

ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7
ISSN 0354-3501

Београд
Година XLX

Број
7-9

2013

Главни и одговорни уредник

Мирко Васиљевић

Заменици главног и одговорног уредника

Небојша Јовановић

Мирослав Пауновић

Уредник

Вук Радовић

Редакција

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

Међународни издавачки савет

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

Секретар

Мирјана Радовић

Технички секретар

Радица Милић

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

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

Издавач

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ

Београд, Трг Николе Пашића 1/II

тел./факс: 3234-985

e-mail: udruzpip@eunet.rs

www.pravniciuprivredi.org.rs

Технички уредник

Јован Ђорђевић

Графичка припрема

Досије студио, Браће Недића 29, Београд

Излази ПЕРИОДИЧНО

Штампа

„Досије студио“, Београд

ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7
ISSN 0354-3501

Београд
Година XLX

Број
7-9

2013

САДРЖАЈ

ПРАВО КОНКУРЕНЦИЈЕ

Зоран Р. ТОМИЋ, Најнаша ПЕТРОВИЋ ТОМИЋ

Нарушавања конкуренције у осигурању рестриктивним споразумима 13

Радован Д. ВУКАДИНОВИЋ

Нека претходна питања у вези захтева за накнаду штете због повреде картелних прописа у праву ЕУ..... 52

Дијана МАРКОВИЋ-БАЈАЛОВИЋ

Правна сигурност и право конкуренције..... 66

Сања ДАНКОВИЋ СТЕПАНОВИЋ

Ефективна заштита конкуренције (право, привреда и држава) 79

Синиша ДОМАЗЕТ

Попусти као облик злоупотребе доминантног положаја у праву конкуренције ЕУ..... 96

Рашко РАДОВАНОВИЋ

Патентна заштита и ограничења конкуренције 110

ПРИВРЕДНИ КРИМИНАЛ

Наџаша ДЕЛИЋ

Кривично дело „фалсификовање исправе“ (члан 355 КЗС) . . . 130

ТРГОВИНСКИ ПОСЛОВИ

Илија БАБИЋ

Уговор о признању дуга. 148

Иванка СПАСИЋ

Уговори о дистрибуцији 163

Марко ЂУРЂЕВИЋ

Тумачење уговора истраживањем заједничке намере
уговорних страна. 180

Тамара МИЛЕНКОВИЋ-КЕРКОВИЋ, Жељко АТАНАСКОВИЋ

Уговор о факторингу у Србији – због чега је потребно
регулисати факторинг?. 197

Владимир ЧОЛОВИЋ

Сопствена (кептив) осигуравајућа друштва 215

Владимир САВКОВИЋ

Поводом ступања на снагу Конвенције Уједињених нација
о употреби електронских средстава комуникације
у међународним уговорима – начела хармонизације и однос
са правном тековином Европске уније 229

Мирјана РАДОВИЋ

Нови правни режим рокова измирења новчаних обавеза
из трговинских уговора. 241

Саша САВИЋ

Правна дејства споразума о уговорној казни 267

Слободан ИЛИЈИЋ

Регулатива превоза опасних материја у Србији и улога
осигурања 277

Јован НИКЧЕВИЋ

Правна природа уговора о испоруци инвестиционе
опreme. 291

Маја МАТИЋ

Правни оквир за међународни факторинг у Србији. 306

Свешислав ЈАНКОВИЋ

Одговорност ваздухопловног превозиоца за штете које путник претрпи услед оштећења здравља за време превоза, а које није узроковано незгодом на ваздухоплову. 321

Срђан СТОЈИЛКОВИЋ

Правно дејство гарантног писма код уговора о превозу ствари морем 337

Вера ЖИВКОВИЋ

Понуда, прихват и време закључења код интернет уговора 351

Адриана МИНОВИЋ, Марко МАТОВИЋ

Одговорност пружаоца услуга информационог друштва у електронској трговини на нивоу Европске уније 366

ПРИВРЕДНИ СПОРОВИ – СУДСКИ И АРБИТРАЖНИ

Мирослав ПАУНОВИЋ

Садржај арбитражних споразума 385

Душица ПАЛАЧКОВИЋ

Међународни стечај (могући процесноправни приступ). 402

Славко ЂОРЂЕВИЋ

Решавање квалификованог мобилног сукоба закона у стварноправним односима са елементом иностраности. 417

Урош ЖИВКОВИЋ

Субјективни домаћај арбитражног споразума и трећа лица: изузеци од принципа *inter partes* у заснивању надлежности арбитраже 437

Бранка БАБОВИЋ

Право на суђење у разумном року и парнични поступак. 454

ПРАВО ЈАВНИХ НАБАВКИ

Гордана ГАСМИ, Марија КОСТИЋ

„Зелене“ јавне набавке у Европској унији и њихова примена у Србији 466

Владимир КОЗАР

Неважност уговора о јавним набавкама и накнада штете. 477

Ана КНЕЖЕВИЋ БОЈОВИЋ

Грађански надзорник – нови механизам контроле јавних набавки у Србији. 491

Мијаџи ЈОЦОВИЋ

Актуелни проблеми у примјени Закона о јавним набавкама у Црној Гори 514

Марија ВЕЛИЧКОВИЋ

Конкурентни дијалог у јавним набавкама 526

РАДНО И СОЦИЈАЛНО ПРАВО

Стеван ШОГОРОВ

О појму послопримца (запосленог) у радном праву. 539

Љубинка КОВАЧЕВИЋ

Вредновање способности и рада запослених – кључни правни аспекти. 548

Филиј БОЈИЋ

Посебна признања за заслужне уметнике: савремене дилеме и будућа решења 568

ПОРЕСКО ПРАВО

Зоран ИСАИЛОВИЋ

Систем и политика опорезивања у Србији 587

Гордана ИЛИЋ-ПОПОВ

Друга (додатна) примања запослених у пореској и пословној политици 604

Хасиба ХРУСТИЋ	
Пореска политика без стратегије	623
Цејетана ЦВЈЕТКОВИЋ	
Улога посредних пореза у заштити животне средине.....	636
УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ	647

TABLE OF CONTENTS

COMPETITION LAW

Zoran R. TOMIĆ, Nataša PETROVIĆ TOMIĆ

Restrictive Agreements as a Form of Competition Infringement
in Insurance 13

Radovan D. VUKADINOVIĆ

Some Previous Remarks Regarding Claims for Damages for
Breach of EU Cartel Rules 52

Dijana MARKOVIĆ-BAJALOVIĆ

Competition Law and the Rule of Law 66

Sanja DANKOVIĆ STEPANOVIĆ

Effective Protection of the Competition (Law, Economy and
State) 79

Siniša DOMAZET

Discounts as a Form of Abuse of Dominant Position in EU
Competition Law 96

Raško RADOVANOVIĆ

Patent Protection and Competition Restraints 110

COMMERCIAL CRIME

Nataša DELIĆ

The Crime of Forging Documents (Article 355)	130
--	-----

COMMERCIAL TRANSACTIONS

Ilija BABIĆ

Debt-Recognition Agreement	148
----------------------------------	-----

Ivanka SPASIĆ

Distribution Contracts	163
------------------------------	-----

Marko ĐURĐEVIĆ

Interpretation of a Contract by the Research of Mutual Intention of Parties	180
--	-----

Tamara MILENKOVIĆ-KERKOVIĆ, Željko ATANASKOVIĆ

Factoring Agreement in Serbia – Why should it be Regulated? ..	197
--	-----

Vladimir ČOLOVIĆ

Captive Insurance Companies	215
-----------------------------------	-----

Vladimir SAVKOVIĆ

About UN Convention on Use of Electronic Communications in International Contracts – Principles of Harmonization and Relationship with the Law of the European Union	229
--	-----

Mirjana RADOVIĆ

The New Legal Regime for Payment Periods in Commercial Transactions	241
--	-----

Saša SAVIĆ

The Legal Effect of Agreement on Liquidated Damages	267
---	-----

Slobodan ILIJIĆ

Regulation for Dangerous Materials Transportation in Serbia and the Role of Insurance	277
--	-----

Jovan NIKČEVIĆ

Legal Nature of the Contract for Supply of the Capital Equipment	291
---	-----

Maja MATIĆ	
Legal Frame for International Factoring in Serbia	301
Svetislav JANKOVIĆ	
Air Carrier Liability for Mental Injuries of Passengers Caused During the Transport	326
Srđan STOJILKOVIĆ	
Legal Effect of Letter of Guarantee among Contracts of Carriage of Goods by Sea	337
Vera ŽIVKOVIĆ	
Offer, Request for Offer and Time of Formation of Internet Contracts	351
Adriana MINOVIĆ, Marko MATOVIĆ	
Liability of Information Service Providers in E-Commerce at the European Union Level	366

COMMERCIAL CONTRACTS AND DISPUTES – LITIGATION AND ARBITRATION

Miroslav PAUNOVIĆ	
Content of the Arbitration Agreements	385
Dušica PALAČKOVIĆ	
International Insolvency (Possible Procedural Law Approach) . . .	402
Slavko ĐORĐEVIĆ	
Resolving Qualified <i>Conflit Mobile</i> in Proprietary Relations with Foreign Element	417
Uroš ŽIVKOVIĆ	
Delineating the Subjective Scope of the Arbitration Agreement with Respect to Third Parties: Exceptions to the Rule of <i>Inter Partes</i> in Establishing the Jurisdiction of the Arbitral Tribunal. . .	437
Branka BABOVIĆ	
Right to a Trial within Reasonable Time and Civil Procedure . . .	454

PUBLIC PROCUREMENT LAW

Gordana GASMI, Marija KOSTIĆ

“Green” Public Procurement in European Union and Its
Implementation in Serbia. 466

Vladimir KOZAR

Invalidity of the Public Procurement Agreement and
Compensation for Damages. 477

Ana KNEŽEVIĆ BOJOVIĆ

Civil Monitor – a New Mechanism for Scrutinising Public
Procurement in the Republic of Serbia 491

Mijat JOCOVIĆ

Current Problems in the Implementation of the Law on Public
Procurement in Montenegro 514

Marija VELIČKOVIĆ

Competitive Dialogue in Public Procurement 526

LABOUR AND SOCIAL LAW

Stevan ŠOGOROV

On the Concept of a Servant (Employee) in Employment Law. . . 539

Ljubinka KOVAČEVIĆ

Evaluation of Employees’ Capacities and Work – Key Legal
Aspects. 548

Filip BOJIĆ

Special Awards for Creditable Artists – Contemporary
Dilemmas and Future Solutions 538

TAX LAW

Zoran ISAILOVIĆ

Tax System and Politics in Serbia 587

Gordana ILIĆ-POPOV

Fringe Benefits in Tax and Business Policy 604

<i>Hasiba HRUSTIĆ</i>	
The Tax Policy without Strategy	623
<i>Cvjetana CVJETKOVIĆ</i>	
The Role of Indirect Taxes in Environmental Protection	636
INSTRUCTIONS FOR AUTHORS	647

ПРАВО КОНКУРЕНЦИЈЕ

др Зоран Р. ТОМИЋ

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

др Најаша ПЕТРОВИЋ ТОМИЋ

доцент Правног факултета Универзитета у Београду

НАРУШАВАЊА КОНКУРЕНЦИЈЕ У ОСИГУРАЊУ РЕСТРИКТИВНИМ СПОРАЗУМИМА*

Резиме

Зашићена конкуренција као предуслов нормалној функционисања тржишта примењује се и у области осигурања. Међутим, особености ове делатности, као и њен значај за привреду ојравдавају одсујање од одређених правила конкуренције. Тако се катеорија изузећа рестриктивних споразума традиционално примењује у сектору осигурања. Након објашњења саосигурања и реосигурања као техника изравнања ризика иманентних осигурању, аутори се баве појмом рестриктивних споразума како у позитивном праву, тако и у праву ЕУ. Најновија Уредба о колективном изузећу рестриктивних споразума сужава привилегију изузећа на две групе споразума: споразуме о заједничком истраживању и савлањању судија и табела и споразуме о заједничком покрићу ризика. Аутори се фокусирају на ове споразуме, објашњавају услове за њихову примену и при томе указују на споразуме који су тренуино ван колективног изузећа. Како су неки од њих – поједини типских услова – раније били обухваћени генералним изузећем, аутори савлањају питање да ли се на њих могао применити појединачно изузеће. Друи део рада посвећен је улози Комисије за зашићену конкуренцију и правној зашићени за случај повреде конкуренције.

* Овај чланак настао је као резултат учешћа на пројекту „Развој правног система Србије и хармонизација с правом ЕУ (правни, економски, политички и социолошки аспекти)“ Правног факултета Универзитета у Београду (2013).

На крају, аутори се осврћу на праксу Комисије по питању нарушавања конкуренције на тржишту осигурања. Аутори закључују да је заштитна конкуренције у области осигурања деликатан друштвени задатак, за чије извршење су најзначајнији прецизни и јасни прописи.

Кључне речи: друштво осигурања, рестриктивни споразуми, конкуренција, колективно изузеће, заштитна пошрошача.

I Право конкуренције и делатност осигурања

Делатност осигурања разликује се од осталих привредних делатности по многим карактеристикама (почев од оснивања, за све време пословања до основа и начина престанка) које оправдавају засебну законску регулативу ове делатности. Статусноправна издвојеност друштава осигурања од осталих привредних друштава одражава се и на испољавање конкуренције у овој области привреде. Принцип слободне конкуренције на тржишту обавезује и друштва осигурања, с тим да особеност овог сектора долази до изражаја и по питању заштите конкуренције. Стога не треба да чуди што се у праву Европске уније категорија изузећа рестриктивних споразума од примене правила конкуренције односи и на делатност осигурања. Иако нарушавају конкуренцију, неки од ових споразума имају и позитиван ефекат на економску ефикасност, због чега су друштвено пожељни!¹ Сектор осигурања је, дакле, један од оних за који се везује примена изузећа рестриктивних споразумима.²

Поставља се питање која је разумна мера одступања од општих правила конкуренције зарад уважавања специфичности осигуравајућег сектора. Колико је то у интересу друштвеног благостања и напретка? Ако пођемо од претпоставке да је конкуренција на тржишту неопходна јер ствара конкурентски притисак учесницима тржишта терајући их да повећавају економску ефикасност, можемо се запитати који се циљеви постижу одступањем од конкуренције?³ Колико су они значајни ако се зарад њиховог остварења може довести у питање равнотежа на тржиш-

1 M. Dreher, „Das Versicherungskartellrecht nach der Sektoruntersuchung der EG-Kommission zu den Unternehmensversicherungen“, *VersicherungsRecht*, No. 1/2008, 16.

2 Поред осигурања, посебан режим конкуренције примењује се и у области пољопривреде, саобраћаја, поштанских услуга, итд.

3 У праву конкуренције ЕУ прихваћен је концепт *радне конкуренције*, према коме се апсолутна слобода тржишних субјеката, под одређеним условима, може жртвовати или ограничити, у мери у којој је то оправдано позитивним ефектима (економским, социјалним). Вид. И. Спасић „Рестриктивни (ограничавајући) споразуми – стање у ЕУ и националном законодавству и потреба за хармонизацијом“, *Хармонизација*

ту? Одговор на ова питања може се дати, уважавањем карактеристика осигуравајућег сектора као посве различитог од осталих сектора привреде, с једне стране, и уважавањем традиције другачијег третмана споразума осигураваача од стране институција Европске уније, с друге стране.⁴ Не смемо заборавити да се уговор о осигурању разликује од других уговора по томе што извршење обавезе једне стране (осигураваача) зависи од настанка неизвесне околности (осигураног ризика).⁵ Неизвесност око настанка и последица осигураног ризика, посебно у сфери пружања покрића привредних ризика, чини отежаном адекватну процену износа премија и резерви потребних за извршење обавезе од стране осигураваача. Стога је у оваквим врстама осигурања много кориснија сарадња осигураваача од слободне конкуренције. Ефекти који се постижу сарадњом осигураваача користе и осигураницима, будући да је ризик инсолвентности осигураваача утолико мањи уколико се премије одреде на основу размене информација и искустава више осигураваача. Послови осигурања уопште не би могли бити реализовани без сарадње осигураваача. Зато је оправдан већи степен толеранције у погледу облика сарадње осигураваача. Суштина права конкуренције је да се њиме штити тржиште од оних облика нарушавања слободне конкуренције који дугорочно нарушавају друштвени напредак. Циљ политике конкуренције је да допринесе економском напретку и добробити друштва, а нарочито користи потрошача.⁶ Дакле, постоје облици нарушавања конкуренције чији су дугорочни ефекти спојиви са циљевима заштите конкуренције, због чега за њих важи посебан правни режим.

1. Саосигурање и реосигурање

За правилно разумевање заштите конкуренције у осигурању релевантне су два обележја делатности осигурања. Прво, делатност

домаћеј законодавстви са њравом ЕУ, Институт за упоредно право, Београд, 2004, стр. 73.

4 Та дугогодишња традиција може послужити као путоказ Комисији за заштиту конкуренције приликом одлучивања о третману рестриктивних споразума закључених у оквиру сектора осигурања.

5 Осигураник, наиме, улаже своја средства у куповину осигуравајућег покрића, а за узврат од осигураваача добија обећање да ће он извршити исплату накнаде, одн. суме осигурања ако се у будућности деси догађај предвиђен као осигурани случај. Строгом и стриктном регулативом делатности осигурања настојити се у што већој мери пружити гаранција да ће осигураваач заиста бити у стању да испуни дато обећање. Детаљније: J. Birds, *Birds' Modern Insurance Law*, Seventh Edition, Sweet & Maxwell, London, 2007, стр. 22.

6 H.-W. Micklitz, J. Stuyck, E. Terryn, *Cases, Materials and Text on Consumer Law*, Hart Publishing, Portland, 2010, стр. 3–6.

