима, а Уговор о оснивању Европских заједница је прерастао у Уговор о функционисању ЕУ.

1. Уредба о спровођењу ближе сарадње у области стварања заштите унитарним патентом

Уредба о спровођењу ближе сарадње у области стварања заштите унитарним патентом дефинише унитарни патент као класични европски патент који издаје ЕЗП коме се додаје атрибут унитарни. Унитарни патент може бити добијен, ограничен, пренесен, опозван или проширен само за све државе чланице које учествују у ближој сарадњи.

Унитарни патент постоји заједно са националним и класичним европским патентом. Титулари патената могу да бирају између различитих комбинација класичног европског патента и унитарног патента. Тако, на пример, могу да се одреде за унитарни патент за двадесет пет држава чланица ЕУ које учествују у ближој сарадњи, заједно са класичним европским патентом који има дејство у једној или више држава чланица КЕП-а које не учествују у ближој сарадњи, као што су Шпанија, Италија, Швајцарска, Турска, Исланд итд.

Уредбом о унитарном патенту предвиђено је да државе чланице поверавају ЕЗП задатке као што су: прикупљање и испитивање захтева за унитарно дејство, регистравање унитарног дејства, објављивање превода током периода за превођење, успостављање и одржавање Регистра за заштиту унитарним патентом, сакупљање годишњих такси за унитарни патент, расподела дела годишњих такси државама чланицама, као и повраћај трошкова превода за одређене пријавиоце који су поднели пријаве на званичном језику ЕУ, а да то није енглески, француски или немачки. Ове задатке ЕЗП обавља у складу са својим унутрашњим прописима. На одлуке ЕЗП које се тичу заштите унитарним патентом може се поднети тужба Јединственом патентном суду.

Кључне одредбе којима се регулише унитарни патент сличне су онима које постоје у већини националних патентних закона, нпр. одредбе о оквиру заштите,¹⁰ ограничењу права,¹¹ исцрпљењу права¹² итд. Основна предност унитарног патента у односу на европски патент огледа се у томе што се он ослања, тј. користи квалитет рада ЕЗП који наставља да издаје европске патенте према досадашњем поступку. Будући да је унитарни патент од самог почетка признат у свим државама чланицама, подносилац пријаве плаћа само једну таксу за признање унитарног патента. На тај начин би трошкови, који представљају озбиљну препреку заштити патента у више држава чланица ЕУ, требало да буду битно смањени.

10 Чл. 6 и 7 Уредбе о спровођењу ближе сарадње у области стварања заштите унитарним патентом (даље у фуснотама: УУП).

11 Чл. 8 УУП.

12 Чл. 9 УУП.

2. Уредба о спровођењу ближе сарадње у области стварања заштите унитарним патентом која се тиче превођења

Режим превођења представљао је једно од најспорнијих питања у току преговора о успостављању заштите унитарним патентом. Европска комисија је тек 1. јула 2010. предложила режим превођења који ће се примењивати на унитарни патент, а који је у складу са режимом предвиђеним КЕП-ом, према тзв. Лондонском споразуму. Будући да се Шпанија и Италија нису сложиле са предложеним режимом, осталих двадесет пет држава чланица покренуло је ближу сарадњу.

а) Режим превођења

Уредбом о унитарном патенту која се тиче превођења предвиђено је да режим превођења буде у складу са КЕП-ом.¹³ На основу ове конвенције патентне пријаве и спецификације морају бити на једном званичном језику (енглески, француски и немачки), док се само патентни захтеви преводе на друга два званична језика ЕЗП. Осим тога, не постоје други захтеви за превођењем током управног поступка. Само у случају да је патент предмет спора на суду траже се додатни преводи. За такве спорове, странке или суд могу захтевати комплетан превод на језик земље у којој је дошло до повреде или језик земље у којој лице које је учинило повреду има пребивалиште¹⁴ или језик земље у којој се води поступак.¹⁵ Трошкове превођења сноси титулар патента.¹⁶

Ипак, Уредбом о унитарном патенту која се тиче превођења предвиђена је могућност надокнаде трошкова превођења за средња и мала предузећа, физичка лица, непрофитне организације, универзитете и државна истраживачка тела која имају пребивалиште или главно трговачко седиште у некој од држава чланица ЕУ. Када они понесу пријаву на неком од званичних језика ЕУ који није енглески, француски или немачки, трошкови превођења биће им надокнађени.

б) Ближа сарадња

На основу Уговора из Лисабона за доношење законодавног акта о режиму превођења који се примењује на унитарни патент потребна је

13 Чл. 14 КЕП.

14 Чл. 4, ст. 1 Уредбе Савета о спровођењу ближе сарадње у области стварања заштите унитарним патентом која се тиче превођења (даље у фуснотама: УУПП).

15 Чл. 4, ст. 2 УУПП.

16 Чл. 4, ст. 3 УУПП.

сагласност свих држава чланица ЕУ.¹⁷ Међутим, са предложеним режимом нису се сложиле Шпанија и Италија, које су сматрале да чињеница да њихови језици нису увршћени у званичне језике унитарног патента представља дискриминацију. Упркос покушајима да се дође до компромисног решења, резултат је изостао. Стога су се заинтересоване државе определиле за покретање ближе сарадње. Реч је о инструменту предвиђеном Уговорима на основу кога одређени број држава чланица, најмање девет, које намеравају да успоставе међусобну ближу сарадњу, могу користити институције, поступке и механизме предвиђене Уговорима, уз поштовање одређених услова. Када се ближа сарадња успостави, она остаје отворена за државе чланице које јој иницијално нису приступиле.¹⁸

Дакле, због немогућности да се постигне договор између свих држава чланица ЕУ, дванаест земаља је, у децембру 2010. године, званично затражило покретање ближе сарадње.¹⁹ Два дана након подношења захтева, Комисија је предложила текст о успостављању ближе сарадње у области стварања заштите унитарним патентом. У фебруару 2011. године ближој сарадњи се прикључило још тринаест држава, тако да су изван остале само Шпанија и Италија. Како је Уговорима предвиђено да је за покретање ближе сарадње потребна сагласност Европског парламента и Савета, Европски парламент је одобрио покретање ближе сарадње 15. фебруара 2011, а Савет 10. марта 2011.

в) *Законитост ближе сарадње?*

Шпанија и Италија, једне две земље које се нису сложиле са предвиђеним режимом превођења, 30. маја 2011. поднеле су тужбу Европском суду правде против одлуке Савета од 10. марта 2011. којом се одобрава покретање ближе сарадње. У тужби се наводи да ближа сарадња у области стварања заштите унитарним патентом представља повреду Уговора по више основа. Са аргументима Шпаније и Италије сложио се и један део доктрине.²⁰

17 Чл. 118, ст. 2 Уговора ФЕУ.

18 Механизам ближе сарадње први пут је предвиђен Уговором из Амстердама 1997. године. Одредбе о ближој сарадњи су неколико пута биле предмет измена и допуна. Најпре, Уговором из Нице, којим су ублажени услови за отпочињање ближе сарадње, а затим Уговором из Лисабона, који садржи свеобухватну реформу механизма ближе сарадње, у смислу његовог прилагођавања новонасталим околности ма у Унији.

19 То су: Данска, Естонија, Финска, Француска, Немачка, Литванија, Луксембург, Холандија, Пољска, Словенија, Шведска и Велика Британија.

20 Међу њима су: Т. Jaeger, „All back to square one? An assessment of the latest proposals for a patent and court for the internal market and possible alternatives“, *Max Planck*

У тужби се наводи да је, овако конципирана, ближа сарадња, пре свега, у супротности са самим циљем диференциране интеграције.²¹ Затим, ближа сарадња се успоставља у области која потпада под искључиве надлежности ЕУ. Без обзира на то што поглавље о унутрашњем тржишту спада у подељене надлежности између ЕУ и држава чланица, логично је да поједини аспекти стварања *sui generis* права интелектуалне својине не могу спадати у подељену надлежност. Будући да стварање *sui generis* права интелектуалне својине претпоставља један акт ЕУ, члан 118 Уговора о функционисању ЕУ требало би тумачити тако да се односи и на области које логично искључују надлежности држава чланица. Осим тога, покретањем овог механизма, повређен члан 20 Уговора ЕУ којим је предвиђено да интереси држава чланица које не учествују у ближој сарадњи и њихова могућност да се укључе у неком каснијем тренутку не смеју бити угрожени сарадњом осталих земаља. У конкретном случају, режим превођења успоставља се упркос противљењу Шпаније и Италије, те је мала вероватноћа да ће се оне прикључити касније. У тужби се такође наводи да ближа сарадња у области стварања заштите унитарним патентом нарушава кохерентност унутрашњег тржишта, доводи до дискриминације и деформације правила конкуренције између држава чланица, што је супротности са Уговорима.²² Напошетку, самим Уговорима предвиђено је да ближа сарадња треба да се користи као *ultima ratio* у случајевима када је доказано да заједничка активност свих држава чланица није могућа. Шпанија и Италија су сматрале да, у конкретном случају, механизам ближе не може да се посматра као последње средство за решавање проблема превођења.

3. Споразум о јединственом патентном суду

Европска комисија је првобитно предложила да за спорове који се тичу класичног европског патента и новог унитарног патента, уместо националних судова, буде надлежан нови јединствени патентни суд.

Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper, Series No. 12–01; M. Lamping, „Enhanced Cooperation – A Proper Approach to Market Integration in the Field of Unitary Patent Protection?“, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, No. 8/ 2011, стр. 879–925.

21 Диференцирана интеграција у примени комунитарног права подразумева да се државе чланице налазе у различитом положају у погледу опсега права и обавеза у оквиру одређених политика Уније.

22 На основу чл. 326, ст. 2 Уговора ФЕУ: „Оне не могу бити на уштрб унутрашњег тржишта, као ни економске, социјалне и територијалне кохезије. Оне не могу представљати сметњу нити средство дискриминације између држава чланица и не могу имати за последицу деформацију правила конкуренције између држава чланица.“

Предлог о оснивању оваквог суда подразумевао је приступање Европске уније Европском заводу за патенте, тј. потписивање међународног уговора између ЕУ, држава чланица ЕУ и држава уговорница КЕП-а које нису чланице ЕУ. На тај начин би овај суд добио ексклузивну надлежност за решавање спорова и у вези са европским патентом.

Међутим, Европски суд правде је у мишљењу од 8. марта 2011. заузео став да овај предлог задире у овлашћења која су Уговорима поверена институцијама ЕУ и државама чланицама које су кључне за очување саме природе комунитарног правног поретка. У образложењу се наводи да овакво решење није у сагласности са Уговорима из најмање два разлога. Прво, на овај начин би правосудним органима држава чланица била ускраћена овлашћења која се односе на тумачење и примену права ЕУ. Друго, сам Суд правде би био лишен надлежности да, у оквиру претходног поступка,²³ одговори на питања националних судова држава чланица у вези са тумачењем одредби комунитарног права.²⁴

Уважавајући мишљење Суда правде, Комисија је, у току 2011. године, изменила и допунила Предлог споразума. Новим предлогом предвиђене су гаранције да ће се судски орган за патенте спорове обрађати Европском суду правде у вези са претходним питањем, на исти начин на који то чине национални судови држава чланица. Осим тога, првобитним предлогом о оснивању Суда за европски и унитарни патент било је предвиђено да тај суд буде надлежан и за државе потписнице КЕП-а које нису чланице ЕУ (нпр. Швајцарска, Турска). Након негативног мишљења Европског суда правде, надлежност суда ограничена је само на државе чланице ЕУ.

Будући да Јединствени патентни суд има искључиву надлежност за спорове који се тичу унитарног патента, опасност да се мноштво патентних парница у вези са истим патентом појави у различитим државама чланицама и да се судске одлуке разликују од једне до друге државе требало би да је отклоњена. Осим тога, постојање унитарног патента и јединственог система заштите требало би да доведе до знатног смањења трошкова за мала и средња предузећа и буде подстицај за рад на новим проналасцима који ће бити заштићен патентом који је није скуп, који је високог квалитета и за који је у Европи надлежан један, специјализовани суд.²⁵

23 Поступак доношења прелиминарне, претходне, прејудисијелне одлуке Европског суда правде.

24 Ј. Ђеранић, „Предлог новог система заштите проналазака у ЕУ – патент Уније“, *Право и Привреда*, бр. 7-9/2012, стр. 369-370.

25 А. Pompidou, „Un brevet unique permettra à l' Union européenne d'être plus compétitive“, доступно на адреси: http://www.robert-schuman.eu/entretien_europe.php?num=55, 22.3.2013.

Када је реч о седишту суда, после више месеци преговора, председници држава и влада држава чланица ЕУ су, 29. јула 2012, постигли компромис.²⁶ Предвиђено је да седиште првостепеног суда буде у Паризу, а његови специјализовани огранци у Лондону и Минхену.²⁷

III Измене и допуне Уредбе о унитарном патенту

Састанак шефова држава и влада земаља чланица ЕУ од 29. јуна 2012, поред споразума о седишту суда, остаће запамћен по једној одлуци која је потпуно променила редован ток поступка успостављања заштите унитарним патентом и чија се законитост и данас доводи у питање. Тога дана, под притиском британске владе, Европски савет одлучио је да се Предлог уредбе о унитарном патенту измени у смислу да се из његове садржине уклони неколико одредби које се тичу надлежности Европског суда правде. Будући да је таква одлука наишла на оштро противљење Европског парламента, уместо поменутих чланова, као нека врста компензације, усвојен је амандман на уредбу.

1. Улога Европског суда правде у патентном систему ЕУ

Предлогом уредбе о унитарном патенту предвиђена је надлежност Европског суда правде за повреде чланова 6, 7 и 8. Члан 6 се односи на директне повреде унитарног патента, члан 7 на индиректне повреде и члан 8 на ограничења права добијених на основу унитарног патента. Дакле, реч је о члановима којима је одређен минимум заједничког материјалног права унитарног патената.

а) Искључење Европског суда правде из националног система ЕУ

Одлуку да се Уредба о унитарном патенту измени како би се из њеног садржаја уклониле одредбе које се тичу надлежности Европског суда правде Европски савет је образлагао тиме да се идентичне одредбе налазе у Предлогу споразума о јединственом патентном суду. Европски савет се на овај корак одлучио под утицајем британске владе која се одувек залагала за то да Европски суд правде буде у потпуно-

26 Француска, Велика Британија и Немачка, дуго нису могле да се договоре да ли ће седиште бити у Паризу, Лондону или Минхену јер земља у којој је седиште успостављено, осим економске користи, ужива и углед у свету иновација (као Лондон у свету финансија или силиконска долина у области истраживања и развоја).

27 Огранак у Минхену ће бити надлежан за спорове у вези са механичким инжењерингом, а огранак у Лондону за спорове који се тичу фармацеутских производа.