осигурања чине не само послови осигурања, већ и послови саосигурања и реосигурања.⁷ Хоризонтална и вертикална расподела ризика која се постиже саосигурањем, одн. реосигурањем неопходна је за правилно функционисање техничке организације осигурања.⁸ Наиме, друштва осигурања имају законску обавезу да у покриће примају само оне ризике који не превазилазе њихов максимални самопридржај.⁹ Доследна примена овог правила знатно ограничава капацитет друштава осигурања, чинећи их неспремним за покриће ризика који се у савременом праву осигурања означавају као велики и катастрофални ризици.¹⁰ Тежина неких ризика је таква да један осигуравач није у стању да их прими у покриће, јер не може да покрије последице настанка осигураног случаја, а да тиме не доведе у питање своју ликвидност и одржавање потребних резерви осигурања. Како у пракси постоји евидентна потреба за обезбеђењем осигуравајуће заштите од великих ризика (на пр.: осигурање ваздухоплова, бродова, атомских централа), друштва осигурања прибегавају изравнању ризика путем саосигурања и реосигурања.¹¹ Заправо, сектори привреде за које се везују велики ризици не би могли опстати без осигурања.¹² У том смислу се одступања од правила конкуренције оправдавају остварењем других, са становишта привреде, једнако важних интереса.

Саосигурање се дефинише као покриће ризика од стране два или више осигуравача, који су се споразумели о заједничком покрићу

7 За наше право: Закон о осигурању – ЗОС, *Службени гласник РС*, бр. 55/04, 70/04, 61/05, 85/05, 101/07 и 107/09, чл. 2.

8 Саосигурање и реосигурање, односно хоризонтална и вертикална расподела ризика могу се проучавати са статусног и уговорног становишта. Наиме, закључење уговора о осигурању путем саосигурања отвара бројна питања уговорног права. Исто тако, реосигурање вишка ризика утиче на уговорна питања. Ми ћемо се, уважавајући тему рада, ограничити на статусноправне аспекте саосигурања и реосигурања (нап. аут.).

9 ЗОС, чл. 3.

10 Појам великих ризика развио се у току двадесетог века, како би се удовољило потребама за осигуравајућом заштитом транспортних и индустријских ризика. Упореди: Y. Lambert-Faivre, L. Leveneur, *Droit des assurances*, Dalloz, 13 édition, Paris, 2011, стр. 20, 45.

11 Заправо, и саосигурање и реосигурање могу послужити као средство повећања капацитета осигурања, али и онда када се не желе у потпуности искористити капацитети осигуравача или реосигуравача. Преносењем дела ризика на друге осигураваче или реосигураваче омогућава се да један осигуравач рационално употреби своје капацитете, тј. да не буде ограничен само на покриће једног ризика. То је врло корисна функција изравнања ризика, јер осигуравачима омогућава да развијају пословање и стичу више клијената.

12 Ваздушни саобраћај, поморски саобраћај, извођење грађевинских радова..., само су неки од сектора чије би функционисање било отежано услед непостојања услуга осигурања.

ризика.¹³ Они се удружују у тзв. пулове осигурања, удружења, конзорцијуме, берзу осигурања, итд.¹⁴ Будући да би закључење уговора са сваким од саосигуравача појединачно било врло компликовано и донело више штете него користи, правило је да се један осигуравач овласти да иступа у име и за рачун осталих чланова пула – тзв. водећи осигуравач (фр. *société apériteurice, l'apériteur*; нем. *führende Gesellschaft*).¹⁵ Његова овлашћења односе се на заступање осталих осигуравача приликом закључења уговора, на наплату премија, издавање заједничке полисе, пријем изјава о штети и исплату мањих штета.¹⁶

Из свега реченог о саосигурању стиче се утисак о његовој корисности за практично функционисање делатности осигурања. Реч је о *модалишетиу сагадње друштиава осигурања*, који диктира сама делатност осигурања. Друштва повезана у пул саосигурања заједнички иступају на тржишту осигурања, чинећи могућим пружање покрића и оним ризицима које не би могао прихватити ни један појединачни осигуравач, ма ко-

13 D. Krajcicki, *Droit des assurances*, 2 édition, Montchrestien, Paris, 2008, стр. 58–60.

14 П. Шулерић, *Право осигурања*, Правни факултет, Београд 2005, стр. 74–5.

15 H. Groutel, F. Leduc, P. Pierre, M. Asselain, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, LexisNexis, Paris, 2008, стр. 19.

16 Али, без посебног овлашћења водећи осигуравач не може у име осталих да даје изјаве о одустанку, раскиду уговора, да закључи поравнање; тужба поднесена против водећег осигуравача нема дејство према осталима, итд (J. Bigot, „Les ambiguïtés de la coassurance“, *Revue Générale du Droit des Assurances*, No. 1/2012, стр. 18–25). Ситуација је потпуно другачија ако постоји клаузула о вођењу поступка (нем. *Führungsklausel, Prozessführungsklausel*), која даје пасивну легитимацију водећем осигуравачу у вези са свим питањима деловања осигуравајућег покрића (Н. Петровић Томић, *Осигурање од одговорности директора и чланова ујравној одбора акционарској друштиава*, Правни факултет, Београд, 2011, стр. 182–184). На основу ове клаузуле осигуранику је пружена погодност обраћања тужбом водећем осигуравачу уместо сваком од саосигуравача појединачно. Пресуда донета у спору по тужби против водећег осигуравача има обештећујуће дејство према свим осталим осигуравачима. Према ЗОО, када је уговор о осигурању закључен са више осигуравача који су се споразумели о заједничком сношењу и расподели ризика, сваки осигуравач назначен у полиси осигурања одговара осигуранику за потпуну накнаду (чл. 935). Да ли то значи да у нашем праву оваква клаузула не би имала никакво дејство тј. да се њоме не би могао мењати законски режим саосигурања? Да ли би осигураник имао право да се не обрати водећем осигуравачу и да се, уместо њега, обрати саосигуравачу по свом избору (чије му је седиште, примера ради, ближе)? Одговори на постављена питања морају се дати водећи рачуна о томе да је карактер цитиране нормe императиван, с једне стране, и да се од таквих норми може одступати само ако је то у интересу осигураника, с друге стране. Клаузула о вођењу поступка нам се чини прихватљивом из угла нашег права и заштите интереса осигураника. Водећи осигуравач коме осигураник треба да се на основу ове клаузуле обрати је по правилу најпогоднији, јер својом солвентношћу представља гарант да ће накнада из осигурања бити ефикасније остварена у односу на случај обраћања неком од осталих саосигуравача.

лико био финансијски моћан, угледан и са дугом традицијом пословања на тржишту осигурања. Међутим, чињеница је да пулови могу да се посматрају и са становишта усаглашености са прописима о заштити конкуренције. Другим речима, удруживање осигуравача може утицати на смањење конкурентног притиска између осигуравача чланова пула. Али, постојање пула осигуравача у исто време ствара додатни конкурентски притисак на осигураваче који нису чланови пула. У том смислу се мора посматрати улога пулова на савременом тржишту осигурања. Иако носи и одређени негативан ефекат (елиминисање конкурентског притиска између чланова) стварање пула осигурања у исто време изазива и позитивне ефекте. Поред неспорног конкурентског притиска на нечланове пула, корисна функција пула огледа се у чињењу доступном осигуравајуће заштите великих ризика, као и заштити корисника услуга осигурања. Поређењем негативних и позитивних ефеката овог модалитета сарадње друштава осигурања може се разумети зашто су пулови „на граници“ права осигурања и права конкуренције.

Реосигурање представља вертикалну расподелу ризика. Познато као осигурање осигурања (фр. *l'assurance de l'assurance*), реосигурање омогућава осигуравачу да на темељу премије коју плаћа реосигуравачу део ризика изнад максималног самопридржаја реосигура код домаћег или иностраног реосигуравача.¹⁷ Улога реосигурања тј. временско и просторно изравнање ризика које се њиме постиже је још значајније од циљева којима служи саосигурање.¹⁸ Посебно се истиче регулаторна улога реосигурања у вези са покрићем катастрофалних ризика.¹⁹ Средства

17 „Стога се друштвима за осигурање препоручује да развијају такве пакете услуга којима ће изаћи у сусрет потребама и захтевима потрошача, идентификованим у претходно поменутиим тржишним истраживањима, и добро се позиционирати у односу на конкуренцију, водећи при том рачуна о способности да своје нове производе и сервисирају (процена ризика пре увођења новог производа). Ти процеси интензивираће се како буду расли свест наших грађана о значају и предностима осигурања, тражња за овим услугама, али и ниво захтева и критеријума по којима ће осигураници бирати осигуравача. У том погледу, посебно је важно да се услови осигурања добро дефинишу, да се одреди адекватан ниво самопридржаја и спроводи одговарајућа политика саосигурања и реосигурања, да се при том поштују препоруке актуара, као и да се уговори о осигурању израде прецизно, како би се друштва за осигурање заштитила од излагања прекомерним ризицима осигурања.“ В.: *Смерница бр. 3 која се односи на контролу тржишног ризика и конкуренцију на тржишту осигурања*, Народна банка Србије, 4.

18 „Реосигурање је изузетно значајна финансијска делатност, која омогућава директном осигуравачу да, расподелом ризика на светком нивоу, повећава капацитет примања у покриће ризика, као и да смањи трошкове тог покрића.“ Директива 2005/68/СЕ од 16. новембра 2005. год.

19 Улога реосигурања је незаменљива у три групе случајева: 1) код природних катастрофа; 2) код осигурања технолошких ризика и 3) код ризика тероризма. Детаљније: Y. Lambert-Faivre, L. Leveneur, *нав. дело*, стр. 48–9.

која су реосигуравачи спремни да издвоје услуге, с једне стране, заштити осигураника и жртва ових ризика, а с друге стране, омогућавају опстанак осигуравача и поред одступања од резултата рачуна вероватноће и закона великих бројева. Њихова финансијска равнотежа остаје очувана, што се одражава на целокупну привредну стабилност и непрекинути привредни раст.²⁰ Зарад могућности реосигурања катастрофалних ризика, реосигуравачи се удружују у пулове реосигурања, специјализоване за тачно одређене активности (на пр.: атомски пулови специјализовани за реосигурање атомских ризика, пулови загађења специјализовани за реосигурање ризика загађења животне средине, итд.).²¹ Изазови пословања на савременом тржишту осигурања чине да су осигуравачи у исто време чланови пулова саосигурања и пулова реосигурања.²² Другим речима, то што је један осигуравач члан пула ризика саосигурања не искључује његову потребу да део ризика обухваћеног саосигурањем реосигура код одређеног пула реосигурања.²³

Из угла нашег позитивног права проблематична је одредба ЗОС о обавезној дисперзији ризика изнад самопридржаја осигуравајућег друштва путем реосигурања.²⁴ Она онемогућава друштва осигурања да самостално и равноправно врше дисперзију ризика путем саосигурања и реосигурања. Саосигурање је вид сарадње између друштава осигурања, којим се на најбољи начин искоришћавају њихови капацитети. У тржишно оријентисаним привредама друштва осигурања самостално и без законског „усмеравања“ одлучују да ли и у којој мери ће ризике делити са другим осигуравачима. Критеријуми који утичу на њихову одлуку су првенствено економски! По позитивном праву, није тако! Друштва осигурања могу прибегавати саосигурању само до износа максималног самопридржаја. Ако преузимају ризик који прелази максимални самопридржај, то не могу чинити путем саосигурања, већ део ризика морају реосигурати. Оваква норма противна је економској логици делатности осигурања, јер друштвима осигурања не оставља могућност да самостално и у складу са економским критеријумима одлуче о сарадњи са другим друштвима.²⁵ Ако је интерес једне државе, нарочито

20 Реосигурање је по својој природи посао међународног карактера, који подразумева огроман капитал и који се односи на различите ризике. Детаљније: F. Turgné, *L'arbitrage en matière d'assurance et de réassurance*, Economica, Paris, 2007, стр. 380.

21 Y. Lambert-Faivre, L. Leveneur, *нав. дело*, стр. 49.

22 I. Goldrein, R. Merkin, *Insurance Disputes*, L.L.P., London Hong Kong, 2003, стр. 684.

23 Све што је речено о пуловима саосигурања са становишта њихове усаглашености са правилима конкуренције важи *mutatis mutandis* и за пулове реосигурања.

24 ЗОС, чл. 7.

25 В. С. Јовановић, „Вишеструко осигурање, саосигурање и реосигурање у светлу постојећих законских прописа“, *Привреда и право осигурања у транзицији*,

оне недовољно развијене, да подстиче развој осигурања и веће учешће домаћих друштава у сектору осигурања, ово није начин да се то постигне. Сматрамо да овакве одредбе морају бити што пре уклоњене из законског текста због њиховог негативног учинка на развој саосигурања.

2. Општи услови осигурања

Друга специфичност делатности осигурања односи се на сарадњу осигуравача приликом израде општих услова осигурања. На развијеним тржиштима осигурања постоји пракса доношења типских услова од стране удружења осигуравача.²⁶ Таква пракса пожељна је како са становишта уједначавања пружања услуга осигурања на једном тржишту, тако и са становишта квалитетније заштите права корисника услуга осигурања. Заправо, у интересу корисника услуга осигурања је да општи услови не буду различити у битним одредбама.²⁷ Тиме се доприноси правној сигурности, будући да степен заштите на коју осигураник може рачунати, као и услови под којима прибавља заштиту не зависе од тога код ког осигуравача је покриће прибављено.²⁸ У новије време значај општих услова осигурања мора се посматрати и кроз њихов допринос заштити потрошача услуга осигурања. Они у том смислу имају бар троструку улогу. Прво, информативна улога.²⁹ Објављивањем општих услова осигурања потенцијалним корисницима услуга осигурања омогућава се да се и пре закључења уговора упознају са производом за који су заинтересовани, као и са садржином будућег уговора.³⁰ Друго, функција рационализације. С обзиром на број уговора о осигурању

Удружење за право осигурања, Палић, 2004, стр. 222.

26 M. Wandt, *Versicherungsrecht*, 5. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2010, стр. 72–80.

27 Стога на развијеним тржиштима осигурања постоји пракса да се за сваку нову врсту осигурања доносе модел услови од стране удружења осигуравача.

28 У нашем праву ствари стоје сасвим другачије. Наши осигуравачи самостално доносе услове осигурања, без икакве спољне контроле. Осим тога, усаглашавање услова је на добровољној основи. Ово има за последицу да је наша осигуравајућа стварност врло шаролика и мање или више различита у зависности од тога за које друштво осигурања се одлучимо. Јасно је да таква ситуација не делује подстицајно на кориснике услуга осигурања. Они могу бити врло непријатно изненађени поређем покрића које су прибавили са покрићем које нуди неки други осигуравач. При том се разлике не односе на неке споредне клаузуле, већ на битне елементе уговора о осигурању.

29 R. M. Beckmann, „Allgemeine Versicherungsbedingungen und AGB-Recht“, у: R. M. Beckmann, A. M. Beckmann (Hrsg.), *VersicherungsrechtsHandbuch*, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2009, стр. 511.

30 Оваква функција општих услова осигурања надовезује се на дужност информисања уговарача осигурања од стране осигуравача пре закључења уговора. То што и оп-

који се закључује у савременом друштву, јасно је да се општим условима омогућава да не дође до застоја у одвијању пословних трансакција повезаних са осигурањем.³¹ Исто тако, потрошачи услуга осигурања не морају предуго чекати на задовољење потребе за осигуравајућом заштитом. Најзад, орјентациона функција. Модел услови осигурања служе појединачним осигуравачима, нарочито оним који тек улазе на тржиште, као полазна тачка приликом израде услова осигурања прилагођених сопственим капацитетима.³²

Будући да се типски услови доносе под окриљем удружења осигуравача, јасно је да ово удружење може бити искоришћено и за остваривање циљева некомпатибилних са заштитом конкуренције. У упоредном праву је позната пракса размене битних информација између конкурената и омогућавање каснијег закључења картелских споразума.³³ Дакле, доношење типских услова у оквиру удружења осигуравача је вид добре праксе осигурања који вишеструко користи (како друштвима осигурања, тако и корисницима њихових услуга и уопште тржишту осигурања). Али, оно не сме постати параван за антиконкурентске елементе попут одређивања висине премија по којима ће одређени вид осигурања бити пружен. Сарадња осигуравача приликом доношења типских услова осигурања не сме бити супротна правилима заштите конкуренције.

II Рестриктивни споразуми по позитивном праву

Позитивно право познаје три општеприхваћена облика повреде конкуренције:³⁴ 1) рестриктивни споразуми, 2) злоупотреба доминантног положаја и 3) концентрација учесника на тржишту. У области осигурања доминирају рестриктивни споразуми. То су споразуми између учесника на тржишту који имају за циљ или последицу значајно ограничавање, нарушавање или спречавање конкуренције на територији Републике Србије.³⁵ Реч је, дакле, о продукту споразумевања привредних субјеката. Законодавац *exempli causa* наводи неке облике рестриктивних споразума: уговори, поједине одредбе уговора, изричити или прећутни

шти услови врше информативну функцију не искључује обавезу осигуравача да и сам о свим релевантним околностима информира уговарача осигурања.

31 R. M. Beckmann, *нав. дело*, стр. 511.

32 R. M. Beckmann, *нав. дело*, стр. 520.

33 Б. Беговић, В. Павић, *Увод у право конкуренције*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2012, стр. 52.

34 Закон о заштити конкуренције – ЗЗК, *Службеник гласник РС*, бр. 51/2009.

35 ЗЗК, чл. 10 ст. 1.

договори, *усаглашене праксе, као и одлуке облика удруживања учесника на тржиштима*.³⁶ Најпроблематичнији део регулативе рестриктивних споразума је управо одредба о томе да се и усаглашене праксе и одлуке облика удруживања учесника на тржишту сматрају рестриктивним споразумима. Иако је ово трансплант европског права и праксе, настао из потребе да се санкционише сваки облик нарушавања конкуренције, чак и ако се заснива на *de facto* нарушавању конкуренције, очекујемо да ће постати извор проблема у пракси.³⁷ Постојање усаглашене праксе тешко је доказати; учесницима на тржишту увек остаје могућност да своје поступке оправдавају тржишним параметрима. Други облик рестриктивних споразума су одлуке облика удруживања учесника на тржишту. Одлуке донете у оквиру професионалног удружења могу послужити као параван за постизање рестриктивног споразума, који је самим тим теже доказати и који може успешније функционисати.

Будући да је у Србији законодавство које се односи на заштиту конкуренције у повоју, јасно је да позивање на европске узорне праћено дословним преписивањем чланова Уговора, може постати извор великих проблема у пракси. Да не буде забуне: нисмо противници угледања на европске стандарде и право ЕУ уопште. Али, таква законска техника мора бити спроведена са мером, тј. након истраживања могућности примене преузетих норми у нашој друштвено-економској стварности. Када читамо чланове попут овог у коме су дефинисани рестриктивни споразуми, прво што нам пада на памет је питање како ће се Комисија за заштиту конкуренције (даље: Комисија) „снаћи“ у мору нејасних правних стандарда и непрецизних законских одредби? То што су неке од њих дословно преписане из европског законодавства за Комисију не представља олакшавајућу околност. У европском праву – коме толико тежимо да није претерано рећи да смо „већи католици од Папе“ – такве одредбе су допуњене богатом судском праксом, подзаконским актима

36 33К, чл. 10 ст. 2. Споразуми из става 1 овог члана забрањени су и ништави, а нарочито су то споразуми којима се непосредно или посредно утврђују куповне или продајне цене или други услови трговине; ограничава или контролише производња, тржиште, технички развој или инвестиције; деле тржишта или извори набавке и сл. Споразуми између конкурената (одлуке удружења) којима се утврђују куповне или продајне цене или други услови трговине, ограничава или контролише производња, тржиште, технички развој или инвестиције или деле тржишта или извори набавке су споразуми који су према члану 7 сав 1 и 2 Закона нарочито забрањени, јер увек битно ограничавају конкуренцију.

37 У члану 81 ст. 1 Уговора о оснивању стоји да су забрањени сви споразуми предузећа, договори удружења предузећа и споразумна пракса, који могу имати утицај на трговину између држава чланица и који имају за циљ или последицу спречавање, ограничавање или нарушавање конкуренције. Уговор, наравно, не садржи дефиниције ових појмова. У утврђивању њиховог значења најважнију улогу имао је Суд правде!

који садрже смернице, као и богатом традицијом примене колективних изузећа као коректива примене недовољно јасних норми. Како код нас Комисија неће моћи да се ослони ни на један од помоћних механизма приликом примене ових норми, питање је колики ентузијаста треба да буду њени чланови да би својим одлукама допринели правној сигурности у овако значајном сегменту привредне стабилности?! Што је још важније, нормама попут цитиране ствара се неизвесност у погледу теза државних власти.³⁸ Ако позитивно законодавство имплементира непрецизне норме или нејасне правне стандарде настаје регулаторни ризик за привредне субјекте.³⁹ То је ризик од неизвесне примене истих законских норми и правних стандарда од случаја до случаја. Држава треба да прописима осигура привредне субјекте од регулаторног ризика и креира привредни амбијент подстицајан за обављање комерцијалних делатности.

Када се каже рестриктивни споразум обично се помисли на картеле. Картели су хоризонтални споразуми између учесника на тржишту који послују на истом нивоу ланца промета.⁴⁰ Њима се конкуренти договарају, изричито или прећутно, да једни другима више не конкуришу!⁴¹ Како се оваквим споразумима елиминише конкуренција, јасно је зашто се забрана односи првенствено на ову категорију рестриктивних споразума.⁴² Поред картела, значајни су и споразуми о сарадњи између конкурената. Ови споразуми могу имати различит третман, већ према томе да ли имају негативан ефекат на конкуренцију. Наиме, могуће је да конкуренти закључе споразум о сарадњи који није усмерен ка спречавању међусобне конкуренције (примера ради, споразуми о размени резултата засебних истраживања и развоја). Осим тога, чак и да постоји нарушавање конкуренције, оно је ограничено само на одређени сегмент пословања (на пр.: на истраживање и развој), тако да не искључује конкуренцију у осталим сегментима пословања и у односу на остале учеснике на тржишту. Другим речима, споразуми који нису картелски могу унапредити тржишну утакмицу, због чега се једино на њих може односити привилегија изузећа.

38 Исто и: Б. Беговић, В. Павић, „Јасна и непосредна опасност: приказ новог Закона о заштити конкуренције“, *Анали Правној факултету Универзитета у Београду*, бр. 2/2009, 73.

39 *Ibid.*, 74.

40 Б. Беговић, В. Павић, *нав. дело*, стр. 44.

41 Договор се обично односи на цене производа или услуга, количине које ће бити понуђене на тржишту и географску поделу тржишта.

42 Зато се у неким правима картели третирају као апсолутно забрањени! Дакле, сваки картелски споразум је ништав, без потребе да се утврђује какви су његови ефекти.

Наш законодавац не прави разлику између картела и осталих рестриктивних споразума. Исто важи и у погледу њихове правне судбине. Они су по правилу ништави, осим ако „дојриносе унајређењу производње и промета, односно подстицању техничкој или економској најрејка, а подшошачима обезбеђују јравичан део користи под условом да не намећу учесницима на тржишту ораничења која нису неоходна за подстицање циља споразума, односно да не искључују конкуренцију на релевантном тржишту или његовом бићном делу“.⁴³ Код нас, дакле, рестриктивни споразуми нису ништави *per se*. Примењује се тзв. „*тест ефикаси*“ који пружа могућност да се – бар када је реч о споразумима који нису картели – исти не пониште без узимања у обзир евентуалних позитивних ефеката на конкуренцију и привредни напредак.⁴⁴ Задатак Комисије је да анализира последице које хоризонтални споразум може изазвати и да на темељу њихове процене одлучи да ли споразум може опстати или не.

Ако се процени да рестриктивни споразум није противан циљевима заштите конкуренције, исти се може изузети од забране конкуренције и санкције ништавости. Потребно је разликовати колективно и појединачно изузеће. У нашем праву се колективно изузеће може добити применом Уредбе о споразумима о специјализацији између учесника на тржишту који послују на истом нивоу производње или дистрибуције, а који се изузимају од забране (даље: Уредба).⁴⁵ То што се ради о споразуму који се убраја у листу за колективно изузеће не значи да ће исти заиста бити изузет. Могуће је да је он противзаконит, ако на основу процене свих околности произлази да његови негативни ефекти (нарушавање конкуренције) претежу над позитивним ефектима (привредни напредак). Из Уредбе, дакле, произлази да и хоризон-

43 33К, чл. 11.

44 S. Friese, Z. Grobanski, J. M. Graf von Schulenburg, „Fusionskontrolle bei Unternehmenszusammenschlüssen im europäischen Versicherungssektor“, *VersicherungsRecht*, бр. 31/2005, стр. 1493–1502.

45 *Службени гласник РС*, бр. 11/2010. То су: 1) споразуми о једностраној специјализацији којима се један учесник у споразуму обавезује да обустави производњу релевантних производа или да се уздржава од производње тих производа и да те производе купује од другог учесника у споразуму, а други учесник у споразуму се обавезује да те производе производи и продаје; 2) споразуми о узајамној специјализацији којима се два или више учесника у споразуму обавезују да престану да производе или да се уздрже од производње одређених али различитих производа и да их купују од других учесника у споразуму који се обавезују да их продају; 3) споразуми о заједничкој производњи којима се два или више учесника у споразуму обавезују да заједнички производе одређене производе. Изузеће од забране споразума из става 1 овог члана примењује се и на поједине одредбе које су садржане у тим споразумима, а које не представљају примарни циљ таквих споразума, али се непосредно на њих односе и неопходне су за њихово спровођење, као што су одредбе којима се уступају или дају на коришћење права интелектуалне својине.

тални споразуми о специјализацији који спадају међу споразуме на које се колективно изузеће односи неће уживати привилегију изузећа ако на релевантном тржишту постоји више споразума о специјализацији, а њихов кумулативни ефекат доводи до тога да споразум не испуњава опште услове за изузеће из члана 11.⁴⁶ Када се ради о споразумима који се не могу подвести под привилегију колективног изузећа, наш Закон даје могућност учеснику на тржишту да се обрати Комисији за заштиту конкуренције (даље: Комисија) са захтевом да рестриктивни споразум изузме од забране.

III Рестриктивни споразуми у праву осигурања Европске уније

Начелно, у праву Европске уније постоје исти облици повреде слободне конкуренције од стране друштава осигурања као и у нашем праву.⁴⁷ За сектор осигурања најкарактеристичнији су споразуми којима се нарушава слободна конкуренција на тржишту осигурања.⁴⁸

1. Развој регулативе рестриктивних споразума у сектору осигурања

Када је реч о друштвима осигурања, на нивоу ЕУ постоји сукцесија уредби које набрајају споразуме друштава осигурања са картелно прав-

46 Уредба, чл. 5 ст. 3.

47 Питање конкуренције у сектору осигурања је еволуирало у складу са еволуцијом у поимању конкуренције на јединственом тржишту ЕУ. Принцип оптималне алокације ресурса као централна вредност диктирао је да се приликом процене споразума којима прибегавају друштва осигурања много више пажње обраћа на економске, него на правне критеријуме. Стога је на јединственом тржишту ЕУ Комисија овлашћена да одређене споразуме изузме из општег режима, имајући у виду управо особености појединих сектора.

48 Они су дуго били једини познати начин коме друштва осигурања прибегавају, да би се касније у овом специфичном сектору јавиле и концентрације. Концентрације у области осигурања нису никаква новина у последњих неколико деценија. Оне су повезане са феноменом европске групације и банкоосигурања као начина пружања финансијских услуга. У области ЕУ поставило се питање који су то критеријуми на основу којих се концентрација квалификује као европска или национална. Полази се од вредности бруто премија, која подразумева како све примљене износе, тако и износе који ће бити примљени на основу уговора о осигурању закључених од стране друштава осигурања или за њихов рачун, укључујући и премије за осигурања за која је закључено реосигурање. Укључивање премија за реосигурани део ризика је логично, јер се само на основу свих закључених осигурања може проценити позиција друштва осигурања на тржишту. Детаљније: J. L. Bellando, J. Bigot, S. Cabrillac, B. Jadaud, J. Moreau, G. Parleani, *Entreprises et Organismes d'Assurances*, L. G. D. J., 3 édition 2011, 607.

ним дејством изузећа.⁴⁹ Заједнички именитељ поменутих споразума и разлог зашто се изузимају из општег режима је њихов *ипроконкурентни* карактер.⁵⁰ Они се, наиме, закључују у циљу подстицања потражње за услугама осигурања јачањем понуде осигурања, чиме дугорочно доприносе економској ефикасности. То их чини прихватљивим из угла остварења јавног поретка у области конкуренције.

Међутим, након деценије политике заштите конкуренције у осигурању засноване на прилично либералним критеријумима, пракса је показала да и у погледу друштава осигурања треба заузети мало рестриктивнији став.⁵¹ Најновија, најрестриктивнија Уредба 267/2010, из општег режима изузима само две групе споразума: 1) споразуме који се односе на прикупљање и дистрибуцију података, састављање табела и студија и 2) споразуме о заједничком сношењу одређених ризика.⁵² Сви остали споразуми остају изван изузећа, што значи да се на њих примењују општа правила права конкуренције.⁵³

49 Првом уредбом били су изузети следећи споразуми: заједничко утврђивање тарифа премија засновано на заједничким статистика или заједничко утврђивање броја осигураних случајева; доношење типских услова осигурања; заједничко покриће одређених ризика; регулисање осигураних случајева; утврђивање и прихватање сигурносне опреме; регистри који се односе на погоршане ризике и размена информација које се на то односе, под условом да су овакви регистри и подаци поверљиви. В.: Règlement CEE n. 1534-91 du Conseil, du 31 mai 1991, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à certaine categorie d'accords, de decisions et de pratiques concertées dans le domaine des assurances, JO n. L. 143 du 07/06/1991.

50 Доношењем уредби избегава се проверавање појединачних случајева, који би са картелноправног становишта били недопустиви. Уредбе о групним изузећима, при том, важе само за одређени период, наког чега се њихова картелноправна компатибилност поново проверава.

51 Стога је Комисија следећом (другом) уредбом област заштићених споразума ограничила на: споразуме о утврђивању и заједничком обрачуна премија, табела и студија; доношење модел услова и типских услова осигурања; заједничко покриће одређених ризика и израду правила о сигурносној опреми. В.: Règlement CE n. 358/2003 de la Commission du 27 février 2003, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à certaine categorie d'accords, de decisions et de pratiques concertées dans le domaine des assurances, JO n. L. 53/8 du 28/02/2003.

52 Règlement CE n. 267 de la Commission du 24 mars 2010, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à certaine categorie d'accords, de decisions et de pratiques concertées dans le domaine des assurances, JO n. L. 83/1 du 30/03/2010.

53 То што неки облик сарадње друштава осигурања није обухваћен генералним изузећем не значи да је *ispo facto* антиконкурентски. Постоје облици сарадње уобичајени у сектору осигурања, за које се може добити појединачно изузеће.

а) *Споразуми који се односе на прикупљање и дистрибуцију
података, састављање табела и студија*

Реч је о споразумима који имају најширу примену у области права осигурања.⁵⁴ Идеја која се врло рано развила у области осигурања је да треба разликовати закониту сарадњу приликом састављања табела и обрачуна премија од незаконите сарадње, тј. утврђивања висине комерцијалних премија. Реч је, дакле, о облику сарадње друштава осигурања у виду споразума о заједничком истраживању и развоју, који се испољава на специфичан начин у области осигурања. Сарадња између друштава осигурања или у оквиру удружења осигураваача у погледу компилација и размене информација има за циљ да омогући обрачун просечне премије за покриће ризика који се десио у прошлости или када је реч о животном осигурању утврђивање табела смртности, вероватноће настанка болести, инвалидности или несрећног случаја.⁵⁵ Као резултат овакве сарадње боље се упознаје ризик и поједностављује његова процена од стране појединачних друштава осигурања.⁵⁶ Исто важи и за студије о вероватном утицају спољашњих околности на настанак или тежину осигураног случаја, као и на рентабилност одређених улагања. Ови облици сарадње уживају привилегију изузећа само у мери у којој се њима не постиже утврђивање комерцијалних премија.⁵⁷ Привилегија изузећа од заштите конкуренције обухвата компилације и размене информација: а) које се заснивају на подацима који се односе на више година осигурања као период посматрања; б) тичу се истих или упоредивих ризика; в) настају на основу података довољних за реле-

54 Ови споразуми профилишу делатност осигурања у односу на друге привредне гране. Заједничко прикупљање података треба да прошири тзв. *калкулациону базу*. Што је она већа, то ће бити поузданија процена ризика и трошкова потребних за њихово покриће. У: Д. Самарџић, „Картелно-правни изузеци у сектору осигурања по новој уредби о групним изузећима Европске Уније од 2010. године“, *Промене у праву осигурања Србије у оквиру европској (ЕУ) развоја права осигурања (зборник радова)*, Палић, 2011, стр. 76.

55 Уредба 267/2010, чл. 2.

56 За разлику од других привредних друштава, друштва осигурања не могу утврдити цену услуга осигурања само на основу трошкова и марже. Заправо, цена осигурања није у потпуности позната у моменту закључења уговора. Она зависи од вероватноће наступања осигураног случаја, као и од начина његовог испољавања. Ризик се, дакле, процењује на основу анализе ранијих осигураних ризика, због чега је драгоцен увид у статистичке податке о наступању осигураних ризика у прошлости. Из овог разлога је битно признати право друштвима осигурања да сарађују у циљу тачне процене ризика и утврђивања адекватних премија осигурања. В.: Т. Oster, „Droit de la concurrence et assurance: cartographie des risques au lendemain de l'enquête sectorielle de la Commission européenne et de l'adoption du nouveau règlement d'exemption catégorielle“, *Revue Générale du Droit des Assurances*, No. 4/2012, стр. 966.

57 В. J. L. Bellando *et al*, *нав. дело*, стр. 610.

вентну статистичку обраду и г) омогућавају да се утврди нарочито: број осигураних случајева у току посматраног периода, број индивидуалних ризика осигураних сваке године осигурања у току периода посматрања, укупан износ накнада исплаћених или дугованих на основу настанка осигураних случајева, износ осигураног капитала за сваку годишну осигурања у току периода посматрања.⁵⁸ Компилације и табеле су обухваћене привилегијом ако: 1) садрже анонимне податке (не означавају ни осигураваче, ни осигуранике); 2) садрже ознаку да нису обавезујући и принудни; 3) не садрже ни назнаку о висини комерцијалних премија; 4) ако су доступне под разумним и недискриминаторним условима сваком друштву осигурања које затражи копију, укључујући и она која не послују на географском или тржишту производа на које се компилације односе и 5) ако су доступне, осим из разлога заштите јавне безбедности, под разумним и недискриминаторним условима потрошачким организацијама које затраже приступ компилацијама.⁵⁹

Дакле, споразуми о заједничким истраживањима и разменама информација, као и заједничко спровођење студија нису рестриктивни у смислу слободне конкуренције све док су засновани на анонимним подацима, нису обавезујући у односу на друштва осигурања и садрже податке који имају само индикативну вредност.⁶⁰ У том смислу је индикативна одлука *Verband der Sachversicherer*, везана за немачко осигурање од ризика пожара.⁶¹ Предмет спора била је одлука немачког удружења осигуравача о повећању премије осигурања за ризик пожара у индустријским делатностима, коју су аутоматски прихватила сва друштва осигурања. Европски суд правде пресудио је да је то вид нарушавања слободне конкуренције на тржишту осигурања ЕУ. Али, у образложењу одлуке изнети су бројни аргументи из којих се види свест суда да се споразуми осигуравача морају посматрати кроз тзв. тест ефеката (они нису ни само црни, ни само бели)! Суд је поредећи аргументе које су немачки осигуравачи истакли у своју одбрану настојао да утврди да ли је већа корист или штета од закључења оваквих споразума. Што се тиче позитивних ефеката споразума осигуравача у области осигурања, посебно су истакнути: успостављање стабилних услова на тржиш-

58 Уредба 267/2010, чл. 3 ст. 1 тач. а.