сти изопштен из правосудног патентног система ЕУ. Велика Британија је сматрала да би додела надлежности Суду правде могла би да доведе до нежељених последица, нпр. да одлуке доносе судије које нису специјалисти за патентно право, да се касни са доношењем одлука, да се појаве додатни трошкови итд. Уколико Европски суд правде буде део будућег правосудног патентног система, доводи се у питање сврха постојања специјализованог Јединственог патентног суда.²⁸

б) Законитост одлуке Европског савета?

Одлука Европског савета из јуна 2012. године наишла је на оштро противљење не само у научним и стручним круговима, већ и међу посланицима Европског парламента. Законитост ове одлуке спорна је из више разлога.

Најпре, правни основ за успостављање заштите унитарним патентом представља члан 118, став 1 Уговора о функционисању ЕУ. Овим чланом је предвиђено да: „У оквиру успостављања и функционисања унутрашњег тржишта, Европски парламент и Савет, одлучујући у складу са редовним законодавним поступком, утврђују мере у вези са оснивањем европских тела у циљу обезбеђења униформне заштите права интелектуалне својине у Унији и успостављања централизованог система ауторизације, координације и контроле на нивоу Уније.“ Дакле, овај члан представља правну основу за мере које се тичу оснивања европских тела како би се осигурала униформна заштита права интелектуалне својине на територији ЕУ. Уколико се Предлог уредбе измени у смислу да се из његове садржине избришу чланови 6-8, поставља се питање да ли онда члан 118, став 1 Уговора може да представља правни основ уредбе.

Уколико не постоје чланови 6-8, не може се говорити о праву интелектуалне својине ЕУ којим се обезбеђује униформна заштита. Уклањањем ових чланова самим државама чланицама остављено је да националним законима одреде права титулара европског патента са дејством на територији целе Уније. С обзиром на то да свака држава може да материјализује заштиту на другачији начин, унитарно дејство те заштите биће угрожено.²⁹

Затим, Споразум о јединственом патентном суду је споразум закључен између држава чланица, тј. међудржавни споразум. С обзиром

28 „Why the European Council has killed any workable EU patent?“, доступно на адреси: <http://unitary-patent.eu/content/why-european-council-has-killed-any-workable-eu-patent>, 25.3.2013.

29 *Ibid.*

на то да ЕУ, као таква, није потписница споразума, он не представља део правних тековина ЕУ. Будући да се споразум налази изван правног оквира ЕУ, Европски суд правде неће бити надлежан ни по једном питању које се тиче патентног права, тј. неће постојати могућност да се провери да ли су одлуке новог специјализованог суда у складу са правом ЕУ.³⁰

На послетку, самим Уговором предвиђено је да Европски савет даје неопходне подстицаје Унији за њен развој и утврђује њену општу политичку оријентацију и приоритете, али не врши законодавну функцију.³¹ Дакле, одлуком да се Предлог уредбе измени како би се из његовог садржаја уклонили чланови 6–8, Европски савет је прекорачио своја овлашћења. „Намеће се питање да ли овај потез Европског савета представља преседан или прети да постане пракса? Другим речима, да ли Европски савет, као један утицајан орган, али политички, не законодавни орган, који окупља двадесет седам шефова држава или влада држава чланица ЕУ, намерава да настави да прекорачује овлашћења и да сваки пут, под притиском неке државе или интересне групације, незаконито мења одлуке Савета министара и Европског парламента. Чини се да постоји тенденција да Европски савет преузима све више овлашћења која му не припадају на основу Уговора ЕУ, чиме се отвара Пандорина кутија у области права ЕУ.“³²

в) Одлајање гласања о Уредби о унијарном јединици

Европски парламент је на заседању 2. јула 2012. најоштрије осудио овакав начин мењања садржине уредбе истичући да је ово јединствен пример у историји европских интеграција. Посланици су констатовали да је Европски савет начинио озбиљну повреду не само процедуралне, већ и суштинске природе.³³ Сходно томе, Парламент је једногласно донео одлуку да се гласање о патентном законодавном пакету одложи, а да се предмет врати Одбору за правне послове Европског парламента како би се изјаснио о поступку Европског савета.

30 „Disunion and anti-Europeanism of the European Union with the unitary patent“, доступно на адреси: <http://www.unitary-patent.eu/content/disunion-and-anti-europeanism-european-union-unitary-patent>, 22.3.2013.

31 Чл. 15, ст. 1 Уговора ЕУ.

32 Ј. Перанић, „Предлог јединственог поступка решавања патентних спорова у ЕУ“, *Сврхани јавни живои*, бр. 3/2012, стр. 169.

33 Како је реч о уредби која се доноси у поступку саодлучивања, Савет и Европски парламент, су још у децембру 2011. године договорили садржину овог акта. Стога свака промена садржине текста заправо представља прекид редовног тока законодавног поступка.

Одбор за правне послове је 10. јула 2012. закључио да је потез Европског савета у супротности са редовним законодавним поступком и да представља озбиљан политички преседај.³⁴ Истичући да је тренутни предлог бесмислен и да спречава стварање правог (истинског) унитарног патента, Одбор је донео одлуку да се, на јесен 2012. године, у Парламенту поново отвори расправа о Уредби о унитарном патенту.

2. „Кипарски компромис“

Незадовољство унутар саме ЕУ због незаконите одлуке Европског савета, Кипар (који је председавао ЕУ у другој половини 2012. године) је покушао да ублажи путем амандмана на уредбу. Реч је о амандману број 70, чији се четврти и најзначајнији део, познатији као „кипарски компромис“, односи управо на некадашње чланове 6–8.

„Кипарским компромисом“ предвиђено је упућивање на одредбе националних законодавстава које се тичу директних и индиректних повреда и изузетака од тога (материја на коју су се односили чланови 6–8). На тај начин, униформно дејство унитарног патента загарантовано је применом једног националног права у зависности од националности подносиоца патента, а униформност између свих унитарних патената почива на хармонизацији одредби националних законодавстава. Предвиђено је такође да одредбе националних законодавстава буду хармонизоване у складу одредбама Споразума о јединственом патентном суду.

„Кипарски компромис“ био је предмет критика по више основа.³⁵ Пре свега, избор националног права у зависности од подносиоца патента подразумева одређену неизвесност током трајања патента, јер он може бити продат или пренесен. Затим, хармонизација националних прописа на основу Споразума о јединственом патентном суду оставља одређени степен слободе свакој држави приликом усаглашавања националних прописа са Споразумом. Могло би се закључити да је „кипарски компромис“ само „празна шкољка“³⁶, јер никаква униформна заштита реално није дефинисана. Заштита се мора тражити на другом месту, у националним правима која су хармонизована на основу међународног споразума. На послетку, униформна заштита коју обезбеђује унитарни

34 „Unitary Patent: European Parliament reinstall a democratic procedure. Let's take a part in this!“, доступно на адреси: <http://unitary-patent.eu/content/unitary-patent-european-parliament-reinstall-democratic-procedure-lets-take-part>, 4.4.2013.

35 „Le seigneur des brevets unitaires: un aperçu du vote de plénière du Parlement européen“, доступно на адреси: <http://www.unitary-patent.eu/fr/content/le-seigneur-des-brevets-unitaires-un-apercu-du-vote-de-pleniere-du-parlement-europeen>, 27.3.2013.

36 *Ibid.*

патент није утврђена у редовном законодавном поступку ЕУ (поступак саодлучивања Европског парламента и Савета), већ је дефинисана прописима изван ЕУ, прописима Јединственог патентног суда.

Дакле, овај амандман није допринео већој усклађености Уредбе о унитарном патенту са чланом 118 став 1 Уговора о функционисању ЕУ. Међутим, овим амандманом остварен је давнашњи британски циљ успостављања тзв. микрокосмоса патената: Европски суд правде није овлашћен да одговара на претходна питања која се тичу повреде патената, тј. искључен је из система за решавање патентних спорова.³⁷

IV Усвајање патентног законодавног пакета

Савет је 10. децембра 2012. одобрио патентни законодавни пакет, те се он 11. децембра 2012. нашао пред Европским парламентом. Да би Парламент приступио гласању, било је неопходно да се Европски суд правде изјасни поводом тужбе Шпаније и Италије у вези са законитошћу покретања ближе сарадње у области стварања заштите унитарним патентом.

1. Мишљење општег правозаступника Европског суда правде

Дана 11. децембра 2012. општи правозаступник Европског суда правде је пред Европским парламентом изнео своје мишљење о поменутој тужби, осврнувши се на сваки од аргумента који је наведен.³⁸

Пре свега, што се тиче аргумента да Савет није овлашћен да доноси одлуку о покретању ближе сарадње, јер стварање заштите унитарним патентом спада у искључиве надлежности ЕУ (правила конкуренције), истакнуто је да права која произилазе из патента утичу на трговину и односе конкуренције на тржишту, али да не спадају у правила конкуренције. Правну основу за успостављање европског права интелектуалне својине представља део Уговора који се тиче успостављања и функционисања унутрашњег тржишта, а унутрашње тржиште спада у подељене надлежности између ЕУ и држава чланица.

У тужби је наведено да је ближа сарадња незаконита јер је Савет злоупотребио своја овлашћења. Уговорима је предвиђено да ближа сарадња мора тежити циљевима Уније, заштити њених интереса и јачању интеграционог процеса. Успостављање механизма ближе сарадње инспирисано је растућом хетерогеношћу међу државама чла-

37 *Ibid.*

38 Доступно на адреси: <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-12/cp120163en.pdf>, 5.4.2013.

ницама у смислу њихових различитих интереса и специфичних потреба. Због немогућности да се постигне једногласност у вези са режимом превођења, Савет је одобрио покретање ближе сарадње и на тај начин само искористио средства на која му, на основу Уговора, стоје на располагању. Стога је и овај аргумент одбачен као неоснован.

Шпанија и Италија су навеле да је ближом сарадњом повређена одредба према којој се ближа сарадња може покренути само као *ultima ratio* када се предвиђени циљеви не могу постићи у разумном временском периоду од стране ЕУ као целине. Будући да Уговори не дефинишу ни услов „последње средство“ ни концепт разумног временског периода, *ultima ratio* не подразумева нужно да је на гласању законодавни предлог одбачен, већ се пре односи на ситуацију када дође до застоја у некој фази законодавног поступка. С обзиром на овлашћења Савета, он најбоље може да процени да ли се сагласност свих држава може постићи на време. Стога Савет има широко дискреционо право да одреди да ли је ближа сарадња покренута као последње средство пошто циљеви не могу да буду постигнути у разумном периоду од стране ЕУ као целине. Дакле, Суд мора да се ограничи само на испитивање да ли је Савет пажљиво размотрио све релевантне околности. Савет, у конкретном случају, с обзиром на године неплодне дискусије, није направио очигледну грешку у процени, те је и овај аргумент одбачен као неоснован.

У тужби се такође наводи да унитарни патент наноси штету унутрашњем тржишту и економској, социјалној и територијалној кохезији, представља препреку и дискриминацију трговини између држава чланица и доприноси нелојалној конкуренцији. Међутим, одлука којом се одобрава покретање ближе сарадње само дефинише процедурални оквир унутар кога ће други акти бити усвајани. Стога судско разматрање одлуке о одобрењу ближе сарадње не треба мешати са актима који ће касније бити донети.

На крају, када је реч о наводној повреди обавезе да се поштују права и обавезе држава чланица које не учествују у ближој сарадњи (према ставу шпанске владе, на основу уредбе режим превођења обавезује државе чланице које не учествују у ближој сарадњи да се одрекну својих права на превод патентних спецификација на свој језик зато што такав превод нема никаквог дејства на њиховој територији), ни овде питање режима превођења није услов који одређује пуноважност одлуке којом се одобрава ближа сарадња.

Дакле, општи правозаступник је предложио Европском суду правде да одбаци тужбе. Иако његово мишљење није обавезујуће за Суд, у већини случајева Суда га уважава. Европски суд правде још није донео пресуду поводом тужбе Шпаније и Италије, али се очекује да ће поступити у складу са мишљењем општег правозаступника.

2. Ступање на снагу и почетак примене патентног законодавног пакета

Након мишљења општег правозаступника, Европски парламент је 11. децембра 2012. одобрио патентни законодавни пакет. Уредбе су објављене 31. децембра 2012. у Службеном листу ЕУ, а ступиле су на снагу 20. јануара 2013. Међутим, уредбе ће почети да се примењују тек од 1. јануара 2014. или од датума ступања на снагу Споразума о јединственом патентном суду, у зависности који од тих датума наступи касније.

Споразум о јединственом патентном суду потписан је 19. фебруара 2013.³⁹ и ступиће на снагу чим га ратификује тринаест држава, укључујући Француску, Немачку и Уједињено Краљевство. Очекује се да ће Јединствени патентни суд почети са радом почетком 2015. године.

Шпанија је у марту 2013. године опет поднела тужбу Суду правде против две уредбе о унитарном патенту. Овога пута Италија, која је потписала Споразум о јединственом патентом суду, није јој се придружила. Да ли ће и на који начин ова тужба утицати на почетак примене уредби о унитарном патенту остаје да се види.

V Закључна разматрања

Иако су Савет и Европски парламент усвојили су тзв. патентни законодавни пакет у децембру 2012. године, а уредбе о унитарном патенту ступиле на снагу у јануру 2013. године, чини се да је будућност унитарног патента и даље је неизвесна. Усвајање тзв. патентног законодавног пакета изазвало је оштре реакције једног дела научне и стручне јавности. Истиче се да унитарни патент, на начин на који је конципиран, неће смањити трошкове заштите, да ће повећати правну несигурност (јер унитарна заштита почива на одредбама националног законодавства), те да се европска предузећа неће опредељивати за заштиту унитарним патентом.⁴⁰ Осим тога, Шпанија је поново поднела две тужбе Европском суду правде, те остаје да се види да ли ће и на који начин те тужбе утицати на примену унитарног патента.

Неспорно је да унитарни патент има доста недостатка и да поједина решења остављају простора за расправу. Међутим, не може се чекати да све државе чланице и све интересне групе буду у потпуности

39 Споразум су 19. фебруара 2013. потписале двадесет четири државе, а 8. марта 2013. Бугарска као двадесет пета. Пољска и Шпанија нису потписале Споразум, али могу да се прикључе Споразуму касније.

40 „Le seigneur des brevets unitaires: un aperçu du vote de plénière du Parlement européen“, доступно на адреси: <http://www.unitary-patent.eu/fr/content/le-seigneur-des-brevets-unitaires-un-apercu-du-vote-de-pleniere-du-parlement-europeen>, 27.3.2013.

задовољене. Након четрдесет година ипак је усвојено решење које можда није идеално, али које несумњиво представља напредак у односу на систем заштите предвиђен европским патентом и којим се јача конкурентски положај ЕУ на светском тржишту.