59 Уредба 267/2010, чл. 3 ст. 2. Детаљније о значају доступности ових података удружењима потрошача: Т. Körber, J. O. Rauh, „Kartellrechtlicher Zugang der Kunden- und Verbraucherverbände zu den gemeinsamen Statistiken der Versicherungswirtschaft“, *VersicherungsRecht*, бр. 16/2012, стр. 670–678.

60 Размене информација које се врши да би се постигли неки други циљеви не потпадају под привилегију изузећа.

61 Judgment of the Court of 27 January 1987, *Verband der Sachversicherer e.V. v. Case 45/85*.

ту осигурања; уклањање несигурности, већа доступност реосигурања, могућност друштва осигурања да користе тарифе прилагођене преузетим ризицима, итд.⁶²

Како се у Уредби 267/2010 истиче заједничке компилације и размене информација друштва осигурања могу имати двоструко проконкурентно дејство.⁶³ Они, најпре, омогућавају и најмањим, као и конкурентно најслабијим друштвима осигурања да се упознају са ризицима. Располажући конкретним подацима о ризицима, овим друштвима је неупоредиво лакше да процене да ли и под којим условима могу примати у покриће сличне ризике.⁶⁴ Друго, они фаворизују улазак нових друштва на тржиште осигурања. Друштвима која тек треба да се позиционирају на тржишту осигурања изузетно користе подаци других друштва која послују на том тржишту. Она ће са већом вероватноћом тачности моћи да процене своје шансе на таквом тржишту осигурања. Исто тако, резултати студија и размене информација могу користити и организацијама потрошача. На основу увида у овакве податке, потрошачи се упознају са условима под којима је доступна осигуравајућа заштита. Да би се остварио овај позитиван ефекат споразума неопходно је да сва друштва осигурања имају приступ резултатима споразума, чак и ако нису чланови асоцијације која је закључила споразум.⁶⁵ Осим тога, потребно је и да информације буду доступне под разумним и недискриминаторним условима и друштвима која не послују на истом тржишту. Одбијање саопштавања ових података је, стога, легитимно само ако то налажу разлози јавне безбедности.

Степен поузданости компилација, табела и студија зависи од количине података који чине статистичку позадину. Осигуравачи који држе већи удео на тржишту могу обезбедити довољно података за сачињавање поуздане компилације, што није случај са осигуравачима чији је удео на тржишту мали или су тек отпочели обављање послова осигурања. Уношење у компилацију података о свим осигуравачима присутним на једном тржишту делује подстицајно на конкуренцију, помажући малим осигуравачима и олакшавајући улазак на тржиште.⁶⁶

62 В. J. L. Bellando *et al*, *нав. дело*, стр. 610.

63 Уредба 267/2010, чл. 2.

64 На основу заједнички прикупљених података и резултата студија, појединачни осигуравачи састављају сопствене статистичке процене. Као резултат кооперативног – а не конкурентског понашања – ствара се почетна основа за сопствене процене појединачних осигуравача! Зато је неопходно да сви осигуравачи имају приступ информацијама. У: Д. Самарџић, *нав. чланак*, стр. 77.

65 В. J. L. Bellando *et al*, *нав. дело*, стр. 610.

66 Уредба 267/2010, чл. 3.

б) Сјоразуми о заједничком покрићу одређених ризика

Као што је већ речено, значај пулова у области осигурања је неспоран. Прво, стварањем пулова врши се хоризонтална расподела ризика, што омогућава осигуравачима да преузимају и ризике за које би, у одсуству пула, могли понудити само делимично покриће. Тиме се постиже врло користан ефекат: спречава се да недовољно финансијски способна или недовољно искусна друштва осигурања буду искључена са тржишта. Друго, омогућава се да друштва пружају покриће за ризике који превазилазе капацитет пула, будући да се вишак ризика може реосигурати.⁶⁷ Осим тога, пулови омогућавају средњим и малим друштвима директан приступ реосигурању, што је од огромног значаја за њихов максимални самопридржај.⁶⁸ Корисност пулова се у новије време све више посматра кроз призму покрића тзв. „великих и нових ризика“. Они су, стога, неопходни, али су услови њиховог изузећа из општег режима заштите конкуренције редефинисани.

Они се могу поделити у две групе: 1) општи услови и 2) посебни услови; који су, опет, разврстани у две подгрупе, према томе да ли се пулом врши покриће нових или старих ризика.

1) Општи услови

Општи услови за искључење пулова тичу се предмета пула, као и степена унутрашње принуде. Потребно је, најпре, да се ради о пулу саосигурања или реосигурања. Пул саосигурања је група основана директно од стране друштва осигурања или посредством друштва посредника осигурања у циљу преузимања одређених врста ризика у име и за рачун свих чланова или у циљу поверавања преузимања и управљања одређеном врстом ризика једном члану пула, заједничком посреднику или некој структури *ad hoc*.⁶⁹ Пул реосигурања се формира као пул саосигурања, али су у његовом саставу и реосигуравачи, с тим да је део ризика покривен од стране водећег реосигуравача, а остатак од стране осталих саосигуравача, који се међусобно реосигуравају или прихватају једну врсту ризика у име и за рачун свих чланова пула реосигурања.⁷⁰ Уредба задржава критеријум прагова удела у тржишту: удео пула саосигурања не сме бити већи од 20%, а удео пула реосигурања 25% ре-

67 То има за последицу повећање глобалне способности тржишта, што је повезано и са рационализацијом управљања ризицима.

68 Y. Lambert-Faivre, *Risque et assurances des entreprises*, Dalloz, Paris, 1991, стр. 162.

69 Уредба 267/2010, чл. 1 тач. 4).

70 Уредба 267/2010, чл. 1 тач. 5). Чисти пулови реосигурања су ван изузећа од искључења. Они су светских размера, превазилазе оквире ЕУ.

левантног тржишта.⁷¹ Да би се изузеће од општих правила конкуренције примењивало, потребно је да пул саосигурања или реосигурања није принудан у односу на чланове. Чланови морају имати право да у сваком тренутку иступе из пула, без икакве санкције или казних последица. Пул, такође, не сме бити ексклузиван. Чланови задржавају право да пружају осигурање или да се реосигуравају ван пула. Правила пула не морају бити ограничена на једно географско подручје ЕУ. Чланови пула не смеју бити подвргнути квантитативним ограничењима везаним за преузимање ризика и комецијалне премије.⁷²

2) Посебни услови који се односе на покриће нових ризика

Нови ризик се дефинише као ризик који није постојао раније и чије покриће изискује стварање новог производа осигурања. Ризик је, дакле, нов ако се не може покрити изменом, побољшањем или проширењем постојећег производа осигурања.⁷³ Изузетно, новим се сматра и стари ризик, који се толико променио да је постало немогуће унапред утврдити капацитете осигурања неопходне за његово покриће.⁷⁴ Чак и онима који нису упознати са појмом нових ризика, јасно је да тржиште осигурања мора да се припреми и прилагоди за њихово покриће. У том смислу пулови осигурања играју значајну улогу. Примена изузећа је временски ограничена и односи се на период у току кога се ризик може сматрати новим. Нови ризик брзо постаје стар, а тржиште постаје спремно да му пружи покриће под нормалним условима. Стога је правилником тај рок ограничен на три године. Истеком тог рока, пул који

71 Ова одредба је била на мети критичара најновије уредбе, који сматрају да се њоме изиграва смисао изузећа пулова осигурања и реосигурања од општих правила конкуренције. Задржавањем прагова удела на тржишту практично се из пулова искључују осигуравачи који држе значајан удео на тржишту. На тај начин се пуловима умањује како способност примања ризика у покриће (нарочито тзв. великих ризика, чије покриће и оправдава другачији третман пулова (ре)осигурања), тако и стручност и ефикасност. Осим тога, нова уредба тера друштва осигурања да пажљиво преиспитају законитост учешћа у пулу (ре)осигурања. Она претходно треба да дефинишу тржиште на коме ће пул деловати (тзв. релевантно тржиште). Сматрамо да ће оваква регулатива деловати демотивишуће на оснивање и даљи рад пулова у области осигурања, што у крајњој линији најмање користи потрошачима услуга осигурања. Они ће често бити у ситуацији да на одређеном тржишту не могу да задовоље потребе за осигуравајућом заштитом! В.: Т. Oster, *нав. чланак*, стр. 963–964.

72 Јасно је да не може бити говора о примени изузећа ако су се чланови споразумели о стварању картела, односно ако су поделили тржиште или се споразумели о висини премија осигурања. В. J. L. Bellando *et al.*, *нав. дело*, стр. 612.

73 Уредба 267/2010, чл. 1 тач. 6 а.

74 Уредба 267/2010, чл. 1 тач. 6 б.

се бавио покрићем доскора новог ризика, подвргава се општим правилима осигурања и конкуренције.

3) Посебни услови који се односе на покриће старих ризика

Може се радити како о традиционалним, тако и о ризицима који више нису нови јер је истекао рок од три године. Дакле, ако се на пул више не може применити изузеће од заштите конкуренције због протекла рока од три године, он се може подвести под оквире другог изузећа. Пул, дакле, може бити изузет од заштите конкуренције у неограниченом року ако његови чланови, заједно са зависним друштвима, не држе значајан удео тржишта осигурања. Значајан удео тржишта капитала везује се за мање од 20% ако је реч о пулу саосигурања, односно мање од 25% ако је реч о пулу реосигурања.⁷⁵

в) Споразуми на које се не односи привилегија изузећа

Доношење Уредбе 267/2010 означава повратак општем праву конкуренције и његовој примени у области осигурања. Споразуми који су раније били изузети више то нису. Реч је о следећим споразумима: 1) типски услови осигурања; 2) споразуми који се односе на безбедносну опрему; 3) споразуми који се односе на регулисање штета; 4) споразуми који се односе на регистре погоршаних ризика; 5) хоризонтални споразуми између реосигуравача; 6) споразуми који се односе на посреднике осигурања; 7) споразуми о узајамном осигурању; 8) споразуми у оквиру Лојда.

Типски услови осигурања – као врста општих услова пословања – нису својствени само сектору осигурања. Сви привредни субјекти, нарочито они у оквиру финансијског сектора, доносе типске услове којима унапред одређују услове под којима пружају услуге.⁷⁶ Доступност типских услова сваком заинтересованом лицу, нарочито уговарачима осигурања, представља основну погодност. Транспарентност

75 Поставља се питање зашто је направљена разлика у погледу процента значајног учешћа на тржишту између пулова осигурања и пулова реосигурања. Овакво разликовање свакако није стимулативно за стварање пулова саосигурања и уопште хоризонталну поделу ризика. Осим тога, проблем може настати и у погледу аутоевалуације тј. права чланова пула да сами процењују колики је њихов удео на тржишту осигурања или реосигурања!

76 До доношења најновије уредбе једино је за сектор осигурања важила привилегија изузећа типских услова од примене општих правила конкуренције. Стога је Комисија Европске уније заузела став да задржавање ове привилегије представља дискриминацију и да није оправдано даље фаворизовање сектора осигурања у односу на остале секторе који једнако користе типске услове. В.: Т. Oster, *нав. чланак*, стр. 967.

тржишта и смањење информационе асиметрије претпоставља да потрошачи унапред имају јасну представу о покрићу који им се нуди, као и да имају могућност да упореде различите понуде. Осим тога, типски услови не морају нужно довести до унификације услуга осигурања, нити до нарушавања уговорне равнотеже права и обавеза. Ако они нису обавезујући у односу на друштва осигурања и ако друштва имају могућност да усвоје и другачије услове осигурања, нема разлога да се сматрају противним конкуренцији у осигурању. Напротив. Они су проконкурентни. Међутим, постоје одређене индиције које типске услове чине антиконкурентно настројеним: систематско искључење извесних ризика из типских услова, без могућности да се покриће обезбеди на основу уговора; уношење клаузуле о продужетку уговорног односа са осигураником и након престанка уговора, одн. и на предмете који нису предвиђени уговором; ако садрже макар назнаку комерцијалне премије; ако указују на износ осигуране суме или франшизе; ако намећу генерално покриће, које се односи и на ризике којима највећи број осигураника заиста није изложен; ако обавезују осигураника да код истог осигуравача прибави осигурање за различите ризике; ако садрже клаузуле којима се нарушава равнотежа уговорних обавеза (на пр.: омогућавају повећање премије иако ризик или обим покрића нису промењени; мењају уговорне услове без сагласности осигураника, итд).⁷⁷

Споразуми о безбедносној опреми искључени су из примене изузећа од доношења правилника 267/2010. Код набавке безбедносне опреме увек постоји ризик од искључења одређених произвођача, било због дискриминаторног или искључујућег карактера одређених стандарда, било због дискреционарности њихове примене.⁷⁸ Осигуравачи, наиме, увек могу одређеног произвођача поменуте опреме елиминисати на основу теста процене применљивости опреме.⁷⁹

Споразуми који се односе на регулисање штета, према ставу Европског суда правде израженом у одлуци *Van Ameyde*, треба да допринесу поједностављењу и убрзању регулисања штета. Стога су они допуштени било да обавезују само друштва осигурања или се односе на националне бирое. Ако је споразум закључен на нивоу национал-

77 В. J. L. Bellando *et al*, *нав. дело*, стр. 614.

78 Осим тога, мере безбедности уобичајене су и у другим привредним гранама, тако да њихово специјално везивање за сектор осигурања није оправдано. Тако и: Д. Самарџић, 75.

79 Критеријуми из претходних правилника могу бити од помоћи приликом процене да ли је споразум о безбедносној опреми противан слободној конкуренцији. То су: транспарантност, јавност, неопходност за покриће одређених ризика, итд. Ови споразуми су значајни у мери у којој олакшавају (ре)осигуравачима процену ризика, посебно ако је његово покриће повезано са коришћењем и одржавањем одређене безбедносне опреме. В.: J. L. Bellando *et al*, *нав. дело*, стр. 615.

ног бироа за регулисање штета, биро може регулисати штету или њену ликвидацију поверити неком од чланова. У вези са оваквим дејством споразума о регулисању штета јавља се опасност од тзв. ексклузивитета. Наиме, може се десити да на основу примене оваквог споразума нека друштва осигурања буду фактички искључена из процедуре регулисања штета. Такво затварање тржишта за поједине осигураваче није у интересу ни уговорача осигурања, ни потенцијално оштећених лица.⁸⁰

Осигуравачи свакако имају интерес да буду упознати са ризицима који показују тенденцију погоршавања током времена. За техничку организацију осигурања и заштиту ликвидности осигуравача врло је корисно разменити сазнања са другим осигуравачима о ризицима који могу постати извор измене уговорних одредаба. У том смислу се посматрају споразуми који се односе на регистре погоршаних ризика. Закључење оваквих споразума и размена информација о ризицима који повлаче другачији третман од тзв. уобичајених ризика је и у интересу корисника услуга осигурања. Ако осигуравач на самом почетку препозна такав ризик за њега ће тражити већу премију. Што је још битније за носиоце нормалних ризика, они неће бити сврстани у исту заједницу ризика са носиоцима тежих ризика, чиме ће избећи плаћање непримерено високих премија.⁸¹

Хоризонтални споразуми између реосигуравача цене се на основу општих правила заштите конкуренције.⁸² Пракса показује да се најчешће закључују зарад остварења циљева несагласних правилима тржишне утакмице.

Споразуми који се односе на посреднике осигурања утичу на дистрибутивни систем услуга осигурања. Њих закључују друштва осигурања и друштва за посредовање у осигурању, чиме се најдиректније дира у независност посредника осигурања. Заправо, проблеми потичу отуда што се посредник осигурања налази у амбивалентној позицији: он је и саветник осигураника и део система дистрибуције услуга осигурања. Познато је да посредницима провизију плаћа осигуравач, а не осигураник – иако раде у *интересу* осигураника! То их доводи у отворени сукоб интереса: како очекивати да посредници раде свој посао *lege artis* када их за то плаћа осигуравач, за кога могу бити везани и уговором о управљању уговорима о осигурању, по основу кога добијају посебну

80 В. J. L. Bellando *et al*, *нав. дело*, стр. 615–16.

81 С друге стране, постоји потреба и за заштитом интереса лица која носе теже ризике. Поверљивост информација – често личних – садржаних у овим регистрима мора бити очувана. Ради се заправо о поштовању права на заштиту приватности. У: В. J. L. Bellando *et al*, *нав. дело*, стр. 616.

82 То су заправо картелски споразуми реосигуравача!

накнаду!⁸³ Постоје два спорна питања у вези са овим споразумима. Прво, постојање клаузуле о највишем могућем износу провизије посредника према друштвима осигурања која су закључила споразум. Јасно је да оваква одредба споразума није у складу са принципом тржишног одређења износа провизије за одређену привредну услугу.⁸⁴ Друго, износ провизије за посредовање мора бити предмет споразума између конкретног осигураваача и конкретног посредника. Одређивањем износа провизије за посредовање у осигурању споразумом осигураваача – чак и ако није унета клаузула о највишем могућем износу – одступа се од принципа аутономије воље уговорних страна.

Споразуми о узајамном осигурању представљају споразуме које закључују друштва за узајамно осигурање.⁸⁵ Њихова правна судбина зависи од тога колико су рестриктивни у односу на чланове.⁸⁶

Када је реч о споразумима закљученим под окриљем Лојда, није искључено да они једног дана – због специфичности интерног функционисања ове асоцијације – буду обухваћени привилегијом изузећа од општих правила права конкуренције. Међутим, у овом тренутку се сматра да у области поморског осигурања ово тржиште има апсолутни примат. Стога је сваки споразум закључен између синдиката осигураваача којим се премије осигурања или рабати одређују на јединствен начин противан правилима заштите конкуренције.⁸⁷

IV Акти и мере Комисије према друштвима осигурања

Заштитна конкуренције, посебно сујројстйављање ресйрикйивним (зобрањеним) споразумима и злоуйојребама монојолоској јоложаја на йржишйу, важан је и деликтан друштвени задатак. Комисија, као самостална и независна организација која врши јавна овлашћења, покреће поступак испитивања повреде конкуренције по службеној дужности када на основу достављених иницијатива, информација и

83 У таквој ситуацији посредник је мотивисан да клијенту препоручи закључење уговора о осигурању не са друштвом осигурања које нуди најбољу понуду, већ са оним које нуди најповољнији износ провизије и накнаде за услугу управљања уговорима! Детаљније: F. Stancke, „Maklerdeckungskonzepte-katrell-, laiterkeits- und versicherungsrechtliche Implikationen“, *VersicherungsRecht*, No. 31/2012, 1346–1356.