Све у свему, судбину унитарног патента је и даље тешко предвидети. Чини се да је покушајима да се пресече Гордијев чвор у вези са режимом превођења (преласком на ближу сарадњу), заједно са успостављањем независног правосудног система за патентне спорове (заобилажењем Европског суда правде), заправо отворена Пандорина кутија у области стварања заштите унитарним патентом.⁴¹ Стога овај значајан пројекат успостављања јединственог система заштите проналазака унитарним патентом све више подсећа на „Чекајући Годо“.

Jelena ĆERANIĆ, PhD

**Assistant Professor at the Faculty of Law of the University of Banja Luka
Research Associate at the Institute of Comparative Law in Belgrade**

UNITARY PATENT – EUROPEAN PATENT WITH UNITARY EFFECT

Summary

The paper deals with the new unitary patent which is indeed considered as a classic European patent with unitary effect. After introductory notes with regard to the reasons and the procedure of the establishment of the unified system of patent protection in Europe, the first part of the article is dedicated to the unitary patent package consisted of three components: Regulation of the European Parliament and of the Council implementing enhanced cooperation in the area of the creation of the unitary patent protection, Regulation of the Council implementing enhanced cooperation in the area of the creation of the unitary patent protection with regard to the applicable translation arrangements and Agreement on a Unified Patent Court. In the second part of the article, the author examines the amendments on the Regulation on unitary patent. The special attention is paid to the legality of the European Council's decision to remove provisions organizing control by the European Court of Justice of litiga-

41 H. Ullrich, „Harmonising Patent Law: The Untamable Union Patent“, у: M.-Chr. Janssens, G. Van Overwalle (eds.), *Harmonisation of the European IP Law: from European Rules to Belgian Law and Practice*, Brussels (Bruylant) 2012, Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper No. 12–03, стр. 57.

tions concerning unitary patents. The third part of the article is devoted to Advocate General's Opinion on the actions brought by Spain and Italy against the Council's decision authorizing enhanced cooperation in the area of the unitary patent and consequently to adoption of the unitary patent package.

Key words: *unitary patent, European patent, European Union, Unified Patent Court, European Court of Justice.*

мр Соња СПАСОЈЕВИЋ
асистент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

МЕЂУНАРОДНА СУДСКА НАДЛЕЖНОСТ У СПОРОВИМА ЗБОГ ПОВРЕДЕ ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ НА ИНТЕРНЕТУ

Резиме

Европски суд правде је 19. априла 2012. године донео пресуду у предмету C-523/10 у којој је одлучио о међународној надлежности суда у случају закупа, односно регистрације кључне речи која је идентична шупем жиу на познатом интернету преживачу Google. Суд је при том проумачио чл. 5, тач. 3 Уредбе 44/2001 о судској надлежности, признању и извршењу пресуда у грађанским и приватним стварима тако да је у спору о повреди националној жиу, која се наводно врши коришћењем кључне речи која је идентична жиу на преживачу сајта чији се национални домен (енл. Top Level Domen) разликује од домена државе важења права, надлежан како суд државе у којој је жиу регистрован, тако и суд државе у којој је шупено предузеће основано, иј. на чијој територији шупени рекламер обавља своју пословну делатност. Аутор ће у раду анализирати ову пресуду и указати на њене последице.

Кључне речи: повреда жиу, међународна судска надлежност, интернет, кључна реч.

I Увод

Интернет као једно од највећих достигнућа савремене информационе технологије не познаје политичке, односно територијалне грани-

це. Из тог разлога правни конфликти у вези са *on-line* продајом и рекламном отварају питање међународне надлежности суда за случај повреде права у вези са том продајом, односно рекламном. Понуда и реклама на интернету су у начелу доступни свуда у свету. С тим у вези, поставља се питање да ли је доступност сајта у једној држави довољан разлог за надлежност суда у овој држави у случају повреде права на интернету и примену релевантних националних прописа. Јер, у том случају, понудилац, односно рекламер би начелно могао да рачуна на тужбу у свим државама и нарочито би морао да води рачуна о националним прописима о заштити потрошача. У вези са овим питањем Европски суд правде је донео две пресуде. Једну у предмету C-585/08, у којој је истакнуто да само доступност вебсајта у држави потрошача још увек не представља „извршење“ неке активности и одредио критеријуме када то извршење (не)постоји. Друга пресуда (у предмету C-509/09) се односи на питање у којим државама ЕУ се може поднети тужба за надокнаду целокупне штете када се у *on-line* часопису објави чланак или слика којима се вређа нечије лично право.

Међународна надлежност судова ЕУ за оцену повреде права интелектуалне својине регулисана је, између осталог, у чл. 5, тач. 3 Уредбе 44/2001.¹ Овај пропис оставља тужиоцу могућност избора подношења тужбе суду државе на чијој територији је штетна последица наступила или прети да настане.² Европски суд правде је имао прилику да тумачи овај пропис поводом повреде жига на интернету у предмету C-523/10.³ Пресуду Суда у овом предмету ћемо анализирати у даљем делу рада и указати на њене последице.

II Чињенично стање

„*Wintersteiger*“ је предузеће са седиштем у Аустрији, које се бави производњом и међународном продајом машина за сервисирање скија и сноубордова, укључујући резервне делове и прибор. Ово предузеће је 1993. године у Аустрији регистровало жиг *Wintersteiger*. Предузеће

1 Текст Уредбе 44/2001 о судској надлежности, признању и извршењу пресуда у грађанским и трговачким стварима је доступан на адреси: <http://www.eur-lex.europa.eu>. Сходно принципима аутономије и јединства, Уредба 207/2009 о комунитарном жигу (раније Уредба 40/94) у чл. 97 садржи правила за одређивање надлежности суда за случај повреде комунитарног жига.

2 Према пресуди Европског суда правде у вези са чл. 5, тач. 3 Уредбе 44/2001 у предмету C-21/76 под местом у коме је штетна последица наступила подразумева се како место у коме је предузета штетна радња, тако и место у коме је штета наступила (тзв. принцип уиквитета).

3 Текст ове пресуде је доступан на адреси: <http://www.lexetius.com/2012,1227>.

„Products 4U“, које има седиште у Немачкој, такође се бави развојем и продајом машина за сервисирање скија и сноубордова. Осим тога оно продаје прибор за машине других произвођача, нарочито оне које производи *Wintersteiger*. Овај прибор, који „Products 4U“ означава као „*Wintersteiger – Zubehör*“, не потиче из предузећа „*Wintersteiger*“, нити садржи његово овлашћење на такво означавање. Као и „*Wintersteiger*“ и „Products 4U“ продаје робу у целом свету, нарочито у Аустрији.

Предузеће „Products 4U“ је од 1.12.2008. године закупило, односно регистровало појам *Wintersteiger* као кључну реч („AdWord“) на интернет претраживачу *Google* у циљу рекламирања свог пословања. Овај закуп је био ограничен на немачки национални домен (енгл. *Top Level Domain*), тј. на сајт „*google.de*“. После уношења кључне речи *Wintersteiger* у претраживач на сајту *google.de*, као први резултат појављивао се линк који је водио до сајта предузећа „*Wintersteiger*“. Осим тога, на десној ивици екрана појављивала се под насловом огласи (нем. *Anzeige*) реклама немачког предузећа. Текст овог огласа је био подвучен, при чему је реч „*Skiwerkstattzubehör*“ (срп. прибор за ски радионицу) посебно била наглашена у плавој боји. Даље у два реда стајале су речи „*Ski und Snowboardmaschinen*“ (срп. машине за скије и сноубордове) као и „*Wartung und Reparatur*“ (срп. одржавање и поправка). У последњем реду огласа зеленим словима је била исписана интернет адреса немачког предузећа. После клика на реч „*Skiwerkstattzubehör*“, појављивала се понуда „*Wintersteiger-Zubehör*“ на сајту немачког предузећа. Оглас на сајту *google.de* није садржао указивање да између аустријског и немачког предузећа не постоје привредне везе.

Аустријско предузеће је у регистрацији кључне речи „*Wintersteiger*“, односно постављању огласа на сајту *google.de* видело повреду свог жига и поднело тужбу аустријском суду, позивајући се на чл. 5, тач. 3 Уредбе 44/2001. Наиме, сајт *google.de* је на немачком језику и доступан је у Аустрији. Немачко предузеће је са друге стране оспорило међународну надлежност аустријског суда и, уопште, повреду аустријског жига, уз образложење да је сајт *google.de* искључиво намењен немачким корисницима. Спор је доспео до Врховног суда који је имао сумњу у претпоставке под којима реклама услед примене кључне речи која је идентична аустријском жигу на интернет претраживачу под немачким националним доменом „*de*“ представља основ за надлежност аустријског суда да у смислу чл. 5, тач. 3 Уредбе 44/2001 одлучује о повреди аустријског жига. Овај Суд је из тог разлога прекинуо поступак који је пред њим покренут и Европском суду правде поставио два питања:

1. Да ли се формулација „место на коме је штетни догађај наступио или прети да наступи“ у чл. 5, тач. 3 Уредбе 44/2001 у случају наводног

задирања у жиг државе суда услед примене (од стране лица настањеног у другој држави) кључне речи која је идентична жигу на интернет претраживачу, који своје услуге нуди под различитим националним доменима, тумачи тако да:

- а) основ за надлежност је коришћење кључне речи на претраживачу сајта чији се национални домен поклапа са државом суда, или
- б) основ за надлежност је једино чињеница да је сајт претраживача, на коме се користи кључна реч, доступан у држави суда,
- в) поред доступности сајта, основ за надлежност су и други захтеви?

2. Ако суд потврдно одговори на питање под в, друго питање било је под којим критеријумима се одређује да ли примена жига државе суда као кључна реч на претраживачу сајта који је регистрован под другим националним доменом у односу на државу суда представља основ за надлежност у смислу чл. 5, тач. 3 Уредбе 44/2001?

III Из образложења пресуде

Европски суд правде је, приликом разматрања предмета, позивајући се на пресуду „*eDate Advertising*“ у предмету C-509/09, најпре указао на то да се посебна надлежност у смислу чл. 5, тач. 3 Уредбе 44/2001 заснива на томе да између спора и суда места на коме је штетни догађај настао, постоји нарочита уска веза која „(...) из разлога уређеног правосуђа и стручног извођења процеса оправдава надлежност овог суда“.⁴ Суд је, позивајући се на исту пресуду, даље истакао да се под синтагмом „место, на коме је штетна последица наступила или прети да настане“ у смислу чл. 5, тач. 3 Уредбе 44/2001 мисли како место наступања штетне последице, тако и место у коме је штетна радња учињена, тако да оштећени може да бира једно од ова два места за подношење тужбе. Што се тиче места наступања штетне последице, у цитираној пресуди („*eDate Advertising*“) је истакнуто да у случају повреде личних права на интернету (у конкретном случају објављивањем садржаја у *on-line* издању часописа), лице чије је лично право повређено има могућност да поднесе тужбу за надокнаду целокупне штете суду државе у којој се налази средиште његових интереса. Међутим, у пресуди је посебно истакнуто да се ово правило не може примењивати за одређивање судске надлежности у случају повреде права индустријске својине. Наиме, за разлику од личних права која су заштићена у свим државама, дејство

4 Пресуда „*eDate Advertising*“ у предмету C-509/09 је доступна на адреси: <http://www.lexetius.com/2011,4975>.

националног жига је ограничено на територију државе у којој је жиг регистрован. Другим речима, власник жига по правилу не може уживати заштиту ван територије важења права.

Уважавајући начела која су истакнута у пресуди „*eDate Advertising*“ Европски суд правде је с правом истакао да постојање повреде националног жига, у случају коришћења знака који је идентичан заштићеном, у рекламне циљеве на сајту чији се национални домен разликује од домена државе важења права, је питање основаности тужбе, о коме одлучује надлежни суд применом свог материјалног права. У том смислу, пре него што је одговорио на постављена питања, Суд се позвао на пресуде у предметима C-236/08 и C-324/09, у којима је истакнуто да је суд државе регистрације жига у најбољем положају да оцени постојање повреде права и да одлучи о захтеву за надокнаду целокупне штете. Позивајући се на све напред наведено, Суд је коначно закључио да у спору о наводној повреди националног жига, која се врши коришћењем кључне речи која је идентична регистрованом жигу на претраживачу сајта, чији се национални домен разликује од домена државе важења жига, тужба може поднети суду државе регистрације жига.

Што се тиче надлежности према месту предузимања штетне радње, Суд објашњава да закуп, односно регистрација кључне речи од стране рекламера представља меродавну радњу, односно меродавно узрочно дешавање. Суд се при том позвао на своју пресуду из 2010. године (у предмету C-236/08) у којој је одлучио да не *Google*, него рекламер закупом кључне речи на овом претраживачу користи туђи жиг у пословном промету, иако се закуп врши на серверу *Google*-а. По мишљењу Суда место сервера не може бити место извршења штетне радње, пошто је нејасно где се он налази. У том смислу, Суд је одлучио да је место предизимања штетне радње место у коме је тужено предузеће основно, тј. на чијој територији обавља пословну делатност, што представља основ за надлежност суда државе у којој се то место налази.⁵

IV Основи одређивања међународне надлежности суда

Деведесетих година прошлог века, као последица све учесталије повреде старијих жигова путем интернет адреса, заинтересовани кру-

5 Нем. „(...) *die Gerichte des Mitgliedstaats, in dem die Marke eingetragen ist, oder die Gerichte des Mitgliedstaats, in dem der Werbende niedergelassen ist, angerufen werden können*“; енгл. „*the courts of the Member State in which the trademark is registered or the courts of the Member State of the place of establishment of the advertiser*“. Више о појмовима „*Wohnsitz*“ и „*Niederlassung*“ вид. Christian Hopf, „*Internationale Zuständigkeit und Kognitionsbefugnis bei der Verletzung von Gemeinschaftsmarken und -geschmacksmustern*“, *MarkenR*, бр. 06/2012, стр. 231-232.

гови су покушавали да реформишу, односно унапреде постојећи систем регистрације интернет адреса. Циљ је био да се смањи могућност конфликта између старијих жигова и интернет адреса, односно, ако до конфликта дође, да се обезбеди ефикасан и економичан систем за њихово разрешавање.⁶ У том смислу 1999. године на иницијативу Светске организације за интелектуалну својину је објављен „Коначан извештај о WIPO процесу који се односи на интернет адресе.“⁷ Имајући у виду тему нашег рада, од значаја су два предлога из овог документа:

- Требало би да се установи *on-line* систем за вансудско решавање спорова између титулара старијих права и носиоца интернет адресе. Спорови би се решавали на нивоу организације за регистровање интернет адреса, уз помоћ овлашћених неутралних стручњака.
- Уколико се спор не може решити *on-line*, месно би био надлежан суд у држави у којој носилац интернет адресе има пребивалиште или седиште, или у којој се налази организација за регистрацију интернет адреса.⁸

Предложени систем вансудског решавања спорова *on-line*, који не искључује могућност тражења судске заштите пред националним судом, односи се не само на проблем колизије жигова и интернет адреса, већ и на проблем повреде жигова на интернету уопште.⁹

Када је у питању судска заштита, према правилу опште месне надлежности, за тужбу је надлежан суд на чијем подручју тужени има пребивалиште, односно седиште (лат. *actor sequitur forum rei*). Као образложење овог правила, износи се схватање да у правном поретку постоји претпоставка да субјективна права нису повређена.¹⁰ Тужилац ту претпоставку обара. Међутим, за одређене врсте спорова национални и наднационални прописи предвиђају надежност другог суда, а не оног на чијем подручју тужени има пребивалиште или седиште. Тако, спор по тужби за надокнаду вануговорне штете се може водити и пред судом на чијем је подручју штетна радња учињена или на чијем је

6 Слободан Марковић, „Интернет адресе у светлу жиговног права и права сузбијања нелојалне конкуренције“, у: Драгољуб Стојановић (ур.), *Србија и евројско љправо*, књига IV, Крагујевац, 1999, стр. 309.

7 Детаљно о овом извештају вид. Annette Kur, „Neue Perspektiven für die Lösung von Domainnamen-Konflikten: Der WIPO-Interim Report“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil*, бр. 3/99, стр. 212–219.

8 С. Марковић, *нав. чланак*, стр. 310–311.

9 С. Марковић, *нав. чланак*, стр. 311.

10 Боривоје Познић, Весна Ракић Водинелић, *Грађанско љпроцесно љправо*, 16. издање, Београд, 2010, стр. 94.

подручју штетна последица наступила (лат. *forum delicti commissi*). Ова надлежност има за сврху да оштећеном олакша доказивање, пошто се доказна средства најчешће налазе на том подручју. Управо је ова врста надлежности предвиђена у чл. 5, тач. 3 Уредбе 44/2001. Радње повреде жига су без сумње недозвољене радње у смислу ове одредбе.¹¹ Дакле, тужилац може да бира да ли ће тужбу поднети суду на чијем је подручју штетна радња учињена или суду на чијем подручју је наступила штетна поседица.

У пресуди „*eDate Advertising*“ на коју се Европски суд правде позвао у спору који је предмет нашег интересовања, прецизирано је да код повреде личних права у *on-line* часописима штетна последица наступа у свакој држави. Наравно, когниционо овлашћење суда је ограничено на штету која је настала у држави суда. Тужбу за надокнаду целокупне штете оштећени једино може да поднесе суду на чијем подручју тужени има седиште. Ова уобичајена пракса је кратко модификована у спору због повреде личних права на интернету у пресуди „*eDate Advertising*“: целокупну штету (тј. штету која је настала у целом свету) тужилац може да захтева не само пред судом на чијем подручју тужени (штетник) има пребивалиште (седиште), него, такође, и у месту „где се налази средиште његових значајних интереса“. Ово је заправо фикција, у смислу да оштећеном треба дозволити да у уобичајеном месту свог боравка ликовидира целокупну штету. Своју пресуду Европски суд правде је правдао разлозима уредног правосуђа, пошто суд у овом месту најбоље може да оцени дејство садржаја објављеног на интернету на лично право тужиоца.

V Специфичности повреде права интелектуалне својине

Пракса коју је Европски суд правде поставио у пресуди „*eDate Advertising*“ односи се на деликтне радње на интернету којима се вређају лична права. Остало је, пак, отворено питање одређивања надлежности суда у случају повреде права интелектуалне својине на интернету. Наиме, разлика која је у смислу чл. 5, тач. 3 Уредбе 44/2001 направљена између штетне радње и последице не може се пренети на права интелектуалне својине.¹² Повреда права интелектуалне својине врши се задирањем у овлашћења која чине садржину права. Другим речима, треће лице користи предмет заштите (проналазак, ауторско дело, знак заштићен жигом) без сагласности власника права. Већ кроз саму радњу

11 Rebekka Hye-Knudsen, *Marken-, Patent- und Urheberrechtsverletzungen im europäischen Internationalen Zivilprozessrecht*, Tübingen, 2005, стр. 63.

12 С. Норф, *нав. чланак*, стр. 234.

коришћења власник права трпи штету, без обзира да ли се она може конкретно изразити цифрама. За разлику од стварног права, код права интелектуалне својине не постоји разлика између места на коме је предузета радња повреде и места на коме је наступила штетна последица.¹³

Једна од одлика права интелектуалне својине, јесте да се место радње повреде права и место наступања штетне последице поклапају.¹⁴ Повреда права врши на месту где се неовлашћено користи предмет права. Пример за то су, између осталог, жигови. Према чл. 5 Директиве 89/104 жиг гарантује власнику право да трећем лицу забрани да без његове сагласности користи у пословном промету знак који је идентичан жигу, за производе или услуге које су идентичне онима на које се жиг односи. Радња повреде која је меродавна за чл. 5, тач. 3 Уредбе 44/2001 је, дакле, употреба знака у пословном промету.¹⁵ Тиме је деликтна радња остварена потпуно. Другим речима није потребно да наступи неки други резултат, као последица деликтне радње.

Друга карактеристика формалних права интелектуалне својине је ограничено важење права на територију државе чији је надлежни орган признао и регистровао односно право. То даље значи, да само радња предузета на територији важења права може имати за последицу његову повреду. Само на територији важења права могу, дакле, постојати места предузимања радњи које су од значаја за заснивање надлежности суда. Из тог разлога, Европски суд правде, с правом одбија да пренесе начела која је развио у пресуди „eDate Advertising“, а која се односе на повреду личних права на интернету, на права интелектуалне својине. За разлику од личних права, која уживају заштиту свуда у свету, заштита формалних права интелектуалне својине ограничена је на територију важења права. Место пребивалишта, односно седишта оштећеног власника права у том случају нема никакву улогу.

У предметном поступку, тужилац је поднео тужбу за заштиту жига који је регистрован (тј. који важи) у Аустрији. Претпоставка за надлежност аустријског суда је да је радња повреде предузета на територији важења права. Као што смо већ истакли, код права интелектуалне својине у које спадају и жигови последица повреде наступа увек у држави у којој се неовлашћено користи предмет права. У случају коришћења жига као кључне речи на интернету тешко је, пак, локализовати место коришћења. Аустријски Врховни суд је у том смислу у закључку своје одлуке понудио три алтернативне могућности за одређивање овог места. Као прво, надлежност домаћег суда може зависити од тога да ли се

13 С. Норф, *нав. чланак*, стр. 234.

14 Ово је владајуће схватање у литератури. Наведено према R. H. Knudsen, *нав. дело*, стр. 70.

15 Constantin Kurtz, *Grenzüberschreitender einstweiliger Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht*, Göttingen, 2004, стр. 199.

национални домен претраживача поклапа са доменом државе важења права. Преко националног домена претраживача рекламер, као купац и корисник кључне речи, заправо разјашњава да његова реклама објективно није усмерена на друге државе. Са друге стране, с обзиром на глобални карактер интернета, чиста доступност вебсајта у држави важења права могла би бити довољна за заснивање надлежности судова у тој држави. Како се технички доступност једног сајта не може ограничити у другим државама, ово решење би за последицу имало светску забрану коришћења као кључне речи знака који је у једној држави регистрован као жиг. Сваки рекламер морао би пре купца кључне речи, односно постављања огласа да спроведе међународно истраживање, у циљу избегавања повреде жига.¹⁶ Из тог разлога аустријски Врховни суд се определио за треће решење. Имајући у виду немачку и швајцарску судску праксу, овај суд захтева, поред доступности сајта, и друге везе рекламе са државом важења права. Одлучујуће при том може бити, језик на коме је сајт објављен као и питање да ли стране у спору на тржишту земље важења права стоје једна са другом у конкуренцији.

VI Одређивање места наступања штетне последице

Европски суд правде је очигледно пропустио прилику да у предметном спору одреди критеријуме за одређивање места наступања штетне последице у смислу чл. 5, тач. 3 Уредбе 44/2001. Без размишљања о могућим последицама, као место наступања штете Суд одређује државу у којој је спорно право регистровано. То значи да судови државе у којој је спорно право регистровано имају свеопшту надлежност за радње предузете било где у свету, независно од тога да ли ова радња уопште има неко дејство у тој земљи и да ли на тај начин може представљати основ за задирање у домаће право (овде право жига). Не треба наравно изгубити из вида да је међународна надлежност домаћих судова независна од стварне повреде жига. Напротив, неопходна је и довољна тврдња тужиоца да је извршена повреда права у држави суда. Да ли она стварно постоји питање је основаности тужбе. Наравно, суд није везан сваком апсурдном тврдњом тужиоца, већ је овлашћен (и по службеној дужности) да преиспита претпоставке своје надлежности с обзиром на убедљиве и релевантне околности које једна страна предложи.¹⁷ У том смислу, код права интелектуалне својине најмање треба захтевати да се

16 Christian Berger, „Die internationale Zuständigkeit bei Urheberrechtsverletzungen in Internet – Websites aufgrund des Gerichtsstandes des unerlaubten Handlung nach Art. 5 Nr. 3 EuGVO“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil*, бр. 6/2005, стр. 465–467.

17 Видети пресуду Европског суда правде у предмету 38/81. Текст пресуде је доступан на адреси: <http://www.eur-lex.europa.eu>.

аргументовано тврди да је почињена радња повреде права. У супротном, постојаће међународна надлежност за радње предузете ван државе важења права. У конкретном случају, за разлику од формулације Европског суда правде, основ за надлежност је (између осталог) доступност вебсајта чији се домен разликује од домена државе суда, а не околност да је тиме наводно извршена повреда права које је регистровано у држави суда. Ова околност (мисли се на регистрацију права) је, с обзиром на принцип територијалности неопходан, али никако довољан услов за надлежност домаћих судова. Ово нарочито важи за повреде жига учињене ван интернета и ван територије важења права. Другим речима, аустријски суд не може бити надлежан за радње повреде жига предузете у Немачкој ван интернета.

VII Место извршења радње повреде права

Место извршења радње повреде права је такође основ за заснивање надлежности у смислу чл. 5, тач. 3 Уредбе 44/2001. Према мишљењу Суда у спору који је предмет нашег рада, радња повреде права није појављивање рекламе, већ изазивање, односно стварање техничких услова за појављивање рекламе. Познато је да се радња повреде жига састоји у неовлашћеном коришћењу жига за робу или услуге у пословном промету. У случају рекламе на интернету помоћу кључне речи, по мишљењу Суда радња повреде жига је избор кључне речи која је идентична са туђим жигом од стране вршиоца рекламе, како би корисници интернета имали алтернативу за робу или услуге титулара жига или како би били доведени у заблуду о пореклу робе или услуга.¹⁸

Стварање техничких услова за оглашавања врши се на серверу компаније која је специјализована за рекламирање на интернету. Пошто је место налажења сервера нејасно, оно се по мишљењу Суда не може узети као место на коме је извршена радња повреде жига. Напротив, по мишљењу Суда, место у коме рекламер обавља пословну делатност сматра се као место у коме је одлучено о омогућавању техничког појављивања огласа, пошто се како за тужиоца, тако и за туженог ради о утврђеном, односно установљеном месту, које је подесно да олакша доказивање и одвијање самог поступка.¹⁹ На основу напред изнетог, Суд је извео закључак о надлежности суда државе у којој је тужено предузеће основано, тј. на чијој територији обавља пословну делатност.

18 Видети пресуду Европског суда правде у предмету C-236/08. Текст пресуде је доступан на адреси: <http://www.lexetius.com/2010,575>.

19 Видети ст. 37 пресуде C-523/10.

VIII Закључак

Последица глобалног карактера интернета је немогућност да се радње предузете на интернету ограниче само на национално подручје једне или више одређених држава. Имајући то у виду, као и принцип територијалности већине права интелектуалне својине, Европски суд правде је пропустио прилику да у предмету C-523/10 одреди критеријуме за одређивање међународне надлежности у споровима због повреде права интелектуалне својине на интернету. Без претходног прецизирања везе *on-line* радње повреде права са домаћом земљом, која је потребна за заснивање међународне надлежности суда, Европски суд правде је донео одлуку о надлежности суда државе регистрације права. Осим тога, пресуда се једним делом не може применити на неформална права интелектуалне својине, у која спадају ауторско право и стицање жига на основу употребе, које познаје немачко право. Очигледно је да ће Европски суд правде морати поново да одлучује да ли је за међународну надлежност суда у споровима због повреде права интелектуалне својине на интернету потребна нарочита веза са земљом регистрације спорног права.

Анализирана пресуда Европског суда правде отвара и питање примене меродавног права од стране аустријског Врховног суда. Наиме, према принципу земље заштите аустријско право жига се примењује само када се заштита тражи за домаћу земљу, тј. када је тужба усмерена против радње повреде која је предузета на територији Аустрије. Имајући у виду принцип земље заштите који лежи у основи чл. 8, ст. 1 Рим 2 Уредбе, остаје отворено питање да ли ће аустријски Врховни суд постављањем нових питања морати да покрене нови поступак претходног одлучивања пред Европским судом правде.

Mag. Sonja SPASOJEVIĆ
Junior Faculty Member at the Faculty of Law University of Kragujevac

INTERNATIONAL JURISDICTION IN DISPUTES RELATED TO THE INFRINGEMENT OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW ON THE INTERNET

Summary

With the judgment in the case C-523/10 European Court of justice has missed an opportunity to establish criteria for determination international jurisdiction in disputes regarding infringement of intellectual property law on the Internet. Without previous refinement of relation between infringements with domestic country, which is necessary for establishment of international jurisdiction, European Court of justice ruled on the jurisdiction of the court for the country that registered rights. In addition, the judgment partly could not be applied to informal intellectual property rights, which include copyright and trademark acquisition based on the use, which are acknowledged in German legislative. On the other side, communitarian trademark is valid for the entire EU territory, and therefore the proceedings regarding lawsuit due to the violation of the law could be conducted in front of the court of the state where the violation took place. All this suggests that Court will have to decide again whether for international court jurisdiction over violation of intellectual property law on the Internet is necessary special link with the country where disputed law is registered.