84 Осим тога, она може деловати дестимулативно на обављање делатности посредовања у осигурању.

85 Пример таквог споразума је споразум закључен између „P. and I. Clubs“, водећих друштава за узајамно осигурања интереса угрожених поморском пловидбом.

86 B. J. L. Bellando *et al*, *нав. дело*, стр. 617.

87 B. J. L. Bellando *et al*, *нав. дело*, стр. 618.

других расположивих података основано претпостави постојање повреде конкуренције.

1. Одлуке Комисије

Две су врсте одлука Комисије: решење и закључак.⁸⁸ Комисија доноси *решење* о повреди конкуренције, о појединачном изузећу и одобрењу или забрани концентрације. Оно је мериторни управноправни акт, у режиму управног права. Саставни део решења којим је утврђена повреда конкуренције је одлука о мери заштите конкуренције, односно друга управна мера коју одређује Комисија у складу са ЗЗК (о чему нешто доцније). Решење Комисије је коначно, а против њега се може покренути управни спор, тражити судска заштита пред Управним судом. Друга врста правних аката Комисије је *закључак*, као процесни акт. Он се доноси у питањима у вези са управљањем поступком, привременим мерама и извођењем доказа. Закључак о извођењу доказа доноси службено лице које води поступак, ако ЗЗК није другачије прописано. Правило је да је против закључка допуштена посебна жалба; ЗЗК је може у одређеним случајевима изричито искључити. По жалби против закључка који доноси службено лице, одлучује председник Комисије, а по жалби против закључка који доноси председник Комисије, одлучује Савет. Жалба против закључка не одлаже његово извршење.

2. Одлуке у поступку испитивања концентрације

Комисија је дужна да донесе решење по пријави концентрације у року од месец дана од дана подношења пријаве, односно закључак о спровођењу испитног поступка.⁸⁹ Ако Комисија не донесе решење по пријави у том року, односно не донесе решење у поступку испитивања концентрације по службеној дужности у року од три месеца од покретања поступка сматра се да је концентрација одобрена.⁹⁰ Подносилац иницијативе за испитивање повреде конкуренције не може да напада ћутање Комисије са законским значењем одобравања концентрације, јер по слову ЗЗК није странка у дотичном поступку.⁹¹ Такво ћутање са значењем позитивном решења – коначно је у управном поступку.

Ипак, може се поставити питање уставности цитираног законског правила о апсолутном и априорном одрицању својства странке подно-

88 ЗЗК, чл. 38.

89 ЗЗК, чл. 65.

90 ЗЗК, чл 62 ст. 4.

91 ЗЗК, чл. 33 ст. 2.

сиоцу иницијативе за испитивање повреде конкуренције. Зашто га законодавац отворено ниподаштава? И то спрам начела *Права на њравично суђење* и *Права на једнаку заштитиу њрава и на њравно средство* Устава Србије.⁹² Иста законска норма је противна и признатим европским стандардима: *Праву на њравично суђење* (из члана 6) и *Праву на деловорни њравни лек* (члан 13) из Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода. Она може да створи огромне недоумице и штете у пракси. Да буде отворени канал за бројне и разноврсне манипулације, па и корупцију, за правну несигурност учесника у поступку пред Комисијом и посебно на самом тржишту, што је још опасније. Недоречене и сумњиве законске регуле су и алиби за могућу дискреционарност и арбитрерност у раду Комисије. С друге стране, логично је и разумно да је странка у управном поступку пред Комисијом: прво – лице о чијим се правима и интересима непосредно одлучује, по службеној дужности или по његовом захтеву; друго – сваки онај њравни субјект и којей се и њравно и фактички њиче одлучивање њред Комисијом у дајтом случају; свако „ѡређе лице“ чија ѡрава и ѡравни ѡнтереси ѡејосредно или ѡосредно зависе од резултата ѡосиујка заштитије конкуренције. Комисија мора да врло опрезно и пажљиво цени који конкретно правни субјекти имају својство странке у одређеном поступку заштите конкуренције, узимајући у обзир све чињенице и околности. Испољена иницијатива за испитивање повреде конкуренције не даје самим тим неком лицу својство странке. Али, садржинска веза његових права и интереса и онога о чему се конкретно одлучује од стране Комисије – због чега је и посегао за описаном иницијативом! – пружа му пуноправну процесну страначку легитимацију. Шта значи да може пуноважно да штити своја права и правне интересе пред Комисијом а и после тога, пред судом? Да буде званично саслушано, да у поступку износи сопствене тврдње, да брани своје ставове, да улаже приговоре, изрази неслагање са исказима других учесника у поступку; да побија дато обавештење или пак „ћутање“ Комисије поводом неприхватања њене иницијативе за испитивање повреде конкуренције. Најзад, да поднесе тужбу Управном суду против решења Комисије којим је концентрација учесника на тржишту одобрена, указујући на кршење закона чиме се повређују његови интереси, итд. Речју, не сме да буде било какве дискриминације појединих учесника на тржишту – ни у меродавним законским тестовима, ни у раду надлежних јавних тела, нарочито у делању државних органа управе, независних јавних агенција и судова.

Из свих представљених разлога, сугеришемо законодавцу да недоречену одредбу промени у смеру успостављања једнокоправности – у рангу странке у поступку – подносиоца пријаве концентрације и

92 Устав Републике Србије, чл. 32 и 36.

иницијатора испитивања повреде конкуренције чија су права у истом контексту редовно такође „у игри“.

У међувремену, сваки иницијатор испитивања повреде конкуренције могао би да заподене управни спор о законитости решења или „ћутања“ Комисије неповољног по њега, наводећи у тужби да му је понашањем Комисије у појединачном случају повређено право или законом заснован интерес. Тада би Управни суд најпре ценио активну правну легитимацију подносиоца те и такве тужбе. Утврђивао би да ли уопште има правне копче између његових права и на закону заснованих интереса и предметне концентрације, односно евентуалне повреде конкуренције. При негативном одговору, тужбу одбацује. При потврдном, Управни суд започиње да испитује оспорени акт или Комисијино „ћутање“ у границама тужбеног захтева, и на крају изриче пресуду о његовој законитости. Штавише, када се пред Управним судом постави питање сагласности једног закона са Уставом, Управни суд има овлашћење да застане са својим поступком и да сам покрене спор о уставности те регуле пред Уставним судом. Та правна могућност назива се приговор неуставности.⁹³

Комисија ће решењем одобрити концентрацију која испуњава услове дозвољености;⁹⁴ у супротном ће је, такође решењем, забранити. Ако се утврди да пријава концентрације не испуњава неопходне услове⁹⁵ – пријава се одбацује закључком који доноси председник Комисије.

*Условно одобрење концентрације.*⁹⁶ Ако Комисија утврди да нема услова за одобрење концентрације, обавестиће подносиоца пријаве о битним чињеницама, доказима и осталим елементима на којима ће засновати решење и позвати га да се изјасни у остављеном року. Подносилац пријаве може у изјашњењу предложити посебне услове које је спреман да прихвати са циљем да спровођење концентрације испуњава услове за одобрење. Комисија ће имајући у виду предложене посебне услове, ако процени да су подобни за остваривање законских услова, донети решење којим одобрава концентрацију и одређује посебне услове и рокове за њихово извршавање, као и начин контроле извршавања услова. То је решење о условном одобрењу концентрације.

3. Мера деконцентрације

Ако Комисија утврди да је спроведена концентрација за коју није издато одобрење или нису извршени услови и обавезе у случају

93 Службени гласник РС, бр. 109/07, 99/11, чл. 63.

94 ЗЗК, чл. 19.

95 ЗЗК, чл. 61.

96 ЗЗК, чл. 66.

да је концентрација условно одобрена, може донети решење којим ће учесницима у концентрацији изрећи мере потребне за успостављање или очување конкуренције на релевантном тржишту.⁹⁷ То су мере деконцентрације. Уједно, она ће наложити учесницима да изврше поделу привредног друштва, отуђе акције или уделе, раскину уговор или изврше друге радње у циљу успостављања стања пре спровођења концентрације. То решење нарочито садржи рок и посебне услове испуњења датог налога.

4. Прекид поступка

Комисија може донети закључак о прекиду поступка који је покренут по службеној дужности ако је конкуренција повређена у незнатној мери, а странка се обавезе да неће наставити или поновити радњу или акт којим се битно ограничава, нарушава или спречава, конкуренција, односно да ће надокнадити или отклонити проузроковану штету.⁹⁸ Односни прекид поступка може трајати најдуже шест месеци.⁹⁹

5. Уопште о управним мерама које одређује Комисија

Теоријски гледано, управна ствар заштите конкуренције је по природи сложена и дељива. Она, садржински узев, има два главна повезана одељка. Уопштено и упрошћено казано, први је најпре у утврђивању противправности једног споразума – у утврђивању повреде конкуренције. Ова деоница обухвата и корективне мере „које имају за циљ отклањање учињене повреде конкуренције, односно спречавања могућности настанка исте или сличне повреде, давањем налога за предузимање одређеног понашања или забране одређеног понашања“.¹⁰⁰ То су *ујравне мере отклањања повреде конкуренције*. Други део исте управне ствари (под претпоставком да је дошло до повреде конкуренције) је *изрицање мера заштите конкуренције и процесног пенала*.¹⁰¹ Дакле, ако Комисија утврди повреду конкуренције, или другу повреду овог закона, одредиће меру заштите конкуренције, меру отклањања повреде

97 33К, чл. 67.

98 33К, чл. 58.

99 Ако странка против које се води поступак не испуни или прекрши преузете обавезе пре истека рока од шест месеци или у међувремену учини нову повреду конкуренције, Комисија ће наставити поступак. Закључак о прекиду поступка, односно наставку поступка, доноси председник Комисије.

100 33К, чл. 59.

101 В. З. Р. Томић, „Заштита конкуренције и (не)ретроактивност закона“, *Правни информатор*, бр. 10/2012, стр. 21.

конкуренције, односно другу управну меру прописану овим законом.¹⁰² Приликом одређивања висине износа који се плаћа на основу мерезаштите конкуренције, односно процесног пенала, узимају се у обзир намера, тежина, последице и трајање утврђене повреде конкуренције. Наплата новчаног износа одређене управне мере врши се у корист буџета Републике Србије. Ако странка не плати новчани износ одређене мере у остављеном року из решења, принудну наплату спроводи пореска управа по правилима принудне наплате пореза.

6. Посебно о мерама отклањања повреде конкуренције

Има их две врсте: мере понашања и структурне мере.¹⁰³ Решењем којим се утврђује повреда конкуренције, Комисија може да одреди мере које имају за циљ отклањање утврђене повреде конкуренције, односно спречавање могућности настанка исте или сличне повреде, давањем налога за предузимање одређеног понашања или забране одређеног понашања. То су тзв. *мере понашања*. Оне морају бити сразмерне тежини утврђене повреде конкуренције и у непосредној вези за актима или радњама које су изазвале повреду. Ако се утврди значајна опасност од понављања исте или сличне повреде као непосредне последице саме структуре учесника на тржишту, Комисија може да одреди меру која би имала за циљ промену у тој структури ради отклањања такве опасности, односно успостављање структуре која је постојала пре наступања утврђене повреде. То су тзв. *структурне мере*. Структурна мера се одређује само ако нема могућности за одређивање једнако или приближно делотворне мере понашања или ако би одређивање мере понашања представљало већи терет за учесника на тржишту него конкретна структурна мера, односно ако раније изречена мера понашања поводом исте повреде конкуренције није спроведена у целини. Структурна мера може да предвиђа обавезу развргавања настале структуре учесника на тржишту, нарочито путем продаје појединих његових делова или имовине другим лицима која нису повезана са учесником на тржишту.

7. Посебно о мерама заштите конкуренције и процесног пенала

Учеснику на тржишту одредиће се мера заштите конкуренције, у облику обавезе плаћања новчаног износа у висини највише 10% од

102 ЗЗК, чл. 57.

103 ЗЗК, чл. 59.

укупног годишњег прихода (обрачунатог у складу са чланом 7 ЗЗК), ако:¹⁰⁴ (1) злоупотреби доминантан положај на релевантном тржишту; (2) закључи или изврши забрањени тј. рестриктивни споразум, односно рестриктивни споразум; (3) не изврши, односно не спроведе мере отклањања повреде конкуренције, односно меру деконцентрације; (4) спроведе концентрацију супротно обавези прекида, односно за коју није издато одобрење за спровођење концентрације. Рок за плаћање износа мере заштите конкуренције одређује се истим решењем којим је одређена та мера и не може бити краћи од три месеца, нити дужи од годину дана од дана пријема решења. Мера заштите конкуренције не може се одредити нити наплатити протеком три године од дана извршења радње или пропуштања испуњења обавезе, односно од последњег дана временског периода извршења радње о којој је реч. Тада наступа застарелост.

8. Ослобађање од обавезе из мере заштите конкуренције¹⁰⁵

Учесник споразума који је први Комисији пријавио постојање споразума или доставио доказе на основу којих је Комисија донела решење о повреди, ослобађа се од обавезе плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције. Ослобађање од обавезе плаћања новчаног износа примениће се под условом да Комисија, у тренутку достављања доказа, није имала сазнање о постојању забрањеног споразума, или је пак имала сазнање али није имала довољно доказа да донесе закључак о покретању поступка. Учеснику односног споразума који не испуњава услове за ослобађање од обавезе плаћања новчаног износа, висина плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције може бити смањена под условом да у току поступка Комисији достави доказе који у том тренутку нису били доступни, а који омогућавају окончање поступка и доношење решења о повреди. Приказана правила не важе за учесника забрањеног споразума који је иницирао његово закључење. Влада ближе уређује услове за ослобађање од обавезе плаћања о којој је реч.

9. Мера процесног пенала¹⁰⁶

Учеснику на тржишту одређује се мера плаћања процесног пенала у предвиђено износу (од 500 евра до 5.000 евра) за сваки дан понашања супротно налогу Комисије датом у поступку, односно непоступања по

104 ЗЗК, чл. 68.

105 ЗЗК, чл. 69.

106 ЗЗК, чл. 70.

том налогу, ако: (1) не поступи по захтеву Комисије да јој достави или саопшти тражене податке или јој достави или саопшти нетачне, непотуне или лажне податке; (2) не поступи по привременој мери (из члана 56); (3) не поднесе пријаву концентрације у прописаном року. Процесни пенал не може да износи више од 10% укупног годишњег прихода обрачунатог у складу са ЗЗК. Рок за плаћање процесног пенала одређује се истим решењем којим је одређена та мера и не може бити краћи од једног нити дужи од три месеца од дана пријема решења. Мера плаћања процесног пенала не може се одредити нити наплатити протеклом једне године од дана пропуштања радње која представља основ кажњавања; тада наступа застарелост.

У Судска контрола у области заштите конкуренције

1. Судска заштита против решења Комисије

У области заштите конкуренције, обезбеђена је управно-судска контрола, у управном спору. Против коначног решења Комисије може се поднети тужба у року од 30 дана од дана достављања решења странци. О тужби одлучује Управни суд.¹⁰⁷

Овде се поставља начелно питање да ли, и у којој мери, посебни прописи – па и ЗЗК – у погледу појединих управних материја могу дерогирати одредбе ЗУС-а, а да за тако нешто сâм ЗУС не даје правни основ?¹⁰⁸ Конкретно, у ЗЗК пише: „У поступку пред судом ради испитивања законитости решења Комисије, примењују се одредбе закона којим се уређују управни спорови, ако овим законом није другачије прописано.“¹⁰⁹ Тај закон, донет пре ступања на снагу новог ЗУС-а, у погледу „судске контроле“ предвиђа нарочито: 1) да се одлагање извршења може тражити од саме Комисије за заштиту конкуренције – а ЗУС одлагање извршења ставља у надлежност суда; 2) да суд може „преиначити оспорено решење“ и само у погледу висине новчаног износа одређене управне мере, и то „под условом прописаним законом којим се уређују управни спорови“ */sic!*¹¹⁰ – а ЗУС ни у једној својој одредби не говори о преиначењу тужбом оспореног акта, па ни дела акта; 3) „суд ће

107 ЗЗК, чл. 71.

108 У одређеним питањима такав правни основ постоји, рецимо, према слову ЗУС-а, „изузетно, у појединим материјама спор пуне јурисдикције може да буде изричито искључен посебним законом“ (члан 43 став 3. ЗУС-а) – што је, на пример, предвиђено ставом 5 члана 9 Закона о банкама.

109 ЗЗК, чл. 72.

110 ЗЗК, чл. 72 ст. 3.

донети одлуку најкасније у року од два месеца од пријема тужбе¹¹¹ – а ЗУС такав рок не познаје, итд.