Key words: *trademark infringement, international jurisdiction, Internet, AdWord.*

Владимир БОРОВАЦ, мастер
студент докторских студија на Правном факултету Универзитета у
Београду

ОПРАВДАНОСТ ЗАШТИТЕ ИНДУСТРИЈСКОГ ДИЗАЈНА РЕЗЕРВНИХ ДЕЛОВА ЗА АУТОМОБИЛЕ И ДРУГЕ СЛОЖЕНЕ ПРОИЗВОДЕ

Резиме

У раду се анализира оправданост заштите индустријског дизајна (у даљем тексту само: дизајн) резервних делова за сложене производе. Аутор, након уводних напомена, истражује развој регулативе Европске уније у области права заштите дизајна и закључује да је заштитна дизајна резервних делова за сложене производе један од кључних инструмената у овој грани права који државе чланице Европске уније не регулишу на јединствен начин. У раду су разматрани аутомобили, као једна врста сложених производа, мада се изведени закључци односе на све сложене производе и њихове резервне делове. Аутор се залаже за став да приликом остављања граница простирања одређеног права, пре свега треба имати у виду циљеве збој којих је то право уведено у правни систем. Применом наведеног приступа, изводи се закључак да дизајн производа који чини саставни део сложеног производа не треба да ужива заштиту ако је он у битној мери одређен дизајном сложеног производа као целине и ако се тај производ користи искључиво да би се поправио сложени производ и успоставио његов првобитни изглед. Заштитна дизајна производа са наведеним карактеристикама нема оправдање, јер води стварању законској монополи на тржишту тих производа у користи произвођача права, што није циљ права заштите дизајна.

Кључне речи: *право интелектуалне својине, право заштите индустријског дизајна, резервни делови, сложени производи, аутомобили.*

I Увод

1. Право заштите индустријског дизајна

Индустријски дизајн (у даљем тексту само: дизајн) је спољашњи, тродимензионални или дводимензионални, изглед индустријског или занатског производа (у даљем тексту само: производ) или његовог дела, који је одређен његовим обликом, бојом, текстуром итд.

Субјективно право заштите дизајна је право које овлашћује свог титулара да привредно искоришћава заштићени дизајн и да забрани другима да то чине. Привредно искоришћавање заштићеног дизајна подразумева индустријску и занатску израду производа у којима је заштићени дизајн одређен, употребу таквог производа у привредној делатности, његово стављање у промет и нуђење ради стављања у промет, као и увоз, извоз, транзит и складиштење таквог производа ради стављања у промет.

Право заштите дизајна у објективном смислу представља скуп правних норми којима је регулисана заштита дизајна. Разлог постојања права заштите дизајна је чињеница да спољашњи изглед неког производа представља значајан чинилац његове атрактивности на тржишту. Наиме, приликом избора између више производа који служе истој сврси, потрошачи воде рачуна о њиховом изгледу и радије се опредељују за производ који сматрају лепшим. Да би се омогућило произвођачима да се кроз атрактивно дизајнирање производа боре за привлачење потрошача, било је неопходно установити систем правних норми којим се лицу које је инвестирало своје ресурсе у стварање одређеног дизајна даје искључиво право да производи и ставља у промет производе у којима је тај дизајн садржан.

Право заштите дизајна је временски ограничено право које се стиче у одговарајућем поступку пред надлежним органом, издавањем решења о признању права и уписом у одговарајући регистар.¹ Да би

1 Према Закону о правној заштити индустријског дизајна Републике Србије (*Службени гласник РС*, бр. 104/2009), право на индустријски дизајн се стиче уписом у Регистар индустријског дизајна и траје 25 година од дана подношења пријаве, под условом да се плаћају прописане таксе за одржавање права (чл. 11). У Републици Србији је Завод за интелектуалну својину надлежан орган пред којим се води поступак за признање права заштите дизајна.

могао да буде заштићен, дизајн мора да буде нов и да има индивидуални карактер. Дизајн је нов ако идентичан дизајн није постао доступан јавности пре дана подношења пријаве за признање тог дизајна и ако не постоји раније поднета пријава за признање идентичног дизајна. Дизајн има индивидуални карактер ако се укупан утисак који оставља на информисаног корисника разликује од укупног утиска који на тог корисника оставља било који претходни дизајн.

Из заштите је искључен дизајн који је искључиво одређен техничком функцијом производа, као и дизајн производа који мора да буде репродукован у свом тачном облику и димензијама, како би се омогућило да буде механички повезан са другим производом, тако да сваки производ може да обавља своју функцију. Спољашње облике оваквих производа није могуће заштити, јер би се њиховом заштитом посредно остварила заштита за производе као такве, а не њихове спољашње облике.

Такође, из заштите је искључен дизајн производа који чини саставни део неког сложеног производа и који није доступан погледу приликом редовне употребе сложеног производа. Уколико потрошачи не могу да виде неки од делова сложеног производа он на њих не може да остави утисак, нити да утиче на естетски доживљај сложеног производа, па нема ни оправдања за заштиту дизајна таквог производа.

Сложени производ је производ који је састављен од више делова који могу да буду замењени и који омогућавају састављање и растављање производа. Дизајн садржан у производу који чини саставни део сложеног производа може бити заштићен уколико карактеристике саставног дела које остају видљиве током редовне употребе сложеног производа испуњавају услове новости и индивидуалног карактера.

2. Заштита индустријског дизајна резервних делова за сложене производе

Када се сложени производ поквари или буде оштећен, настаје потреба да неки од производа који чине саставни део сложеног производа буду замењени. Производ који долази на место оштећеног или поквареног производа називамо резервни део сложеног производа.

С обзиром на то да многи подаци говоре у прилог чињеници да су резервни делови за аутомобиле, као једне врсте сложених производа, значајно скупљи у државама које предвиђају могућност заштите њиховог дизајна,² већ више деценија се води полемика о оправданости

2 Више о разликама у ценама резервних делова за аутомобиле између држава чланице Европске уније које признају заштиту дизајна резервних делова за сложене производе и држава чланица које ту заштиту искључују вид. Комисија Европских

ове заштите.³ Међутим, до данас о овом питању није постигнута општа сагласност. Због тога је питање да ли правном заштитом треба да буде обухваћен дизајн резервних делова за сложене производе, нарочито резервних делова за аутомобиле, једно од питања у праву дизајна које привлачи највећу пажњу.

Напомињемо да се резервни делови за аутомобиле суштински не разликују од резервних делова за друге сложене производе, те да правни режим заштите дизајна резервних делова за све сложене производе треба да буде јединствен. Резервни делови за аутомобиле су у центру пажње дебате о оправданости заштите дизајна резервних делова за сложене производе због чињенице да су аутомобили скупи производи, који се користе релативно дуго и у току коришћења кваре и бивају оштећени, а код којих се корисници радије опредељују за замену дела него куповину новог производа. Због тога је тржиште резервних делова за аутомобиле изузетно велико и ту је „у игри“ велики новац. Режим заштите дизајна резервних делова за аутомобиле је од велике важности за произвођаче аутомобила (као највеће произвођаче резервних делова), осигуравајућа друштва (као највеће купце резервних делова), потрошаче, који су организовани у своја удружења, као и независне произвођаче резервних делова.

Треба истаћи да дизајн многих производа који улазе у састав сложених производа иначе не ужива заштиту. Пре свега, услов за заштиту је да карактеристике саставног дела које остају видљиве током редовне употребе сложеног производа испуњавају услове новости и индивидуалног карактера. Уколико производ у целости није доступан погледу приликом редовне употребе сложеног производа, његов дизајн не може бити предмет заштите. Такође, не може уживати заштиту ни дизајн про-

Заједница, радни документ уз предлог Директиве о изменама и допунама Директиве о правној заштити дизајна – Проширена процена утицаја, Брисел 2004, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/docs/design/sec-2004-1097_en.pdf, 7.2.2013. (даље у фуснотама: радни документ Комисије – Проширена процена утицаја), стр. 4. Више о степену снижења цена резервних делова за аутомобиле до којег је дошло у Уједињеном Краљевству након што је та држава законом из 1989. године искључила из заштите дизајн резервних делова за сложене производе вид. Rupert Hughes, „Design Protection of Auto Spares: the Automotive Spares Industry Perspective“, *International Business Lawyer*, Vol 22, 1994, стр. 118.

- 3 Више о дебати о режиму заштите дизајна резервних делова за аутомобиле, која се водила између заинтересованих страна у САД-у, крајем девете деценије двадесетог века, као и о аргументима који су у тој дебати изнесени вид. Kenneth Enborg, „Industrial Design Protection in the Automobile Industry“, *Baltimore Law Review*, Vol. 19, 1989–1990, стр. 227–232 и James F. Fitzpatrick, „Industrial Design Protection and Competition in Automobile Replacement Parts – Back to Monopoly Profits?“, *Baltimore Law Review*, Vol. 19, 1989–1990, стр. 233–270. Иначе, у САД-у није могућа заштита дизајна резервних делова за сложене производе.

извода за који би се утврдило да је искључиво одређен његовом техничком функцијом, као ни дизајн производа који је у потпуности одређен потребом да буде механички повезан са другим производом, тако да сваки производ може да обавља своју функцију. Према томе, дилема о оправданости заштите дизајна резервних делова се односи само на делове који би по општеприхваћеним правилима задовољавали услове за заштиту.

II Режим заштите индустријског дизајна резервних делова за сложене производе у Европској унији и Републици Србији

Међу државама чланицама Европске уније у области права заштите дизајна постоји висок степен хармонизованости. Међутим, питање правне заштите дизајна резервних делова за сложене производе представља изузетак у том погледу. Према стању 2004. године петнаест држава чланица Европске уније је предвиђало правну заштиту дизајна резервних делова за сложене производе,⁴ девет држава је ову заштиту искључило,⁵ док је у Грчкој постојао систем који је заштиту ограничио на 5 година и дао право на репродуковање дизајна уз правичну накнаду.⁶

Директивом о правној заштити дизајна из 1998. године су прописана основна правила која државе чланице морају да унесу у домаће законе.⁷ Ипак, Директива није на коначан начин регулисала питање правне заштите дизајна резервних делова за сложене производе.⁸ Пошто није било могуће постићи сагласност о том питању, Директива је

4 Ту спадају: Аустрија, Кипар, Чешка Република, Данска, Естонија, Финска, Француска, Немачка, Литванија, Малта, Пољска, Португалија, Словачка, Словенија и Шведска.

5 Ту спадају: Белгија, Мађарска, Ирска, Италија, Летонија, Луксембург, Холандија, Шпанија и Уједињено Краљевство.

6 Објашњење предлога Директиве Европског парламента и Савета о изменама и допунама Директиве 98/71/ЕС о правној заштити дизајна, које чини саставни део тог предлога (даље у фуснотама: објашњење предлога Директиве о изменама и допунама Директиве о правној заштити дизајна), доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0582:FIN:EN:PDF>, 7.2.2013, стр. 4.

7 Директива 98/71/ЕС Европског парламента и Савета од 13. октобра 1998. године о правној заштити дизајна (даље у фуснотама: Директива о правној заштити дизајна).

8 Више о решењима која су разматрана у поступку доношења Директиве о правној заштити дизајна и разлозима који су довели до тога да ни једно од њих не буде део усвојеног текста Директиве вид. Audrey Horton, „Recent Developments in European Intellectual Property Harmonization“, *IPL Newsletter*, Vol. 16, No. 2/1998, стр. 18.

прописала да државе чланице до ревизије Директиве, неће мењати своје прописе у делу који се односе на правну заштиту дизајна резервних делова, осим у смеру либерализације тржишта тих производа.⁹ Другим речима, државама чланицама које нису прописивале правну заштиту дизајна резервних делова је забрањено да такву заштиту уведу, док су државе коју су такву заштиту признавале биле слободне да је укину.

Комисија европских заједница (у даљем тексту: Комисија) је 2004. године, извршавајући обавезу предвиђену Директивом о правној заштити дизајна,¹⁰ представила предлог Директиве о изменама и допунама Директиве о правној заштити дизајна.¹¹ Предлог Директиве предвиђа да заштита дизајна неће постојати за дизајн производа који представља компоненту сложеног производа и који се користи искључиво у сврху поправке сложеног производа на начин да се обнови његов првобитни изглед, а да ће државе чланице обезбедити да потрошачи буду информисани о пореклу резервног дела, како би могли да направе избор између конкурентских резервних делова.¹² Међутим, предлог Директиве до дана завршетка овог рада није усвојен, тако да, када је о овом питању реч, државе чланице Европске уније још увек немају хармонизован правни режим.

Уредба о комунитарном дизајну из 2001. године је увела могућност заштите дизајна са дејством на целој територији Европске уније.¹³ Међутим, комунитарни дизајн није заменио национална права дизајна, која су и даље наставила да постоје. У таквој ситуацији носилац права заштите дизајна има избор да дизајн заштити у једној или у више држа-

9 Директива о правној заштити дизајна, чл. 14.

10 Чл. 18 Директиве о правној заштити дизајна је прописао да ће у року од најкасније три године од дана који представља крајњи рок државама чланицама да имплементирају Директиву, Комисија направити анализу ефеката које је примена Директиве имала на индустрију, нарочито на произвођаче сложених производа и њихових делова, потрошаче, конкуренцију и јединствено тржиште. Комисија је истим чланом обавезана да најкасније у даљем року од годину дана предложи Европском парламенту и Савету измене Директиве потребне да би се постигло јединство тржишта саставних делова сложених производа.

11 Предлог Директиве Европског парламента и Савета о изменама и допунама Директиве 98/71/ЕС о правној заштити дизајна (даље у фуснотама: предлог Директиве о изменама и допунама Директиве о правној заштити дизајна).

12 Предлог Директиве о изменама и допунама Директиве о правној заштити дизајна, чл. 1.

13 Уредба Савета (ЕЗ) број 6/2002 од 12. децембра 2001. године о комунитарном дизајну (*OJ EC No L 3* од 5.1.2002, р. 1) која је измењена Уредбом Савета број 1891/2006 од 18. децембра 2006. године о изменама и допунама Уредбе (ЕЗ) број 6/2002 и (ЕЗ) број 40/94 да би се омогућило приступање Европске заједнице Женевској ревизији Хашког аранжмана о међународном депоновању индустријског дизајна (*OJ EC No L 386* од 29.12.2006, р. 14; даље у фуснотама: Уредба о комунитарном дизајну).

ва чланица Европске уније или да заштитом комунитарног дизајна стекне право које ће важити на територији свих држава чланица.¹⁴

Ни приликом доношења наведене Уредбе није могла бити постигнута сагласност о томе да ли и под којим условима треба омогућити заштиту дизајна резервних делова за сложене производе. Због тога је прописано да, док не ступе на снагу измене Уредбе, неће бити признања заштита комунитарног дизајна за резервне делове.¹⁵ Ипак, носиоцу права заштите дизајна у сваком случају остаје право да тражи заштиту дизајна за резервни део у државама чланицама које такву заштиту признају.

Република Србија спада у ред земаља које предвиђају правну заштиту дизајна резервних делова за сложене производе. Наиме, Закон о правној заштити индустријског дизајна („Сл. гласник РС“, бр. 104/2009) не предвиђа посебан режим за дизајн резервних делова, па за њих важе општа правила о заштити дизајна производа који чине саставни део сложеног производа.

III Оправданост заштите индустријског дизајна резервних делова за сложене производе

1. Приступ проблему

Као што смо навели, још увек неусвојени предлог Директиве о изменама и допунама Директиве о правној заштити дизајна искључује из заштите дизајн резервних делова за сложене производе. Комисија је у документима који прате наведени предлог навела циљеве који се желе постићи таквим решењем, од којих се издвајају: допринос стварању јединственог тржишта на нивоу Европске уније, поспешивање конкуренције, снижавање цена и стварање пословних прилика и радних места у малим и средњим предузећима.¹⁶ Комисија је анализирала следећа решења како да постигне наведене циљеве: задржавање

14 Више о правном режиму који је уведен Уредбом о комунитарном дизајну вид. William T. Fryer III, „European Union (EU) Revolutionizes General Industrial Design Protection: New Regulation Implemented“, *IPL Newsletter*, Vol. 20, No. 4/2002, стр. 36–40 и Stefan Zeuner, Aron Winger, „Community Design: A New IP Right for a 450 Million Consumer Market“, *IPL Newsletter*, Vol. 23, No. 3/2005, стр. 35–37

15 Чл. 110 Уредбе о комунитарном дизајну прописује да док не ступе на снагу измене Уредбе, заштита комунитарног дизајна неће постојати за дизајн производа који представља компоненту сложеног производа и који се користи искључиво у сврху поправке сложеног производа на начин да се обнови његов првобитни изглед.

16 Објашњење предлога Директиве о изменама и допунама Директиве о правној заштити дизајна, стр. 7, као и радни документ Комисије – Проширена процена утицаја, стр. 14.

постојећег стања, потпуно искључење заштите дизајна резервних делова, признавање краткотрајне заштите дизајна резервних делова, давање права на привредно искоришћавање дизајна резервног дела уз обавезу плаћања накнаде носицу права на дизајн, као и комбинацију последња два решења (односно признавање права заштите дизајна у кратком периоду и постојање система накнаде у периоду који следи). Комисија је закључила да ће наведене циљеве најбоље испунити правило које искључује заштиту дизајна резервних делова.

Анализа циљева који се желе постићи предложеним правилом, као и алтернативе које су разматране за постизање тих циљева, би могли да наведу на закључак да у оквиру права дизајна постоје аргументи за заштиту дизајна резервних делова, али да неки разлози који нису у вези са правом дизајна (јединствено тржиште, конкуренција, снижавање цена и стварање пословних прилика и радних места) односе превагу, те да је због тих разлога предложено поменуто решење.

За разлику од оваквог приступа, сматрамо да се одговор на питање да ли заштита дизајна треба да се простире на дизајн резервних делова за сложене производе, може пронаћи у анализи разлога постојања правне заштите дизајна, као једне од области права интелектуалне својине. Наиме, разлози због којих је право заштите дизајна уведено у правни систем треба да представљају смернице приликом постављања граница заштите коју то право пружа.

У складу са изнетим ћемо прво извршити анализу разлога постојања права интелектуалне својине и у оквиру њега права заштите дизајна. Затим ћемо размотрити природу сложених производа и резервних делова за сложене производе са аспекта стварања њиховог дизајна. На крају ћемо дати одговор на питање да ли и под којим условима треба дозволити заштиту дизајна резервних делова за сложене производе.

2. Разлози постојања права заштите индустријског дизајна

Право интелектуалне својине има компромисан циљ: оно је у функцији заштите субјеката који стварају интелектуална добра, с тим да су начин и мера те заштите такви да не угрожавају интересе заједнице, већ, напротив, подстичу развој.¹⁷ Право интелектуалне својине даје лицу које је створило одређено интелектуално добро монопол на његово привредно искоришћавање. Међутим, с обзиром на то да је монопол по дефиницији нежељена појава, овај монопол важи само за интелектуална добра одређеног „квалитета“ (односно она која задовољавају тачно прописане услове) и он је временски и предметно ограничен, како би уз што

17 Слободан М. Марковић, *Право интелектуалне својине*, Сарајево, 2007, стр. 26.

мање негативних ефеката монопола, био дат подстицај инвестирању у стваралаштво. Правила из области права интелектуалне својине имају оправдање једино уколико су позитивни ефекти који настају кроз подстицај стваралаштву, већи од негативних ефеката монопола који настаје.

Све речено важи и за право заштите дизајна. Наиме, изглед производа значајно утиче на његову атрактивност у очима потрошача, јер се они радије опредељују за производ који сматрају лепшим. Произвођачи инвестирају своје ресурсе у стварање иновативних дизајна за своје производе и на тај начин желе да привуку потрошаче.

Право је уважило значај дизајна, па је, са циљем да се подстакне инвестирање у стварање нових дизајна, установљено право на дизајн. Право на дизајн даје могућност лицу које је инвестирало своје ресурсе у стварање дизајна одређеног производа да тај дизајн заштити, те да, на тај начин постане једини субјект који је, у одређеном временском периоду, овлашћен да производи и ставља у промет производе у којима је заштићени дизајн одређен. Други субјекти не могу без дозволе титулара права заштите дизајна да производе и стављају у промет предмете у којима је садржан заштићени дизајн, те им је на тај начин онемогућено да привредно користе интелектуално добро које је створило друго лице. Њима преостаје да инвестирају у стварање новог дизајна предметног производа, те да се на тај начин изборе за своје место на тржишту.

На описани начин, право заштите дизајна, давањем једном субјекту монопола на привредно искоришћавање заштићеног дизајна, заправо подстиче конкуренцију, пошто даје мотив другим субјектима да инвестирају у развијање нових и бољих дизајна својих производа. Према томе, циљ постојања права заштите дизајна је да се подстакне надметање произвођача за што лепше дизајнирање њихових производа.

Услов који мора бити испуњен да би право заштите дизајна остварило наведени циљ, је да производ о чијем је дизајну реч, може бити дизајниран на различите начине. Уколико неки производ не може бити дизајниран на различите начине, односно уколико је изглед производа из неког разлога у потпуности унапред одређен, онда није могуће ни надметање различитих субјеката на пољу дизајнирања таквог производа. Очигледно је да у случају производа који имају такве карактеристике нема потребе за постојањем права заштите дизајна. Управо супротно, омогућавање заштите дизајна таквог производа би било штетно. Титулару права заштите дизајна би се заправо доделило искључиво право на производњу предметног производа као таквог, што би имало за последицу стварање законског монопола на тржишту тог производа. Не-

гативни ефекти таквог монопола би превазилазили позитивне ефекте подстицања инвестирања у развој нових дизајна.

Закључујемо да би дозвољавање заштите дизајна производа који из неког разлога не могу бити обликовани на различите начине било штетно, те да у тим случајевима нема оправдања да се таква заштита дозволи.

Све напред речено је прихваћено у праву заштите дизајна. Управо због наведених негативних последица које би у супротном наступиле, из заштите је искључен дизајн производа који је искључиво одређен његовом техничком функцијом, као и дизајн производа који је у потпуности одређен потребом да тај производ буде механички повезан са другим производом, тако да сваки производ може да обавља своју функцију.

3. Индустијски дизајн сложених производа и њихових резервних делова

Да би се сагледало какве ефекте има заштита дизајна резервних делова за сложене производе, анализираћемо разлике између сложених производа и резервних делова за сложене производе, са аспекта стварања њиховог дизајна. На овом месту ћемо анализирати аутомобиле, мада се све речено односи и на остале сложене производе и њихове резервне делове.

Произвођачи се путем дизајна нових аутомобила такмиче у привлачењу купаца. Приликом стварања дизајна новог аутомобила као целине, дизајнери имају велику слободу. Доказ за то је велики број најразличитије дизајнираних аутомобила који се нуде купцима.

Међутим, приликом стварања дизајна резервног дела, ситуација је потпуно другачија. Аутомобил је сложен производ који је састављен из мноштва посебних производа. Сви делови аутомобила су уклопљени у јединствену целину, због чега њихов дизајн представља саставни део дизајна аутомобила у целини. Због тога је дизајн дела који треба да дође на место оштећеног или поквареног дела, одређен дизајном аутомобила. Док приликом дизајнирања аутомобила не постоје ограничења ове врсте, дизајнирање резервног дела за аутомобиле је значајно ограничено чињеницом да резервни део мора на прави начин да се уклопи у дизајн аутомобила као целине, који је унапред дат.

Управо ова чињеница одлучујуће утиче на тржиште резервних делова. Власници аутомобила не желе да купе резервни део чији дизајн би нарушио изглед аутомобила као целине. У многим случајевима дизајн аутомобила утиче на дизајн резервног дела до мере да за куп-

це није прихватљив ниједан други дизајн осим дизајна који има и део који се замењује. У тим случајевима није могућа конкуренција различитих дизајна, па би омогућавање заштите дизајна таквог резервног дела имало ефекат давања искључивог права на производњу и дистрибуцију резервног дела као таквог. Свакако да нема оправдања да се дозволи заштита дизајна у таквим случајевима.

4. Оправданост заштите индустријског дизајна резервних делова за сложене производе

У складу са изнетим, сматрамо да дизајн производа који представља саставни део сложеног производа не треба да ужива заштиту уколико су испуњена два услова: 1) да је дизајн тог производа у битној мери одређен дизајном сложеног производа као целине и 2) да се тај производ користи искључиво да би се поправио сложени производ и успоставио његов првобитни изглед.

Први услов је испуњен када је за купце прихватљив само један дизајн производа који чини саставни део сложеног производа, односно онај дизајн који има и производ који треба да буде замењен. То значи да је могуће створити другачији дизајн тог производа, али је очигледно да би резервни део који би био дизајниран на тај начин нарушавао изглед сложеног производа као целине, па не би имао шансе за успех на тржишту. Иако сматрамо да дизајн већине производа који су предмет дебате јесте у битној мери одређен дизајном сложеног производа као целине, ипак би од случаја до случаја било потребно утврдити који производи испуњавају овај услов. Наравно, могуће је дати одређене смернице. Сматрамо да би тај услов свакако испуњавали производи које сложени производ садржи у пару, симетрично распоређене (нпр. фарови или ретровизори на аутомобилу), пошто би за власника сложеног производа било неприхватљиво да куповином другачијег резервног дела наруши симетрију сложеног производа. Такође, сматрамо да што је слобода приликом дизајнирања неког производа више ограничена његовом техничком функцијом и потребом да буде спојен са осталим производима који чине сложен производ, то је мања вероватноћа да је више од једног дизајна тог производа прихватљиво за купце, па је већа вероватноћа да ће први услов бити испуњен.

Сматрамо да не треба да буде препреке за заштиту дизајна резервног дела који није у битној мери одређен дизајном сложеног производа. У том случају је могуће надметање различитих субјеката за стварање што лепшег дизајна предметног производа, па право на заштиту дизајна може да испуни циљ због којег постоји.

Други услов ограничава примену правила само на дизајн резервних делова. То значи да би произвођач аутомобила повредио право на дизајн другог субјекта уколико би производио аутомобил који садржи заштићени дизајн аутомобила или његовог дела. Са друге стране, заштита дизајна се не би односила на резервне делове и свако би био слободан да производи резервни део у којем је заштићени дизајн опредељен. Већ смо објаснили да је разлог што само дизајн резервних делова треба да буде искључен из заштите, чињеница да је креирање дизајна једино ове врсте производа ограничено потребом уклапања у дизајн сложеног производа као целине, који је унапред дат.

Два аргумента се обично наводе у прилог решења да се омогући заштита дизајна резервних делова за сложене производе. Први аргумент је да је заштита неопходна да би се омогућило субјекту који је инвестирао ресурсе у развој дизајна да поврати уложена средства. Други аргумент је да су резервни делови, које производе произвођачи који не производе и сам сложени производ, лошег квалитета. Даље се наводи да у случају резервних делова за аутомобиле, лош квалитет производа може да угрози безбедност саобраћаја, те да из тог разлога треба искључити конкуренцију на тржишту резервних делова. Сматрамо да ни један од наведених аргумената није основан.

Титулар права заштите дизајна сложеног производа има могућност да своју инвестицију поврати кроз продају сложеног производа. На том тржишту постоји конкуренција и успех дизајна ће зависити од тога како га потрошачи буду вредновали. Простирање заштите на резервне делове за које није могућ алтернативни дизајн значило би омогућавање титулару права на дизајн да оствари незаслужени екстрапрофит. Монопол који даје право на дизајн се односи само на спољашњи изглед производа и његовим додељивањем се омогућава аутору дизајна да поврати средства које је инвестирао у његово стварање. У случају када омогућавање заштите дизајна значи додељивање монопола на производњу производа као таквог, негативне последице тог монопола превазилазе позитивне ефекте који се односе на подстицање стваралштва у области дизајна. Јасно је да заштиту дизајна у таквим случајевима треба искључити.

Сматрамо да нема довољног оправдања да се право заштите дизајна користи као средство за обезбеђивање квалитета производа и сигурности саобраћаја. Право заштите дизајна се бави само спољашњим изгледом производа, а свака држава треба другим прописима да обезбеди да квалитет производа који су у промету не доводи у питање безбедност потрошача. Уз то, сматрамо да конкуренција на тржишту неког производа по правилу води побољшању његовог квалитета, док монопол има за последицу опадање квалитета.

IV Закључак

Право заштите дизајна, давањем једном субјекту монопола на привредно искоришћавање заштићеног дизајна, подстиче конкуренцију, јер мотивише друге субјекте да инвестирају у развијање нових и бољих дизајна својих производа. Међутим, уколико је изглед производа из неког разлога у потпуности унапред одређен, право заштите дизајна не може да врши наведену функцију, па у случају таквог производа нема потребе за постојањем овог права. Управо супротно, омогућавање заштите дизајна таквог производа би било штетно, јер би водило стварању законског монопола на тржишту тог производа у корист титулара права.

За разлику од дизајнирања сложених производа, дизајнирање резервних делова за сложене производе је значајно ограничено чињеницом да дизајн резервног дела мора да буде у складу са дизајном сложеног производа као целине, који је унапред дат. У многим случајевима дизајн сложеног производа као целине утиче на дизајн резервног дела до мере да за купце није прихватљив ни један други дизајн осим дизајна који има део који се замењује. У таквим случајевима није могућа конкуренција различитих дизајна, па нема оправдања да се дозволи заштита дизајна.

Због свега наведеног, сматрамо да дизајн производа који представља саставни део сложеног производа не треба да ужива заштиту уколико су испуњена два услова: 1) да је дизајн тог производа у битној мери одређен дизајном сложеног производа као целине и 2) да се тај производ користи искључиво да би се поправио сложени производ и успоставио његов првобитни изглед.

Уколико се на описани начин постави граница заштите дизајна, сматрамо да ће на правилан начин бити избалансиран интерес аутора дизајна за заштитом интелектуалног добра које је створио, са интересом друштва да монопол који се додељује носиоцу права заштите дизајна не буде неоправдано широк.