Остављамо овде по страни околност да ли је ЗУС донет пре неког специјалног закона који садржи поједина другачија правила судске заштите од оних из ЗУС-а, или није; то за ову дискусију није од пресудне важности. По нашем виђењу, кључно је нешто друго: *да ли један специјалан закон – иако и ЗЗК – умањује степен судске заштите предвиђен ЗУС-ом (прва хипотеза), или је ипак надограђује, односно унапређује (друга хипотеза)?*

При *првој хипотези* – умањење нивоа судске заштите у управном спору од стране појединих одредби једног специјалног закона – налазим да Управни суд не сме да примени те и такве одредбе специјалног закона при прижању судске заштите у тој посебној управној материји. Ово због *неојходности јединствености судске заштите у свакој ујавној области, а посебно због одржавања доследности нивоа јавне заштите из ЗУС-а*, у смислу примене принципа права на правично суђење (члан 32 Устава и члан 6 ЕКЉП-а), права на једнаку заштиту и права на правно средство при управном суђењу (члан 36 Устава и члан 13 ЕКЉП-а). А достигнути ниво људских и мањинских права не може се смањивати.¹¹² Тако, суд поступа по одредби члана 23 става 2–4 ЗУС-а код захтева за одлагање извршења који је њему, а не органу чије се решење оспорава, поднесен – а не по норми неког посебног закона; јер, не сме се посебним законом круто прописивати да тужба против овог решења не може спречити или одложити његово извршење (став 4 члана 9 Закона о банкама).¹¹³ Али, с друге стране, може се поступати код правне могућности одлагања извршења оспореног решења и по посебном закону, овде ЗЗК – не дерогирајући при томе одредбе ЗУС-а – тако што ће странка одлагање извршења оспореног решења тражити (и) од Комисије (по члану 71 став 3–5 ЗЗК).¹¹⁴ Значи, посреди су кумулативна овлашћења на страни странке.

При *другој хипотези* – да се посебним законом судска заштита у управном спору унапређује, односно надограђује – сматрам да суд треба да поступи по тој и таквој специјалној одредби када регулише судску заштиту у одговарајућој управној области. Тако, суд би у управном спору, у материји заштите конкуренције, био дужан да донесе одлуку

111 ЗЗК, чл 72 ст. 4–5

112 Устав, чл. 20 ст. 3 – Ограничења људских и мањинских права.

113 Службени гласник РС, бр. 107/05.

114 Љ. Пљакић пак закључује да о одлагању извршења одлучује (само) Управни суд. Љ. Пљакић, „Нека процесна питања Закона о заштити конкуренције“, *Право и привреда*, бр. 5–7/2010, стр. 304–305. В.: Б. Беговић, В. Павић, *нав. дело*, стр. 139.

по тужби најкасније у року од два месеца од пријема тужбе;¹¹⁵ овим се судска заштита чини делотворнијом, али то не сме да иде на уштрб начела правичности управног суђења: „У управном спору суд одлучује на основу закона и у разумном року, на подлози чињеница утврђених на усменој јавној расправи.“¹¹⁶

Што се тиче наведеног примера под 2) из ЗЗК (да суд може „преиначити оспорено решење“ и само у погледу висине новчаног износа одређене управне мере, и то „под условом прописаним законом којим се уређују управни спорови“) – одредбе специјалног закона ваља тумачити у смислу ЗУС-а: тзв. судско преиначење оспореног акта у одређеном делу значи у ствари – језиком ЗУС-а – правну могућност његовог само делимичног поништавања и судско мериторно решавање у том делу управне ствари, уместо надлежног органа (у конкретном случају, у погледу висине новчаног износа изречене управне мере), и то применом члана 43 став 1 ЗУС-а. Овим се, држимо, нити умањује нити увећава судска заштита у управном спору прописана ЗУС-ом, већ се она само чини еластичнијом. Речју, то би била некаква потенцијална *специфична њуна јурисдикција (мериторно ујравно одлучивање од стирани суда) у делу ујравне ствари, која не дира у суштинину њој инстинктивна*.¹¹⁷

Конкретно, по ЗЗК, „подношење тужбе не одлаже извршење решења“. Комисија може по захтеву подносиоца тужбе да одложи извршење решења до правоснажности судске одлуке, ако би извршење тог решења нанело ненадокнадиву штету за тужиоца, а нарочито ако би вероватно довело до стечаја или престанка обављања пословне делатности тужиоца, под условом да одлагање није противно јавном интересу. Уз захтев за одлагање подноси се доказ о поднетој тужби. По захтеву за одлагање извршења одлучује Савет, најкасније до истека рока за плаћање одређеног у решењу.

Дакле, проблематична је одредба ЗЗК по којој, „у поступку пред судом ради испитивања законитости решења Комисије, примењују се одредбе закона којим се уређују управни спорови, ако овим законом није другачије прописано“. Ту вреде ставови које смо малочас саопштили. Надаље, „законитост решења Комисије, у делу одлуке о висини новчаног износа одређене управне мере, испитује се у односу на услове за ту одлуку прописане овим законом и подзаконским актима“. Рок за доставу тужбе са прилозима Комисији на одговор је осам дана од дана пријема у суду, а рок за давање одговора је 15 дана од дана пријема туж-

115 ЗЗК, чл. 72 ст. 5.

116 ЗУС, чл. 2.

117 В.: З. Р. Томић, *Коментар Закона о ујравним споровима са судском ѡраксом*, 2. издање, Београд, 2012, стр. 128–129.

бе на изјашњење. Да поновимо, *ex lege*: суд ће донети одлуку по тужби најкасније у року од два месеца од пријема тужбе. По правилу, пред Судом се одржава јавна расправа ради утврђивања чињеничног стања (чл. 33–34 у вези са чланом 2 ЗУС-а – *Правичности суђења у управном суду*), и када је у питању једностраначка управна став у материји заштите конкуренције (члан 33 ЗЗК).¹¹⁸

Против правноснажне пресуде Управног суда незадовољна странка има свакад правну могућност да се обрати *Врховном касационом суду*, захтевом за преиспитивање те одлуке, ванредним правним леком. И онда када Управни суд није решавао у пуној јурисдикцији. Јер, посреди је правна ствар у којој је у управном поступку жалба била законски искључена (у смислу члана 49 став 2 тачка 3 ЗУС-а). А на следећу одлуку Врховног касационог суда, која представља крај судског пута заштите, постоји *право на уставну жалбу, Уставном суду Србије*. Најзад, будућа одлука Уставног суда, подобна је да се од овлашћеног лица нападне пред *Европским судом за људска права*, рецимо због наводне повреде права на правично суђење (члан 6 ЕКЉП) у националним оквирима.

2. Накнада штете

Накнада штете која је проузрокована актима и радњама које представљају повреду конкуренције у смислу ЗЗК, а која је утврђена решењем Комисије, остварује се у парничном поступку пред надлежним судом. Ипак, околност да је штета наступила мора се доказати у грађанском судском поступку.

VI Поглед на праксу комисије у погледу осигурања

1. Законске одредбе у супротности са слободном конкуренцијом

Доношењем Закона о обавезном осигурању¹¹⁹ престале су да важе одредбе о обавезном осигурању Закона о осигурању имовине и лица,¹²⁰ осим одредаба члана 86 тог закона које престају да важе по истеку три године од дана ступања на снагу овог закона. Према одредбама које су престале да важе, Удружење осигуравајућих друштава је

118 Упореди са Б. Беговић, В. Павић, *нав. дело*, стр. 139; Љ. Пљакић, *нав. чланак*, стр. 305.

119 *Службени гласник РС*, бр. 51/09 – даље: ЗООС.

120 *Службени лист СРЈ*, бр. 30/96, 57/98, 53/99 и 55/99 и *Службени гласник РС*, бр. 55/0, чл. 73 до 108, 111–112, 143–146.

ради заштите трећих оштећених лица могло да изради *тарифу премоја са јединственим премојским стопоама техничке премоје за орјанизације за осигурање*, а Народна банка Србије је давала претходну сагласност на наведену тарифу премоје, као и на њене измене и допуне. Наведени прописи су предвиђали да свако осигуравајуће друштво утврди износ премоје осигурања од аутоодговорности тако што ће на јединствену стопу техничке премоје самостално укалкулисати допринос за превентиву и режијске трошкове, у границама датим Уредбом,¹²¹ што је у значајној мери омогућавало конкуренцију на тржишту пружања услуга осигурања власника, односно корисника моторних и прикључних возила од одговорности за штету причињену трећим лицима у погледу износа премоје осигурања.

Чланом 108 ЗООС прописано је да су *друштва за осигурање која обављају послове осигурања од аутоодговорности дужна да примењују заједничке услове осигурања, премојски систем са јединственим основама премоје осигурања за те послове и минималну тарифу*, који садрже и бонус-малус систем из члана 43 овог Закона. Према истој одредби, Народна банка Србије даје претходну сагласност на заједничке услове, премојски систем и тарифу из става 1 овог члана које доноси Удружење, као и на њихове измене и допуне. Према мишљењу Комисије, предвиђеном обавезом друштава за осигурање да примењују минималну тарифу коју доноси Удружење *елиминисана је ценовна конкуренција између осигуравајућих друштва*. Иако члан 108 ЗООС теоретски предвиђа могућност да износ премоја осигурања буде и изнад минималних премоја предвиђених минималном тарифом, досадашње понашање осигуравајућих друштва потврђује да ће осигуравајућа друштва задржати истоветну политику цена премоја осигурања од аутоодговорности која подразумева исте цене премоја осигурања код свих друштава. Како се истиче у допису Комисије, примена исте продајне цене од стране свих конкурената на релевантном тржишту искључује конкуренцију, што наноси штету потрошачима корисницима услуга осигурања с обзиром на то да им није омогућено да дођу до бољег квалитета и јефтинијих производа или услуга. На овај начин скоро два милиона осигураника је остало без могућности да врши избор услуге осигурања од аутоодговорности у погледу цене.

Са становишта Комисије неоправдано је да се на основу закона омогући осигуравајућим друштвима елиминација ценовне конкуренције, јер се тиме само доприноси повећању профита осигуравајућих друштава, а на штету потрошача. Сигуран начин обештећења трећих лица, односно испуњавање уговорних обавеза осигуравача и солидан однос премоја и штета, који је можда био циљ наведене одредбе, постигао

121 Уредба о премојским стопоама у осигурању од аутоодговорности, *Службени лист СРЈ*, бр. 20/97 и *Службени гласник РС*, бр. 36/2005.

се са успехом и досадашњом регулацијом која је опште прихваћена у упоредном законодавству. Одређивање минималне техничке премије једнаке за сва осигуравајућа друштва јесте један од начина који може да обезбеди сигуран начин исплате штета, посебно имајући у виду да надзорни орган прати примену минималне техничке премије. Самостално одређивање износа режијских трошкова које свако друштво зарачунава на техничку премију би довело до такмичења у погледу износа премије осигурања коју осигураник плаћа. На тај начин би осигуравајућа друштва била подстакнута да у циљу придобијања клијената рационализују трошкове, што би довело и до нижих цена премија осигурања. Природно је да учесници на једном тржишту – конкуренти, теже ограничавању па и потпуном укидању конкуренције, јер онда само они имају користи од тога, али је у условима слободне тржишне привреде неоправдано озаконити истоветно понашање свих учесника на једном тржишту, ако то није неопходно.¹²²

2. Одлука Удружења осигуравача Србије

Комисија је издала саопштење, а касније донела и решење¹²³ о томе да су Удружење осигуравача Србије доношењем одлуке о јединственом износу премија осигурања од аутоодговорности и чланице Удружења применом те одлуке битно спречили и ограничили конкуренцију на тржишту пружања услуга осигурања власника, односно корисника моторних и прикључних возила од одговорности за штету причињену трећим лицима. У поступку покренутом по службеној дужности, Савет Комисије је утврдио да је Удружење осигуравача Србије, супротно овлашћењима из тада важећих прописа о осигурању, донело Одлуку о минималним премијама осигурања власника, односно корисника моторних и прикључних возила од одговорности за штету причињену трећим лицима и доставило је осигуравајућим друштвима која се баве пружањем услуге овог осигурања како би исту примениле.¹²⁴

122 Такође треба напоменути да је у члану 118 ЗООС прописано да одредба члана 108 ЗООС престаје да важи деведесетог дана од дана приступања Републике Србије Европској унији, чиме законодавац даје до знања да је законско укидање конкуренције у овој области противно правилима у Европској унији. У свим другим областима Република Србија хармонизује прописе са прописима Европске уније, а са становишта конкуренције нема ниједног оправданог разлога зашто се то не чини и у области осигурања.

123 Комисија за заштиту конкуренције, Решење, бр. 4/0-02-224/09-83 од 21. децембра 2009. год.

124 Анализом ценовника услуге осигурања од аутоодговорности наведених осигуравајућих друштава утврђено је да су до 11.8.2008. године сва осигуравајућа друштва применила Одлуку Удружења о минималним премијама осигурања са Тарифом

Према Уредби о премијским стопама у осигурању од аутоодговорности *Удружење може да изради тарифу премија са јединственим премијским стопама техничке премије*. Према Уредби и другим прописима о осигурању осигуравајућа друштва су била дужна да примене техничку премију коју одреди Удружење, те да премију осигурања одреде самостално тако што ће на техничку премију додати допринос за превентиву и режијске трошкове у границама прописаним Уредбом. Супротно од тога, Удружење је одредило минимални износ премије тако што је на технички премију укалкулисало максимално предвиђен износ за превентиву и режијски додатак (одређујући у ствари максимални износ премије), те Одлуку доставило чланицама Удружења да исту примене.

Прихватањем минималних премија осигурања Удружења осигуравајућа друштва – чланице Удружења закључиле су и извршавале споразум из члана 7 ЗЗК, којим се битно спречава и ограничава конкуренција на релевантном тржишту. Наведеном активношћу, чланице Удружења су директно елиминисале конкуренцију на релевантном тржишту с обзиром на то да потрошач који је обавезан да закључи уговор о осигурању од аутоодговорности, нема избора у погледу цене. Чињеница да ниједан од преко милиона осигураника по овом основу нема могућност избора осигурања у погледу цене потврђује да се ради о битном ограничавању конкуренције.

3. Уговор о конзорцијуму друштава осигурања

Комисија за заштиту конкуренције донела је закључак о покретању поступка против осигуравајућих кућа: *Delta Generali, Wiener Stadische* и Дунав осигурање због постојања Уговора о конзорцијуму закљученог између ових друштава. Тим уговором ова друштва су се споразумела о подношењу заједничке понуде у поступку јавне набавке услуга осигурања и реосигурања ваздухопловне флоте авио компаније „Јат Airways“. Према мишљењу Комисије: „предметни уговор се сматра заједничким улагањем, а конкретно представља облик хоризонталног споразума који има за циљ координацију тржишних активност три учесника на тржишту, који су међусобно конкурентни...“¹²⁵

премија Х-АО Удружења, преносећи табелу премија у своје ценовнике са почетком примене од 11.8.2008. године.

125 Комисија за заштиту конкуренције, Закључак о покретању поступка испитивања повреде конкуренције по службеној дужности, бр. 4/0-02-164/2011-1, стр. 2.

VII Закључак

Нико више не сумња да је делатност осигурања специфична у односу на друге привредне делатности. Такође, нико не доводи у питање огроман привредни потенцијал осигурања. Али, то не имплицира да се на друштва осигурања не примењује правила заштите конкуренције. Напротив. Осигурање је врло интересно за конкуренцију; будући да су се у овом сектору развиле (и још увек се развијају!) бројне праксе за које је спорно да ли доводе до нарушавања слободне конкуренције на тржишту осигурања. Почев од споразума о премијама, расподели тржишта, бојкоту, за које нема спора да су противни слободној конкуренцији до споразума о размени информација о истраживању и развоју, за које је неспорно да су проконкурентни. Између ове две крајности су споразуми и праксе који су најпроблематичнији, попут: доношења типских услова, заједничког покрића тзв. старих ризика. Ови споразуми могу бити извор нарушавања конкуренције на тржишту осигурања и квалификовати се као рестриктивни. Међутим, није искључено и да ови споразуми доприносе јачању конкуренције – бар између друштава обухваћених споразумом и осталих друштава осигурања – као и побољшању понуде осигурања и заштити корисника услуга осигурања. Дакле, сваки контакт између конкурената не мора бити рестриктивни споразум, већ се његов домаћај мора ценити на основу тзв. теста ефеката. Уколико су позитивни ефекти таквог споразума (у виду подстицања конкуренције, стварања користи за потрошаче осигурања, итд.) већи од негативних ефеката (стварање рестрикција на тржишту осигурања) утолико је оправдано изузимање таквог споразума од примене општих правила конкуренције.

Сматрамо да су наши прописи о заштити конкуренције – иако инспирисани регулативом ЕУ – прилично нејасни и непрецизни. Предвиђамо да могу постати извор проблемских ситуација, што у крајњој линији највише штети интересима потрошача услуга осигурања. Стога сматрамо да се приликом примене таквих прописа Комисија мора добро упознати са ставом европских узора по питању испољавања заштите конкуренције у области осигурања. Довољно је узети у обзир податак да у ЕУ постоји традиција другачијег третмана споразума осигуравача и да је тренутно на снази трећа уредба о колективном изузећу одређених споразума са картелноправним дејством. У ЕУ, дакле, постоји свест о томе да природа делатности осигурања налаже да осигуравачи закључују и споразуме који се не толеришу другим привредним друштвима. Ти споразуми су оправдани и друштвено пожељни управо зато што без њих не би било могуће пружање покрића тзв. великим ризици-

ма или новим ризицима, одн. зато што омогућавају стварање калкулационе базе за што адекватнију процену премија осигурања.

Управне мере Комисије у случају нарушавања конкуренције рестриктивним споразумима су углавном двојаке: 1) мере отклањања повреде конкуренције; 2) мере заштите конкуренције и процесног пена-ла. А сам поступак заштите конкуренције је једноступен што се тиче решења Комисије; она су – као главне управне одлуке – одмах и коначна, жалба на њих је законски искључена. Насупрот, на закључке службеног лица Комисије је по правилу допуштена посебна жалба председнику Комисије, односно Савету Комисије (на закључке њеног председника). Решења Комисије се могу непосредно побијати тужбом пред Управним судом, у управном спору, чиме је осигурана судска заштита у области заштите конкуренције. Одступања ЗЗК на плану судске контроле у односу на правила ЗУС-а треба применити под условом да не умањују ниво правне заштите странака; речју, релевантна су само она која, као специјална, тај ниво подижу. У управном спору, све одлуке Управног суда – пресуде и решења – су правноснажне; оне се могу нападати ванредним правним леком, захтевом за преиспитивање пред Врховним касационим судом.