Vladimir BOROVAC, Master of Law
PhD Candidate at the Faculty of Law University of Belgrade

JUSTIFIABILITY OF PROTECTION OF THE INDUSTRIAL DESIGN OF SPARE PARTS FOR CARS AND OTHER COMPLEX PRODUCTS

Summary

In this paper, the author analyzes the justifiability of protection of the industrial design (hereinafter: design) of spare parts for complex products. After some introductory remarks, the author analyzes the development of European Union regulations in the field of the design right and concludes that the protection of the design of spare parts for complex products is one of the few institutes in this legal branch which the European Union member-states do not regulate in a uniform manner. The author of this paper analyzes cars as a type of complex products although the conclusions refer to all the complex products and their spare parts. The author's stand is that, when setting the limits of a certain right, one should take into account, above all, the goals due to which that right has been introduced into the legal system. The application of the aforesaid approach leads to a conclusion that the design of a product forming a component part of a complex product should not be protected if defined by the design of the complex product as a whole to a considerable extent and if the product is used for the purpose of repair of a complex product so as to restore its original appearance. The protection of the design of a product with the aforesaid characteristics is not justified as it leads to the creation of a legal monopoly in the market of such products, i.e. the monopoly of the holder of that right, which is not an objective of the design right.

Key words: *intellectual property right, industrial design right, design, spare parts, complex products, cars.*

Ксенија ВЛАШКОВИЋ
студент докторских студија Правног факултета Универзитета у
Крагујевцу

НАСЛЕЂИВАЊЕ ПРАВА СЛЕЂЕЊА

Резиме

Право слеђења је уведено у свим државама чланицама Европске уније, што значи и у онима у којима раније није било признајо. Према Директиви 2001/84 Европској парламента и Савета Европе о праву слеђења аутора оригиналној уметничкој дела, државе чланице морале су да до 1. јануара 2006. године прилагоде своје националне законе Директиви. Када је реч о наслеђивању права слеђења, рок за увођење био је 1. јануар 2010. године, уз најомену да се може продужити највише за две наредне године.

Пројиси који се односе на наслеђивање права слеђења предмет су честој преиспитивања. Разликују се два основна решења. По једном, наследници овој права су и законски и тестаментални, а по другом само законски.

Кључне речи: *тестаментални наследници, законски наследници, социјално право, имовинско право, суйсидијарносј.*

I Увод

Сваки аутор на основу свог субјективног ауторског права остварује накнаду за различите облике искоришћавања ауторског дела. На пример, аутор књижевног дела зарађује при свакој продаји књига, аутор музичког дела стиче корист продајом носача звука, итд. Међутим, неки

уметници немају такву могућност, јер је у већини случајева једини извор њихових прихода продаја оригиналног дела. Другим речима, овде је готово без значаја искоришћавање путем умножавања, јер се углед дела заснива на вредности оригинала. Управо је ова околност, која се тиче ограничених могућности искоришћавања неких ауторских дела, разлог за увођење права слеђења.

У привредном смислу, овај феномен се најчешће манифестује у чињеници да се искоришћавање неких ауторских дела одвија продајом оригинала од стране аукцијских кућа, уметничких галерија или уопште од стране трговца уметничким делима. Суштина права слеђења огледа се у томе да при свакој даљој продаји оригиналног дела аутору припада део од касније остварене продајне цене, уколико је даља продаја везана за учешће неког заступника на тржишту уметничких дела.

Карактеристично је да ово право није постојало у већем броју европских земаља, што је подстакло низ иницијатива у циљу хармонизације одговарајуће регулативе. После веома емотивне дискусије која је пратила преговоре, усвојена је Директива 2001/84/ЕС о праву слеђења аутора оригиналног уметничког дела, по којој су државе чланице у обавези да до 1. јануара 2006. године прилагоде своје националне законе Директиви. Међутим, полазећи управо од чињенице да ово право уопште није постојало у неким државама чланицама, њима је, када је реч о наслеђивању, остављен прелазни рок у циљу прилагођавања привредних система на уведено право слеђења.

Предмет рада је анализа прописа Директиве који се односе на право слеђења правних следбеника аутора, као и националних прописа којима се ово питање може уредити на различите начине, јер није реч о хармонизованој материји.

II Правни оквир у Директиви 2001/84/ЕС

Директива¹ је ступила на снагу 27. септембра 2001. године. Она се примењује на све оригинале уметничких дела, у смислу чл. 2, која су на дан 1. јануара 2006. године још увек заштићена према прописима ауторског права држава чланица, или која у том тренутку испуњавају критеријуме за заштиту сходно Директиви.

Када је реч о наслеђивању права слеђења, у чл. 6, ст. 1 је прописано да се накнада за право слеђења мора исплатити аутору дела, а

1 Директива 2001/84/ЕС Европског Парламента и Већа од 27. септембра 2001. године о праву слеђења у корист аутора оригиналног уметничког дела (Directive 2001/84/EC of the European Parliament and of the Council of 27 September 2001, on the resale right for benefit of the author of an original work of art), *OJ*, L 272, 13.10.2001.

после његове смрти његовим правним следбеницима. Међутим, у чл. 8 ст. 2 прописано је да државе чланице које у моменту ступања на снагу Директиве не примењују ово право нису у обавези да га примењују на правне следбенике умрлог аутора све до 1. јануара 2010. године. У ст. 3 истог члана предвиђено је да држави чланици на коју се примењује ст. 2 припада додатни рок од највише две године, уколико је то потребно, да би се њени привредници довели у позицију да се поступно прилагоде систему права слеђења, уз очување њихове привредне виталности, пре него што морају да ово право примене и после смрти аутора. Најкасније два месеца пре истека рока који је одређен у ст. 2, о томе се обавештава Комисија, која после одговарајућих консултација у оквиру рока од три месеца по достављеном обавештењу, може да о томе заузме став. Право на продужетак рока до 1. јануара 2012. године искористиле су Велика Британија, Холандија и Аустрија.

За правни оквир значајна је и тач. 27 образложења Директиве, у којој је истакнуто: „Било би препоручљиво, чувајући принцип супсидијарности, да се одреди круг особа којима припада накнада по основу права слеђења. Прописи Директиве не би требало да се дотичу наследног права држава чланица. Правним следбеницима аутора мора се омогућити да после смрти аутора у пуном обиму захтевају право слеђења.“² У тач 17 образложења је у основи исти садржај као и у чл. 8 ст. 2 и 3 Директиве.

Практична последица оваквог решења је да у земљама чланицама које нису признавале право слеђења, оно мора да буде признато наследницима тек од 1. јануара 2012. године. На пример, све до овог датума наследницима немачких уметника при аукцијама у Лондону није исплаћивана накнада предвиђена у Директиви, али су британски наследници приликом отуђења у Немачкој могли да захтевају накнаду по основу права слеђења.³

Када је реч о питању да ли лица на која је после смрти аутора пренето право слеђења, могу њиме да слободно располажу, сматрамо да, сходно тач. 27 образложења Директиве, она могу у потпуној мери да располажу правом слеђења. Другим речима, могуће је тумачење да је у Директиви садржано компромисно решење по којем се круг наследника

2 Преамбула Директиве 2001/84/ЕС Европског Парламента и Већа од 27. септембра 2001. године о праву слеђења у корист аутора оригиналног уметничког дела (Directive 2001/84/EC of the European Parliament and of the Council of 27 September 2001, on the resale right for benefit of the author of on original work of art), *OJ*, L 272, 13.10.2001.

3 Jörg Schneider-Brodthmann, „Anwendung des deutschen Folgerechts bei der Veräußerung einer inländischen Kunstsammlung ins Ausland“, *Neue Juristische Wochenschrift*, бр. 11/2009, стр. 740.

одређује сходно националним прописима, али да наследници неограничено располажу овим правом и у смислу да га могу пренети тестаментом и на лица која нису сродници аутора. Међутим, овај став је још увек споран,⁴ што ће се видети и у даљим излагањима.

III Решења појединих националних законодавстава у погледу наслеђивања права слеђења

У погледу наслеђивања права слеђења разликујемо два законска решења. Прво се састоји у томе да је аутору признато право да за случај смрти слободно располаже правом слеђења. Оно се примењује у Шпанији, Немачкој, Белгији, Португалији и Калифорнији. Међутим, пре ступања на снагу новог шпанског Закона о ауторском праву из 1996. године, право слеђења се аутоматски гасило смрћу аутора, па се тиме уопште није ни постављало питање његовог преношења.⁵

Друго законско решење је у томе да се круг могућих овлашћених лица у погледу наслеђивања права слеђења ограничава на законске наследнике аутора и то из социјалних или „фамилијарних“ разлога. Групи земаља која примењују ово решење, на пример, припадају Француска, Луксембург и Италија у којима се право слеђења појављује као врста нужног дела⁶ у корист законских наследника.

Француска је, при том, екстремни пример, јер је у њој захтев по основу права слеђења после смрти аутора ограничен на крвне сроднике, којима по закону припада нужни део. Ова пракса у Француској није константна, јер је одлуком Касационог суда из 1989. године признато право слеђења свим законским наследницима.⁷ Решење које се примењује у Француској има своје корене у чињеници да је право слеђења уведено 1920. године, управо узимајући у обзир тешку ситуацију наследника после Првог светског рата. Непосредан повод за увођење права слеђења били су бројни случајеви економског пропадања аутора, који су отуђивали своја оригинална дела и имовинска ауторска права по ни-

4 Lorenz Ehrler, *Das Folgerecht/Le Droit de Suite*, Zürich, 2008, стр. 205.

5 L. Ehrler, *нав. дело*, стр. 206.

6 André Bertrand, *Le Droit d'auteur et les Droits voisins*, Paris, 1991, стр. 232.

7 Одлуком Касационог суда Француске од 11. јануара 1989. године (Urteil der 1. Zivilkammer der „cour de cassation“, RS SPADEM) наслеђивање права слеђења регулисано је према општим правилима наследног права. Правни следбеници су при том законски наследници аутора, али је могуће и да то буду правна лица. На пример, *François-Auguste-René Rodin* је своја права пренео на француску државу са налогом да она оснује музеј за његова дела. Исти је случај сликара *Emil Hanzen Nolde*-а који је основао сопствену задужбину.

ским ценама, да би та иста дела свом препродавцу у каснијем периоду донела високу зараду.⁸ Познат је случај сликара *Millet*-а, чија је једна од слика за време живота аутора продата за 1.200 франака, а даље је отуђена за милион франака, при чему његова унука није имала довољно новца ни да се прехрани. Полазећи управо од таквих околности, прописано је да право слеђења припада само законским наследницима, што значи да му је приписана функција збрињавања.⁹

У том контексту се мора имати у виду и општи став француског законодавства, још са почетка Француске револуције, којим је одређено трајање ауторског права и после смрти аутора. Тако је трајање по прописима из 1810. године било ограничено на 20 година после смрти аутора, а по прописима из 1854. године је зависило од лица која су наследници. На пример, то је рок за живота удовице, а у корист деце 30 година после смрти удовице, или аутора. Када је реч о другим лицима било је ограничено на период до 10 година после смрти аутора. Ово привилеговање показује да је првенствени циљ наслеђивања ауторских права финансијско обезбеђивање породице аутора.

Диференцирање трајања је, пак, имало за последицу губитак правне сигурности. Овај концепт је напуштен 1866. године, а рок трајања ауторског права после смрти аутора је јединствено одређен на 50 година, што је потврђено и Законом о ауторском праву Француске из 1957. године.¹⁰

Када су почели преговори о доношењу Директиве о праву слеђења, није прихваћен француски концепт о повлашћеном положају законских наследника. У правној теорији се сматра да право слеђења није социјално или лично, него напротив чисто имовинско право.¹¹ Зато не постоји никакав основ да право слеђења буде под неким другим режимом, који се разликује од оног који важи за остала имовинска права, јер би се на тај начин поново изазвало дискриминисање аутора уметничких дела у поређењу са другим ауторима, који слободно располажу својим имовинским правима.

Директива 2001/84, као и њено образложење, остављају отворено питање да ли лица којима је после смрти аутора припало право слеђења могу да га пренесу за живота. Ово питање је од великог значаја, јер с об-

8 Слободан Марковић, „Право слеђења у ауторском праву“, *Гласник Правној факултету у Крајевцу*, 1979/80, стр. 194.

9 L. Ehrler, *нав. дело*, стр. 209.

10 Hauke Sattler, „Das Urheberrecht nach dem Tode des Urhebers in Deutschland und Frankreich“, *Frankreich Recht Jahrbuch 2010*, стр. 81–82.

11 Paul Katzenberger, „Die europäische Richtlinie über das Folgerecht“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil 1*, стр. 23.

зиром на чињеницу да право слеђења данас траје 70 година после смрти аутора, могло би више пута да буде пренето правним пословима за живота. Земље чланице, попут Француске, Луксембурга и Италије овакво право не признају, што значи да је оно везано само за наследника. Интересантно је и да је у шпанском законодавству задржан став да правни следбеници не могу да отуђују право слеђења.¹²

IV Национална решења о наслеђивању права слеђења пред Европским судом правде

Ред наслеђивања у Француској је одређен чл. 734 f, *Code Civil*-а од 14. јула 1866. године. Постоје четири наследна реда, а редослед у оквиру сваког реда зависи од степена сродства. Побочни сродници после шестог степена не спадају у круг наследника. Поред тога, у чл. 912 f, Грађанског законика Француске заоставштина је подељена на део који је силом закона предвиђен за одређене наследнике и на део којим се путем тестаментa може располагати у корист тестаменталних наследника. У начелу се тестаментом може располагати читавом заоставштином, осим у случају да су умрлог надживели потомци или брачни друг из постојећег брака, а пре 2007. године и сродници у усходној линији.

Међутим, чл. Л. 123–7 француског Закона о интелектуалној својини гласи: „После смрти аутора постоји право слеђења, поменуто у чл. Л. 122–8 у корист његових наследника и његовог брачног друга у вези са плодуживањем из чл. Л. 123–6, уз искључење свих тестаменталних наследника и правних следбенике, током текуће календарске године и седамдесет година, после смрти аутора.“¹³ То значи да је чл. Л. 123–7 изузетак од наведеног општег правила о наслеђивању.

Да ли је норма француског Закона о интелектуалној својини у складу са правом Уније, расправљао је и Европски суд правде у пресуди С 518/08 из 2010. године.¹⁴ Наиме, сликар *Salvador Dalí* умро је 23. јануара 1989. године у Фигуерасу, као удовац без потомства, а имао је пет законских наследника. Међутим, тестаментом од 20. септембра 1982.

12 Paul Katzenberger, *Das Folgerecht im Deutschen und Ausländischen Urheberrecht*, München, 1970, стр. 34.

13 Преживели брачни друг је у Немачкој законски наследник. У Француској, као компензација за слаб наследноправни положај, брачни друг стиче плодуживање на искоришћавању ауторских права, под условом да не постоји правноснажна пресуда о „растављању од стола и постеље“, затим, уколико није закључен нови брак, или уколико аутор није на други начин располагао својим правима.

14 Европски суд правде, Пресуда С 518/08 од 15.4.2010. године, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, Nr. 6/2010, стр. 529.

године завештао је држави Шпанији сва своја нематеријална права и захтевао да његова уметничка дела буду очувана и заштићена. Држава Шпанија се прихватила наслеђа и пренела их Министарству за културу на искључиво управљање и искоришћавање, а оно је та права пренело на *Fundación Gala-Salvador Dalí* (Фондацију Гала-Салвадор Дали), коју је сликар основао 1983. године, као задужбину у смислу шпанског права. Фондација је поверила *Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos* (у даљем тексту VEGAP) ексклузивно колективно управљање и искоришћавање.

VEGAP је уговорно повезан са друштвом-ћерком *La société française de gestion collective des droits d'auteur dans les arts visuels* (у даљем тексту LADAGP) којој је поверено остваривање ауторских права сликара *Salvador Dalí*-ја у Француској. LADAGP је од 1997. године наплаћивао накнаде за искоришћавање дела *Salvador Dalí*-ја, осим накнада по основу права слеђења, које су сходно француском закону исплаћиване непосредно законским наследницима уметника.

Fundación Gala-Salvador Dalí (Фондација Гала-Салвадор Дали) и VEGAP заступали су став да се њима по тестаменту морају исплаћивати накнаде по основу права слеђења, које су остварене отуђењем дела уметника у Француској. Главни аргумент је био да се питање ко је правни следбеник *Salvador Dalí*-ја после његове смрти мора одредити према шпанском, а не према француском праву, јер је заоставштина на покретној имовини питање шпанског наследног права. Наиме, сликар је поседовао шпанско држављанство и умро је у свом пребивалишту у Шпанији. Из тог разлога подигли су тужбу 28. децембра 2005. године пред *Tribunalom de Grande instance de Paris* против LADAGP-а. Трибунал је обуставио поступак и Европском суду правде поставио питање да ли Република Француска може после доношења Директиве 2001/84 да задржи свој пропис по којем право слеђења припада наследницима из чијег круга су искључени тестаментални наследници и правни следбеници аутора.

Европски суд правде је најпре истакао да у оваквом поступку није овлашћен да одлучује како се морају тумачити национални прописи, јер мора, у оквиру поделе надлежности између судова Заједнице и националних судова, да пође од констатације у поднетој одлуци, а она је да се у конкретном случају примењује француско право, посебно чл. Л 123-7 Закона о интелектуалној својини, којим је одређен круг наследника права слеђења. Међутим, француски суд је поставио питање тумачења чл. 6 ст. 1 и чл. 8 ст. 2 и 3 Директиве у циљу оцене о усклађености члана Л. 123-7 са наведеним члановима Директиве, па је из тог разлога дозвољено затражити претходну одлуку Европског суда правде.

У тексту Директиве није садржано никакво објашњење појма „правни следбеници“ аутора, па, с обзиром да није дата изричита дефиниција овог појма, неопходно је испитати који су циљеви Директиве. По схватању Европског суда правде Директива има два основна циља. Први је да се ауторима уметничких дела гарантује учешће у привредном успеху њихових дела, а други је отклањање деформација у конкуренцији на тржишту уметничких дела, које се огледају у томе да плаћање по основу права слеђења подстиче измештање продаје уметничких дела у државе у којима не постоји право слеђења. Другим речима, први циљ се огледа у томе да се уметницима гарантује одговарајући ниво накнаде, па је из тог разлога право слеђења конципирано као неотуђиво и аутор се овог права не може унапред одрећи. Остваривање овог циља није ни на који начин угрожено околношћу да право слеђења после смрти аутора прелази на одређене правне субјекте, уз искључење других.

Суд даље истиче да из образложења бр. 13 и 15 проистиче да се не морају отклонити постојеће разлике између националних правних прописа, које нису штетне за функционисање унутрашњег тржишта. Напротив, довољно је хармонизовати само националне прописе који се најнепосредније одражавају на функционисање унутрашњег тржишта уметничким делима. Наследно право држава чланица, с обзиром на начело супсидијарности, није дотакнуто прописима Директиве, што значи да је остављено државама чланицама да слободно одреде лица која ће бити правни следбеници аутора.¹⁵ Наиме, државе самостално доносе сопствене прописе о наслеђивању права слеђења.

На крају Европски суд правде истиче да је ствар француског суда да за примену унутрашњих прописа, којима је имплементиран чл. 6 ст. 1 Директиве, узме у обзир све меродавне одредбе на основу којих би требало решити колизију законских прописа о наслеђивању права слеђења.¹⁶ Другим речима, пресудом Европског суда правде, свакако, још увек није коначно одлучено коме припадају накнаде по основу права слеђења за дела *Salvador Dalí*-ја у Француској. Суд је само „вратио лопту“ француском суду пред којим је изворно изнет спор, који тек сада мора да одлучи да ли ће применити француско или шпанско наследно право.

15 Образложење у бр. 27, Директиве гласи: „Особе које имају право на накнаду требало би да буду назначене, уз одговарајуће поштовање начела супсидијарности. Није примерено поступати позивајући се на ову директиву у односе на законе о наслеђивању држава чланица.“

16 Европски суд правде, Саопштење за јавност бр. 34/10, Луксембург 15. април 2010. (Press release No 34/10 Judgment in Case C-518/08 *Fundación Gala-Salvador Dalí and Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos v Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques and Others*, Court of Justice of the European Union, Luxembourg, 15 April 2010).

V Одлука Уставног савета Француске о члану Л. 123–7 Закона о интелектуалној својини

Уставном савету Француске, као највишем уставном органу, Врховни суд је проследио 11. јула 2012. године на разматрање питање уставности поштовања права и слобода зајамчених Уставом, а у вези са чланом Л. 123–7 Закона о интелектуалној својини Француске. Наиме, на иницијативу Фондације *Hans Hartung* и *Anna Eva Bergman*, постављено је питање да ли се искључењем осталих наследника из наслеђивања права слеђења крши принцип једнакости пред законом.¹⁷

Уставни савет је на ово питање одговорио негативно, на следећи начин: „Оно што је законодавац успоставио као правило није супротно принципу једнакости. Другачије или различите ситуације утврђују се полазећи од принципа равноправности општег интереса. Разлика у третману је успостављена као резултат директне повезаности са сврхом Закона. Законодавац је, дакле, успоставио разлику у третману између лица у различитим ситуацијама, као и то да је та разлика у третману у директној вези са сврхом закона.“¹⁸

На основу тога Уставни савет је закључио да: „Члан Л. 123–7 Закона о интелектуалној својини Француске не задира у принцип равноправности, нити је у супротности са било којим другим правом или слободама гарантованим Уставом.“¹⁹

VI Закључак

У Директиви нису одређена лица којима после смрти аутора припада право слеђења. Њих слободно одређују државе чланице својим националним прописима, а сходно начелу супсидијарности наследног права. У неким од њих наследно право припада и тестаменталним и законским наследницима, а у другима само законским наследницима.

17 Пресуда бр. 2012 – 276 од 28. септембра 2012. године, *Décision n° 2012 – 276 QPC, Article L. 123–7 du code de la propriété intellectuelle (Transmission du droit de suite sur les oeuvres d’art graphiques et plastiques)*, Dossier documentaire, Conseil constitutionnel, 2012, стр. 17.

18 Пресуда бр. 2012 – 276 од 28. септембра 2012. године (*Décision n° 2012–276 QPC du 28 septembre 2012*), *Journal Officiel de la République Française n°0227* од 29. септембра 2012. године, стр. 15376.

19 Пресуда бр. 2012 – 276 од 28. септембра 2012. године (*Décision n° 2012 – 276 QPC, Article L. 123–7 du code de la propriété intellectuelle – Transmission du droit de suite sur les oeuvres d’art graphiques et plastiques*), Dossier documentaire, Conseil constitutionnel, 2012, стр. 21.

По становишту Европског суда правде, ограничавање круга наследника само на законске наследнике није у супротности са одредбама Директиве. Поред тога, и по становишту Уставног савета Француске, одредба којом је у Закону о интелектуалној својини круг наследника права слеђења ограничен на законске наследнике, као изузетак од општих правила о наслеђивању, није у супротности са принципом равноправности, нити са било којим другим правом или слободама гарантованим Уставом.

Ksenija VLAŠKOVIĆ

PhD Candidate at the Faculty of Law University of Kragujevac

THE INHERITANCE OF RESALE RIGHTS

Summary

As regards the European Union Member States, the resale right was established in each of the aforementioned states, even in those which had not previously encountered with the right itself. Pursuant to Directive 2001/84/EC of the European Parliament and of the Council of 27 September 2001 on the resale right for the benefit of the author of an original work of art, the Member States had to incorporate this right into their respective legal systems and adjust their national laws to Directive by January 1, 2006. As for the issue of artists' resale right extended to the heirs of the artists, the final deadline for its implementing in the Member States' legal systems was January 1, 2010, but it has to be noted that it could be extended within a period of a maximum of two years following the indicated year. Ever since its implementation, there have been numerous cases of questioning lawful decisions related to the resale right. According to one lawful decision, both testamentary and lawful heirs are entitled to a resale right, but according to another one the lawful heirs are the only ones who are entitled to this particular right.

Key words: *testamentary heirs, lawful heirs, social rights, property rights, subsidiarity.*

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 њивреда*, бр. 1–4/2005, стр. 23.

Klaus J. Hopt, „Aktionärskreis und Vorstandsneutralität“, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, Nr. 4/1993, стр. 535.

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

Пример: Бошко Живковић, Катарина Вељовић, „Квалитет корпоративног управљања и тржиште корпоративне контроле у условима транзиције“, *Право и њивреда*, бр. 1–4/2005, стр. 43.

Michael C. Jensen, William H. Meckling, „Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure“, *Journal of Financial Economics*, Vol. 3, 1976, стр. 307.

- в) Када се цитира један чланак одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, након чега се додаје скраћеница *нав. чланак* курзивом, потом стр. и број стране.

Пример: В. Радовић, *нав. чланак*, стр. 164.

- г) Када се цитира више чланака истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, отворени наводници, пун наслов чланка, затворени наводници, потом стр. и број стране.

Пример: В. Радовић, „Стечајни исплатни редови“, стр. 184.

- д) Рад, односно чланак објављен у оквиру зборника радова или књиге, коју је неко друго лице приредило као уредник, се цитира на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, ознака „у:“, име уредника, презиме уредника, назив зборника радова, односно књиге, евентуално редни број издања, место издања, година издања, скраћеница „стр.“, број стране.

Пример: Небојша Јовановић, „Отварање и затварање привредних друштава“, у: Мирко Васиљевић (уредник), *Акционарска друштва, берзе и акције*, Београд, 2006, стр. 307.

3. Прописи

- а) Прописи се цитирају на следећи начин:

пун назив прописа, отворена заграда, гласило у коме је пропис објављен курзивом, број гласила и година објављивања, затворена заграда, скраћеница чл., ст., тач., односно пар. и број одредбе.

Пример: Закон о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 125/2004), чл. 15.

- б) Ако ће наведени закон поново бити цитиран у раду, приликом првог цитирања се после броја гласила и године објављивања наводи скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати.

Пример: Закон о регистрацији привредних субјеката (*Службени гласник РС*, бр. 55/2004 и 61/2005; даље у фуснотама: ЗРПС), чл. 3 ст. 1.

в) Члан, став и тачка прописа означава се скраћеницама чл., ст. и тач., а параграф скраћеницом пар.

Пример: чл. 24 ст. 1 тач. 5 или пар. 14.

г) Приликом поновљеног цитирања одређеног прописа наводи се његов пун назив, односно скраћеница уведена приликом првог цитирања, скраћеница чл., ст., тач. или пар. и број одредбе.

Пример: Закон о привредним друштвима, чл. 7.
ЗРПС, чл. 25.

д) Прописи на страном језику се цитирају на следећи начин:

пун назив прописа преведен на српски језик, година објављивања, односно усвајања, отворена заграда, пун назив прописа на оригиналном језику курсивом, евентуално скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати, затворена заграда, скраћеница чл., ст., тач. или пар. и број одредбе.

Пример: немачки Трговачки законик из 1897. године (*Handelsgesetzbuch*), пар. 29.
британски Компанијски закон из 2006. године (*Companies Act*; даље у фуснотама: СА), чл. 67.

ђ) Прописи Европске уније се цитирају на начин прописан Приручником за превођење правних аката Европске уније из 2009. године, који је доступан на сајту Канцеларије Владе Републике Србије за европске интеграције (www.seio.gov.rs).

4. Извори са Интернета

а) Извори са Интернета се цитирају на следећи начин:

име и презиме аутора, односно организације која је припремила текст, назив текста, евентуално место и година објављивања, ознака „доступно на адреси:“, адреса Интернет странице курсивом, датум приступа страници, евентуално скраћеница „стр.“ и број стране.

Пример: Giovannini Group, Cross-Border Clearing and Settlement Arrangements in the European Union, Brussels, 2001, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/financial-markets/docs/clearing/first_giovannini_report_en.pdf, 21.10.2008, стр. 18.

б) Приликом поновљеног цитирања извора са Интернета наводи се прво слово имена аутора са тачком и презиме аутора, односно назив

организације која је припремила текст, и назив текста, а евентуално и скраћеница „стр.“ и број стране.

Пример: Giovannini Group, Cross-Border Clearing and Settlement Arrangements in the European Union, стр. 6.

XXII СУСПРЕТ
ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ
ПОДРЖАВАЈУ



Привредна комора Србије
Привредна комора Београда
GIZ Правна реформа у Србији
DANUBE FOODS д.о.о., Београд
„Енергопројект Холдинг“ а.д., Београд
RUDNAP Group а.д., Београд
ТРАНСПОРТШПЕД д.о.о., Београд

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

347.7

ПРАВО и привреда : часопис за привредноправну теорију и праксу / главни и одговорни уредник Мирко Васиљевић. – Год. 31, бр. 1/2 (1993) – . – Београд : Удружење правника у привреди Србије, 1993– (Београд : Досије студио). – 24 cm

Тромесечно. – Је наставак: Privredno pravni priručnik = ISSN 0032-9002

ISSN 0354-3501 = Право и привреда

COBISS.SR-ID 101774343

ТЕМА:

ДРЖАВА И ПРИВРЕДА

ТЕМАТСКЕ ОБЛАСТИ:

1. Основна тема
2. Право привредних друштава
3. Финансијска тржишта
4. Право потрошача
5. Међународно привредно право
6. Интелектуална права

Претплата за 2013. 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“