Zoran R. TOMIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law, University of Belgrade

Nataša PETROVIĆ TOMIĆ, PhD

Assistant Professor at the Faculty of Law, University of Belgrade

RESTRICTIVE AGREEMENTS AS A FORM OF COMPETITION INFRINGEMENT IN INSURANCE

Summary

Protection of competition as a precondition of normal market functioning is also applied in the field of insurance. However, the originality of the sector as well as its importance to the economy justify deviation from certain rules of free competition. Thus, the category of exemption of restrictive agreements is traditionally applied in sector of insurance. After an explanation of coinsurance and reinsurance as a risk equalization techniques immanent to insurance, the authors deal with the notion of restrictive agreements in the Serbian and in the EU law. New Regulation on collective exemption of restrictive agreements no-

rows the exemption privilege to two groups of agreements: agreements on joint research and compilation of tables and studies and agreements of joint coverage of risk. The authors focus on these agreements, explaining the conditions for their use and thereby indicate which agreements are currently outside of the collective exemption. As some of them – like the general conditions of insurance – were previously covered by the general exemption, the question is whether it could be now covered by individual exemption. The second part of the work is devoted to the role of Commission for the protection of Competition and the legal protection in the event of infringement. Finally, the authors refer to the practice of the Commission for the Protection of Competition in the terms of violation of competition on the insurance market. The authors conclude that the protection of competition in the insurance is delicate social task whose execution requires precise and clear rules.

Key words: *insurance company, restrictive agreement, competition, collective exemption, protection of consumers.*

др Радован Д. ВУКАДИНОВИЋ
професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу
директор Центра за право ЕУ

НЕКА ПРЕТХОДНА ПИТАЊА У ВЕЗИ ЗАХТЕВА ЗА НАКНАДУ ШТЕТЕ ЗБОГ ПОВРЕДЕ КАРТЕЛНИХ ПРОПИСА У ПРАВУ ЕУ

Резиме

Дуго времена у ЕУ су постојали проблеми конкуренције, а пре свега картелни постојећи садржани у члановима 101 и 102 УФЕУ, сматрани делом јавног права за чије је тумачење и примену била задружена Европска Комисија, у првом степену, и Суд правде и Првостепенни суд, у другом степену. Оваква примена је у теорији означена као јавна примена. Тек након што је Суд правде у одлуци у предмету SABAM, одредбама чланова 101 и 102 признао директно дејство створени су услови за приватну примену поред националним судовима држава чланица. Међутим, све до одлуке у предмету Кариц, питање приватне примене и накнаде штете настале појединцима због повреде картелних прописа је третирано само као моћност. Одлуком у предмету Кариц Суд правде је подстикао Комисију да покрене дугорочни процес модернизације у примени картелних прописа са циљем да се подстиакне приватна примена и право појединаца на наканду претрпљене штете. Приватна примена је, међутим, захтевала да буду решена бројна претходна питања, као што су јавни основ примене комунијарног права пред националним судовима и јавни основ захтева за наканду штету, што чини предмет овог рада.

Кључне речи: право ЕУ, картелни постојећи, јавна примена, приватна примена, наканда штете, директно дејство.

I Уводне напомене – наговештај заштите индивидуалних комунитарних права

Када је Суд правде Европске економске заједнице (у даљем тексту ЕЕЗ или само Заједница) 1963. године у чувеној пресуди у предмету *Фан Хенг (Van Gend)*¹ заузео став да субјекте новог правног поректа који је створен у оквиру Заједнице, поред држава чланица чине и њихови држављани и да право Заједнице има за циљ не само да ствара обавезе појединцима, већ и да им пружи одређена права, тешко је било замислити да ће појединци своја субјективна комунитарна права моћи да остварују не само у односима према држави, већ и у односима са другим физичким лицима пред националним административним и судским органима. Посебно је било тешко претпоставити да ће појединцима бити признато право на накнаду штете због повреде комунитарних картелних прописа с обзиром да ово право није било познато у националним правима већине држава чланица. Разлоге за ову сумњу је требало тражити у посебној природи права конкуренције и схватању његове улоге у тадашњој Европској економској заједници, а касаније у Европској унији (у даљем тексту ЕУ) и органима који су били задужени за њено спровођење. Наиме, дуго времена се сматрало да право конкуренције чини део јавног права и да се од његове примене очекује да омогући остваривање јавних циљева. Стога су за његово спровођење били задужени јавни или административни органи. У ЕУ је то била Европска комисија, а у државама чланицама, посебна регулаторна тела. Таква примена је означава-на као јавна или административна примена (*public enforcement*). У ЕУ се од административне примене картелних прописа очекивало да омогући успостављање и функционисање унутрашњег тржишта, односно да се очува и заштити конкуренција као пожељна утакмица или надметање на унутрашњем тржишту.² Проблеми су, међутим, настали због тога што се применом правила конкуренције не утиче само на остваривање јавних циљева, већ и на појединачне или индивидуалне интересе лица која непосредно или посредно учествују у конкуренцији (учесници на тржишту и потрошачи). Уговором о оснивању није био предвиђен институционални механизам за заштиту наведених појединачних или приватних интереса, али Уговор није ни бранио такву заштиту. И сам Суд правде је истицао да комунитарно право обавезује и државе чланице и појединце којима намеће обавезе или додељује субјективна комунитарна права која чине део комунитарног и „њиховог правног наслеђа“

1 Предмет C-26/62, *NV Algemene Transport – en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration*, [1963] ECR 1 *English special edition*.

2 Вид. European Commission, *Competition Policy in Europe and the Citizen*, Luxembourg, 2000, стр. 7.

и која национални судови морају да штите.³ Признавањем индивидуалних субјективних права, Суд правде је преузео обавезу и да обезбеди њихову примену непосредно или преко националних судова. Међутим, након што је то наговестио, Суд правде се на питање заштите индивидуалних субјективних права због повреде картелних прописа вратио тек 2001. године у предмету Кариц.⁴ У међувремену је владала уверење да је националним судовима дозвољено да у границама својих надлежности и у складу са принципима којима је одређен однос између комунитарног права и унутрашњих права држава чланица воде поступке по приватним тужбама за накнаду штете због повреде комунитарних правила о конкуренцији. Касније студије⁵ су показале да је таквих случајева било врло мало и да се спровођење картелних прописа углавном одвијало пред Европском комисијом у административном поступку. Разлоге томе би требало тражити у недефинисаном правном основу заштите, неодређним средствима заштите, недефинисаном поступку, као и нејасном односу између комунитарног и националног нивоа заштите. Стога овај рад има за циљ да анализира нека од питања од чијег решавања зависи поступак и средства приватне заштите. У том циљу су у прво делу рада наведене опште карактеристике јавне и приватне примене картелних прописа, док је централни део рада посвећен анализи претходних услова који морају бити испуњени за приват у примену ради наканде штете настале повредом картелних прописа. При томе се полази од тезе да начело директног дејства има централну улогу.

II Карактеристике административне и приватне примене комунитарних правила конкуренције

Све до ступања на снагу Уредбе број 1/2003,⁶ (првог маја 2004. године), о примени правила конкуренције на нивоу ЕЗ/ЕУ старала се

- 3 Вид. део образложења одлуке у предмету *Van Gend*, у делу који је насловљен као „суштина спора, II-B“ у коме је Суд практично приватно наводи Комисије изнете на усменом саслушању.
- 4 Предмет C-453/99, *Courage Ltd v Bernard Crehan and Bernard Crehan v Courage Ltd and Others* [2001] ECR I-6297.
- 5 Вид. *Ashurst Study on conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, Comparative Report*, 31.8.2004, доступно на: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf, 20.4.2013. и *Making antitrust damages actions more effective in EU: welfare impact and potential scenarios, Final Report*, 21.12.2007, доступно на: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf, 20.4.2013.
- 6 Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ L 1/1. Превод Уредбе је објављен у *Ревизији за евројско право*, бр. 2–3/2005.

искључиво Европска комисија. О постојању повреде Комисија је одлучивала у административном или управном поступку па је оваква заштита означена као јавна примена или извршење. Разлоге за то би требало тражити у уверењу ЕУ да се једнообразно тумачење и делотворна примена права конкуренције, као једног од виталних делова права ЕУ, може остварити само ако се тумачење и примена повере националним органима: Европској комисији у првом степену и Суду правде (касније Првостепеном суду), у другом степену. Између независних регулаторних тела и Комисије је касније успостављена посебна „Европска мрежа конкуренције“.⁷ Међутим, након што је прошло четрдест година од такве примене, неке практичне околности, а пре свега претрпаност Суда правде и касније основаног Првостепеног суда, као и конституционализација четири основне слободе и њима придруженог права конкуренције су наметнули питање да ли се пуна делотворност права ЕУ може обезбедити остваривањем само општих циљева, а да се по страни оставе индивидуални интереси правних и физичких лица. Другачије речено, да ли се апстрактним „очување конкуренције“ и заштитом услова за одвијање радне или функционалне конкуренције штити само институт конкуренције (*Institutionsschutztheorie*), или се истовремено штите и појединачна права и интереси (*Individualschutztheorie*).⁸

У правној теорији се приватна примена права конкуренције дефинише на шири и ужи начин. У ширем смислу се под приватном применом права конкуренције подразумева примена правила о конкуренцији по захтеву приватних странака (предузећа и појединаца) и пред судовима и националним регулаторним телима у државама чланицама, али и пред Европском комисијом. У овом смислу се наводи одредба члана 7 Уредбе број 1/2003 којом је предвиђено право сваког правног или физичког лица које покаже да има легитимни интерес да може захтевати од Комисије да предузме акцију против кршења чланова 101 и 102 Уговора о функционисању Европске уније (у даљем тексту: УФЕУ). Оваквом појмовном одређењу се приговара да је исувише широко и да поред поступка заштите пред националним судовима обухвата и административне поступке пред Европском комисијом и националним регулаторним

7 *European Competition Network*. Правни основ за успостављање Мреже се налази у Уредби број 1/2003, док је начин њеног функционисања одређен посебним Саопштењем Комисије (*Commission Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities*) и Заједничком изјавом Савета и Комисије (*Joint Statement of the Council and the Commission on the Functioning of the Network of Competition Authorities*).

8 Вид. А. Р. Komninos, „Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?“, *The Competition Law Review*, Vol. 3, No. 1/2006, стр. 16.

телима које иницирају приватна лица.⁹ Из тих, али и других разлога, у теорији преовладава уже схватање, према коме приватна примена обухвата поступке у којима приватне странке покрећу независне грађанске захтеве или контра захтеве пред националним судовима (пошто у ЕУ не постоји такав суд)¹⁰ засноване на прописима о конкуренцији.¹¹

Сврха приватне примене је да појединцима омогући да буду обештећени због повреде права конкуренције. Врста обештећења зависи од врсте повреде и може се састојати у накнади новчане штете, повраћају у пређашње стање, издавању привремене мере или оглашавању ништавости правног посла или неке његове одредбе. Иако између јавне и приватне сврхе примене права конкуренције постоје разлике, између њих постоји и међусобна зависност и условљеност. Тако се у процесном смислу, на чињеницу да је у поступку јавне примене надлежно тело утврдило да постоји повреда права конкуренције појединци могу позвати у поступцима за накнаду штете пред националним судовима у „циљу напада или одбране“ (*as sword or as shield*).¹² Студије, о којима је раније било речи, су показале да се у европским државама појединци пред националним судовима на одлуке регулаторних тела углавном позивају у циљу одбране, а само у ретким случајевима и ради остваривања каквог захтева.¹³ Са друге стране, заштита индивидуалних интереса је дуго времена сматрана супсидијерним циљем права конкуренције,¹⁴ јер се полазило од претпоставке да између приватних и општих интереса не постоји колизија и да се заштитом и остваривањем јавних интереса у

9 Вид. F. G. Jacobs, T. Deisenhofer, „Procedural Aspects of the Effective Private Antitrust Enforcement of EC Competition Rules: A Community Perspective“, у: C. Ehlermann, C. Atanasiu (eds.), *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Oxford, Portland, 2003, стр. 197.

10 Вид. *Commission's Staff Working Paper, SEC(2005) 1732, Annex to the Green Paper. Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, 19.12.2005, стр. 6.

11 A. P. Komninos, *EC private antitrust enforcement. Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Oxford, Portland, 2008, стр. 2; R. Whish, *Competition Law*, 6. edition, Oxford, 2008, стр. 290.

12 В. Милутиновић, *The 'Right to Damages' under EU Competition Law – From Courage v Crehan to the White Paper and Beyond*, Kluwer, 2010, стр. 14. У једном делу правне теорије се ова врста поступка не третира као приватна примена. Вид. J. Basedow, „Panel one Discussion; Substantive Remedies“, у: C. Ehlermann, C. Atanasiu (eds), *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Oxford, Portland, 2003, стр. 32.

13 A. Piechota, *Private enforcement of EU competition law: recent developments, problems and prospects*, Krakow, 2011, стр. 9, доступно на: http://www.ipwi.uj.edu.pl/pliki/prace/Praca%20magisterska%20-%20Anna%20Piechota_1317147471.pdf, 22.4.2013.

14 A. Komninos, „Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?“, стр. 14.

ЕУ и државама чланицама истовремено остварују и штите и приватни интереси учесника и потрошача на тржишту.

Осим наведених, било је потребно решити и питање нивоа на коме ће се спроводити заштита: на нивоу ЕУ или у државама чланицама или и на једном и на другом нивоу. Дотадашњи централизовани систем заштите у коме је монополску улогу имала Европска комисија се показао недовољним, јер Комисија није била овлашћена да поништава забрањене споразуме, нити да одлучује о накнади штете због повреде картелних прописа. Будући да право ЕУ није федерално право и да у ЕУ не постоје судови пуне надлежности, о делотворности или ефикасности права ЕУ и њених аката се старају национални судови држава чланица.¹⁵ Постојање два нивоа: на коме се спроводе и на коме се извршавају комунитарни прописи, је претпостављало постојање две врсте тужилаца: привилегованих и непривилегованих и постојање две врсте органа пред којима ће тумачити и примењивати одговарајући прописи, као и регулисање њиховог међусобног односа. У случају картелних прописа Уговором о оснивању је Европској комисији као привилегованом тужиоцу дато искључиво право да се у управном поступку стара о поштовању картелних прописа. Међутим, како Комисија није била овлашћена да поништава споразуме и да одлучује о накнади штете која је повредом картелних прописа нанета појединцима, за те послове који су у теорији означени као приватна примена картелних прописа (*private enforcement*), је требало припремити националне судове. С обзиром да национални судови у таквим поступцима одлучује о субјективним правима која потичу из комунитарних прописа, било је потребано да Суд правде комунитарним прописима претходно призна директно дејство. Тек након тога су национални судови могли да одлучују о захтевима за накнаду штете, било у оквиру општих правила о деликтној одговорности, или у оквиру посебних правила о одговорности за накнаду штете због повреде комунитарног права. Што се тиче врста тужби за накнаду штете, у националним правима држава чланица су биле познате две врсте: несамосталним (изведена или последична) и самостална или независна тужба. И поред, на први поглед, широм отворених врата за масовне поступке, студије су показале да овај систем заштите приватних интереса у пракси готово да и није коришћен. Приватни тужиоци су се врло ретко одлучивали да накнаду штете захтевају пред националним судовима, не само из разлога који су раније поменути, већ и због непостојања одговарајуће „културе конкуренције“.¹⁶ У таквој ситуацији, Комисија и

15 А. Р. Komninos, *EC private antitrust enforcement. Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, стр. 142.

16 А. Piechota, *нав. дело*, стр. 27

Суд правде се у више појединачних прилика подстицали националне судове да преузму ову улогу, али је одлучујући подстицај учинио Суд правде 2001. године пресудом у предмету Кариц.

III Модернизација у примени прописа о конкуренцији

Подстакнута одлуком Суда правде у предмету *Delimitis* из 1991. године,¹⁷ Комисија је 1993. године посебним Саопштењем о сарадњи са националним судовима,¹⁸ први пут отворила питање поделе или прерасподеле њених монополских надлежности у примени права конкуренције са националним судовима држава чланица и накнаде штете настале повредом картелних прописа. Готово истовремено са Саопштењем је припремљена и друга експертска студија (у то време за 12 држава чланица) која је показала да о том питању и даље постоје разлике, али и „општи консензус међу државама чланицама да је могуће користити грађанско правна средства, посебно тужбе за накнаду штете“.¹⁹ На основу ових и других „припремних радова“ Комисија је објављивањем Беле књиге 1999. године,²⁰ покренула дугорочни процес „модернизације права конкуренције“ у који ће се касније поред Комисије укључити и Европски парламент и остали заинтересовани (*stakeholders*). Процесом модернизације у примени чланова 101 и 102 УФЕУ предвиђена је демонополизација и децентрализација примене. Демонополизација је извршена доношењем Уредбе број 1/2003. којом замењена ранија Уредба број 17, док је децентрализација извршена тако што је одредбама члана 85(3) (данас члан 101(3) УФЕУ) признато директно дејство, чиме је омогућено националним судовима држава чланица и регуларним телима да могу вршити и јавну и приватну примену комуитарних правила конкуренције. Међутим, приватна примена пред националним судовима је захтевало да се због разлика које су постојале у националним правима, реше бројна питања и елиминишу препреке које су већ констатоване, као и оне које ће настати ширењем Уније.

Непосредни подстицај за обнављање дискусије о приватној примени комуитарних правила конкуренције и о захтеву за накнаду штете

17 Предмет C-234/89, *Delimitis v Henninger Braeu* [1991] ECR I-935.

18 *Notice on cooperation between national courts and the Commission in applying Articles 85 and 86 of the EEC Treaty*, OJ C 39, 13.2.1993, стр. 6–12.

19 C-295 до C-298/04, *Manferdi et al. V Lloyd Adriaticop et al.* [2006] ECR I-6619, тач. 61. За коментар, између осталих вид. у: В. Милутиновић, *нав. гело*, стр. 29.

20 *White Paper on Modernisation of the Rules implementing Articles 85 and 86 of the EC Treaty*, доступно на: http://europa.eu/documents/comm/white_papers/pdf/com99_101_en.pdf, 22.4.2013.

због њихове повреде дао је и Суд правде својим стаовима које је заузео у две значајне одлуке из 2001. и 2004. године у предметима *Кариц* и *Манфреду* (*Manfredi*).²¹ У првом предмету, Суд је заузео став да би пуна делотворност члана 85 Уговора, а посебно практично дејство забране предвиђене у ставу 1 били угрожени ако појединац не би могао да захтева накнаду штете нанету уговором или понашањем које је подобно да ограничи или онемогући конкуренцију. На овај начин је први пут и доста магловито наговештено право појединца да захтевају накнаду штете због повреде картелних прописа. Пет године касније Суд је у предмету *Манфреду* ову могућност конкретизовао као право појединца да захтевају накнаду претрпљене штете „ако постоји узрочни однос између штете и споразума или праксе која је забрањена чланом 101 Уговора“.

1. Признање директног дејства као услов заштите пред националним судовима

Национални судови нису овлашћени да тумаче и примењују целокупно комунитарно право, већ само одредбе којима је признато директно дејство. И у тим случајевима су национални судови, против чијих одлука нису дозвољени правни лекови, дужни да се за тумачење обратe Суду правде. Што се тиче тужилаца, поступак заштите могу покренути сва заинтересована лица, без обзира да ли спадају у категорију привилегованих и непривилогованих тужилаца. На овакав особен начин примене комунитарног права Суд правде је упутио већ у предмету *Фан Хенд*, ставом да комунитарно право ствара директно утужива права и обавезе чију заштиту могу тражити и појединци пред националним судским и управним органима. У том смислу признање директног дејства представља услов и правни основ за покретање поступка заштите. Кад су у питању картелни прописи (раније садржани у члановима 81 и 82, сада у члановима 101 и 102 УФЕУ), Суд правде је ову препреку отклонио 1973. године, када је одлуци у предмету *SABAM*²² признао директно дејство одредбама чланова 81 и 82 Уговора о оснивању којима су били регулисани рестриктивни споразуми и забрана злоупотребе доминантног положаја.²³ Суд, међутим, није признао директно дејство и одредбама става 3 члана 81 којим су били предвиђени дозвољени изузеци од забране рестриктивних споразума. Иако је и делимичним признањем

21 Вид. под напоменом 20.

22 *BRT v. SABAM*, [1973] ECR 51.

23 Одредбама чланова 81 и 82 (101 и 102 УФЕУ). Суд правде је признао директно дејство у одлукама у предмету 127/73, *BRT v. SABAM*, [1974] ECR 51, тач. 16 као и у предметима 66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen und Silver Line Reisebüro GmbH v. Centrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.*, [1989] ECR 803 и 234/89, *Stergios Delimitis v. Henninger Bräu AG*, [1991] ECR I-00935.

директног дејства, Суд правде омогућио националним судовима да и у грађанским поступцима (по приватним тужабама) одлучују о повреди картелних прописа, судови су то ретко користили из два разлога. Прво, због тога што су и даље били обавезни да се за тумачење спорних одредби обраћају Суду правде и, друго, што се у току поступка незадовољна страна могла позвати на изузетке из става 3 и о томе тражити да се изјасни Комисија или Суд правде. Стога су национални судови држава чланица, за разлику од судова у САД,²⁴ ретко користила ово право. Тако се наводи податак да у САД око 90% анитикартелних поступака покрећу приватне странке пред националним судовима,²⁵ док су такве тужбе у Европи врло ретке.²⁶

2. Правни основ за покретање поступка за накнаду штете

Након што је признавањем директног дејства картелним одредбама националним судовима омогућено (и дозвољено) да се на њих *позивају* и да их непосредно *примењују*, требало је наћи правни основ за *покретање пословица* за накнаду штете ако је и када је она настала појединцима због повреде картелног права (*locus standi*) и одредити правна средства заштите.

Из схватања у правној теорији и праксе Суда правде, може се закључити да је правни основ за покретање поступка за накнаду штете тражен у начелу директног дејства, начелу делотворности и начелу одговорности државе због повреде комунитарног права.

Директно дејство као основ за покретање пословица за накнаду штете настале повредом картелних прописана. Тиме што су признањем директног дејства национални судови обавезани да у поступцима примењују и картелне прописе из права ЕУ, није решено питање да ли поменуто „утуживост“ (као елемент садржине директног дејства) треба тумачити тако да само начело представља правни основ за покретање одговарајућег поступка. О овом питању у правној теорији, али у пракси Суда правде, нема јединственог одговора. Мишљења и ставови су подељени.

Према једном схватању, признањем директног дејства комунитарном пропису се само омогућава *реализација* субјективних права која су у њему садржана, у поступку судске или административне примене.

24 Ова могућност је предвиђена одредбама дела 7 оригиналног Шермановог закона (*Sherman Act 1890*), које су касније замењене одредбама дела 4 Клејтоновог закона (*Clayton Act 1914*).

25 *AG Geelhoed*, мишљење дато у предмету *Манфреди*, од 26. јануара 2006, тач. 29 I-6629.

26 Вид. статистику у раније наведеном *Ashurst* извештају.

Без признавања директног дејства таква би права, која претходно морају постојати у комунитарном пропису, остала без правне заштите пред националним судовима и као таква би представљала само „голо право.“²⁷ У том смислу се и у праву ЕУ прави разлика између *постојања* и *осињивања* субјективних права.²⁸ У поређењу са националним правима, ова питања су сложенија због чињенице да се комунитарни прописи којима се једино могу креирати субјективна комунитарна права доносе на наднационалном нивоу, али да се примењују на националном нивоу пред националним судским и управним органима.

На принцип директног дејства Суд правде се ослонио у одлукама у предметима *Van Gend* и *Реве-Централфинанц (Rewe-Zentralfinanz)*,²⁹ ставом да је обавеза националних судова да, у случајевима када у комунитарном праву није било предвиђено одговарајуће средство заштите, на основу директног дејства конкретне одредбе *обезбеде одговарајућу заштити*.³⁰ При томе, обезбеђење пуне заштите од стране домаћих судова није подразумевало обавезу стварања нових средстава,³¹ већ коришћење постојећих у складу са комунитарним условима еквиваленције и делотворности.

Прихватање начела директног дејства као основа за покретање поступка за наканду штете против физичких лица практично је значило да се одговарајућим одредбама Уговора о оснивању мора признати не само вертикално, већ и тзв. хоризонтално директно дејство.

Спремност да хоризонтално дејство призна појединим одредбама Уговора о оснивању Суд је наговестио већ у случаја *Фан Хенд*, у коме је констатовао да комунитарно право поред директног вертикалног производи и хоризонтално дејство „на њихове грађане“ креирајући права „која постају део њихове правне баштине“. У погледу њихове заштите Суд је у истом предмету заузео и став да „чињеница да ови чланови уговора (тада 258 и 259) дају право Комисији и државама чланицама да ту же пред овим Судом државу која није испунила своје обавезе *не значи да појединци не могу да се позивају на ове обавезе њед неким националним судом*, уколико им се пружи прилика. Исто тако, ни чињеница да Уговор даје Комисији више начина да обезбеди да се извршавају обавезе које Уговор намеће субјектима који су му подвргнути *не сиречава да*

27 Р. Вукадиновић, *Стварање и осињивање комунитарних права у Европској унији*, Београд, 1998, стр. 215.

28 *Ibid.*

29 C-33/76, *Rewe Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG v Landwirtschaftskammer fur das Saarland* [1976] ECR 1989.

30 C-33/76, *Rewe Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG v Landwirtschaftskammer fur das Saarland* [1976] ECR 1989, тач. 5. Курзив истакао аутор.

31 Вид. В. Милутиновић, *нав. дело*, стр. 54.

се појединци у међусобним везама пред националним судом позову на кршење ових обавеза“.³² Из наведених ставова се може закључити да начело директног дејства постојећа субјективна права чини само *ујуживим*³³ (али их не ствара), а националне судове обавезује³⁴ да их морају применити у поступцима покренутим пред њима. На обавезу националних судова да одредбе картелног права којима је признато директно дејство непосредно примењују Суд правде ће непосредно указати у већ поменутом предмету *BRT*, ставом да „пошто су забране из чланова 81 и 82 по својој природи усмерена на стварање директног дејства у односима између појединаца, ови чланови стварају директна права појединцима која национални судови морају штитити“.³⁵ Међутим, поменути ставом, а посебно формулацијом да „наведени чланови *стварају* директна права односним појединцима...“, Суд је отворио дилему да ли начело директног дејства као такво и ствара нова субјективна права или само представља основ за њихову реализацију, односно за покретање поступка за накнаду штете. Другачије речено, да ли се под „стварањем нових права“ подразумевају само процесна средства путем којих се остварује заштита или и сама материјална права. Без обзира што ће Суд правде и у каснијим бројним одлукама (посебно у водећим случајевима у којима је признавао директно дејство основним слободама) редовно истицати да односни комунитарни прописи и поједине одредбе могу стварати непосредна права и наметати обавезе, то не треба схватити тако да ово начело ствара нова субјективна права и обавезе.

У одлукама о случајевима из новије праксе (Кариц и Манфреди³⁶) Суд правде је, међутим, основ захтева за накнаду штете видео у принципу делотворности или ефикасности комунитарног права. У том смислу Суд у предмету Кариц наводи да би „пуна делотворност члана 85. Уговора, а посебно практично дејство забране из члана 85. став 1. били угрожени уколико сваки појединац не би могао да захтева накнаду штете која му је нанета уговором или понашањем подобним да ограничи или угрози конкуренцију,“ чиме је основ за покретање поступка, односно тужбе за накнаду штете, практично нашао у *повреди принципа делотворности* коме је у претходној пракси дао опште значење.³⁷

32 Део „II В“ одлуке Суда у предмету *Van Gend* који се односи на суштину спора.

33 Вид. Р. Вукадиновић, „The Concept and faces of the principle direct effect of European Community Law“, *Ревизија за евројско право*, бр. 1/2011, стр. 35–48.

34 Вид. Р. Вукадиновић, *Стварање и остваривање комунитарни права у Евројској унији*, стр. 206–7; В. Милутиновић, *нав. дело*, стр. 53.

35 *BRT v. SABAM*, [1974] ECR 51, тач. 16 Пресуде.

36 Здружени предмети C-299 до 298/04, *Manfredi et al. V Lloyd Adriatico et al.* [2006] ECR I-6619.

37 Вид. Р. Вукадиновић, *Стварање и остваривање комунитарни права у Евројској унији*, стр. 222–228.

На крају, постоје и схватање да се основ за тужбе за накнаду штете и због повреде картелних прописа може наћи у општој одговорности свих субјеката због повреде комунитарног права.³⁸ Схватање се темељи на тумачењу одлука које је Суд донео у предметима Франкович и Брасери де пешер у којима је, у складу са директним вертикалним дејством установио принцип одговорности државе. По мишљењу ових аутора, по истом принципу одговорност треба проширити и на све остале субјекте, што се може сматрати као признање директног хоризонталног дејства.³⁹

3. Правна средства заштите

Пре него што је одлуци у случају *Кариц* установио право на накнаду штете насталу повредом картелног права, Суд правде је у претходном периоду већ установио правила о накнади различитих врста штете. Тако је у одлуци предмету *Сан Ђорђо (San Giorgio)*⁴⁰ прокламовао право Уније на реституцију у случају неоснованог обогаћења, док је у чувеној одлуци у предмету *Франкович (Francovich)*⁴¹ и *Брасери ди њешер (Brasserie du Pecheur)* установио право на накнаду штете због повреде комунитарних прописа којима је признато директно вертикално дејство. Међутим, „непокривене“ су остале штете настале повредом комунитарних прописа којима је признато хоризонтално дејство, тј. штете нанете појединцима од стране других приватних субјеката. Ова врста штете је карактеристична за картелне прописе чијом повредом штетне последице погађају и јавне и приватне субјекте: државе чланице тако што штетно утичу на интракомунитарну трговину, а друге непосредне конкуренте као учеснике на тржишту, као и све потрошаче, без обзира да ли су непосредни или посредни купци. Иако је Суд правде картелним прописима релативно рано признао и хоризонтално директно дејство, и настојања Комисије да подстакне приватну заштиту, питање накнаде тако настале штете је актуелизовао Суд правде у серији одлука донетих у предметима почев од предмета *Кариц*.

Што се тиче конкретних правних средстава заштите, Суд правде је поставио оквире у којима се могу користити, али их сам није одредио.⁴²

38 Вид. В. Милутиновић, *нав. дело*, стр. 84 и тамо наведене ауторе.

39 *Ibid.* Аутор сматра да у случају хоризонталног ширења одговорности услов који се односи на постојање „озбиљне повреде“ треба ублажити на обичну повреду. Вид. и мишљење општег правобраниоца Ван Гервена (*AG Van Gerven*) дато у предмету *C-128/92, H. J. Banks & Co. V British Coal Corp (Banks)* [1994] *ECR I-1209*, тач. 53.

40 Предмет *C-199/82, Amministrazione delle Finanze dello Stato v SpA San Giorgio* [1983] *ECR 3595*.

41 Предмет *C-479/93, Andrea Francovich v Italian Republic* [1995] *ECR I-3843*.

42 О институционалној и процедуралној аутономији националних судова код избора правних средстава вид. у Р. Вукадиновић, *Сиварање и остваривање комунићарни права у Европској унији*, стр. 248–251.

У том смислу је у више одлука истакао да је, у случајевима када правилима Заједнице/ЕУ није регулисан начин остваривања права на накнаду штете, „на домаћем правном систему сваке од држава чланица да одреди надлежне судове и да постави детаљна процесна правила која регулишу подношење тужби за заштиту права појединаца која непосредно проистичу из права Заједнице, под условом да таква правила не буду неповољнија од оних која се примењују на сличне домаће тужбе (начело еквиваленције) и да она не чине практично немогућим, или претерано тешким остваривање права која им пружа право Заједнице (начело делотворности или ефикасности)“.⁴³ У складу са таквим захтевима и у државама чланицама ЕУ су покренуте реформе прописа о конкуренцији и процесних правила са циљем да се омогући приватна примена картелних прописа.⁴⁴

У Србији је питање накнаде штете регулисано Законом о заштити конкуренције из 2009. године, који у члану 75, предвиђа право да се накнада штете која је проузрокована актима и радњама која представљају повреду конкуренције у смислу овог закона, а која је утврђена решењем Комисије, остварује у парничном поступку пред надлежним судом. При томе се на основу решење Комисије којим је утврђена повреда не може претпоставити и да је штета наступила, већ се иста мора доказивати у судском поступку.

Radovan D. VUKADINOVIĆ, PhD
Professor at the Faculty of Law University of Kragujevac
Director of the Center for EU Law

SOME PREVIOUS REMARKS REGARDING CLAIMS FOR DAMAGES FOR BREACH OF EU CARTEL RULES

Summary

For a long time in the EU rules on competition, especially cartel provisions contained in Articles 101 and 102 TFEU, are considered as a part of the public

43 Спојени предмети C-143/88 и 92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG v Hauptzollamt Itzehoe and Zuckerfabrik Soest GmbH v Hauptzollamt Paderborn*, [1991] ECR I-415. Суд је исти став касније поновио у више случајева, па и у предмету *Капиц*, тач. 2.

44 Тако се у Енглеској ово питање регулисано Законом о предузећима из 2002. године, у Немачкој изменама Закона против ограничавања конкуренције (тзв. седми амандман), док су у другим државама донети нови закони, као у Бугарској, Чешкој, Данској, Мађарској и Италији.

law of which the interpretation and application were on European Commission, in the first instance and the Court of Justice and Court of First Instance, in the second instance. This strategy is in theory marked as public enforcement. It was only after the Court of Justice made decision in SABAM case, in which was the provisions of Articles 101 and 102 gave direct effect, and created the conditions for their private enforcement before the national courts of the Member States. However, until the decision in the case Courage, the issue of private enforcement and damages caused to individuals for violation of antitrust laws is treated only as a possibility. In Courage decision the Court of Justice has urged the Commission to initiate a long-term process of modernization in the application of antitrust laws in order to encourage private enforcement and the right of individuals on compensation of damages. Private enforcement is, however, required to be resolved numerous previous questions, such as the legal basis for the application of Community law in the national courts and the legal basis for claims for damages, which are the subject of this paper.

Key words: *EU cartel rules, public enforcement, private enforcement, compensation, direct effect.*

др Дијана МАРКОВИЋ-БАЈАЛОВИЋ
професор Правног факултета у Палама, Универзитет
Источно Сарајево и Факултета за европске правно-политичке
студије у Новом Саду, Универзитет Сингидунум

ПРАВНА СИГУРНОСТ И ПРАВО КОНКУРЕНЦИЈЕ

Резиме

Право конкуренције пролази кроз процес ушемељења у државама региона, инициран не тако давним преласком ових држава на систем слободне тржишне привређивања и отпочињањем припрема за чланство у ЕУ. Позитивноправно регулисање правила конкуренције, оснивање специјализованих тела за примену закона у тој области, доношење првих одлука о повредама конкуренције и изрицање првих санкција, омогућили су да се уоче слабости система правне заштите слободне тржишне утакмице, који су само једним делом резултат специфичности предмета регулисања, а много више последица некријичкој трансформирања старих правних решења и занемаривања основних институција правне сигурности. Аутор анализира слабости институције система правне заштите конкуренције у Србији и суседним државама региона. Међу њима најзначајније су апстрактности материјалноправних норми и неконзистентности правних стандарда на основу којих се процењује доуштеност одређеној тржишној понашања, а затим и обједињавање квази-законодавних, квази-извршних и квази-судских овлашћења у једном телу надлежном за заштиту конкуренције. Недовољна одређеност законских правила конкуренције ствара правну несигурност, јер субјекти који су дужни да поштују по њима не могу да усагласе своје понашање са законом. Закон тумачи својим акцима тело за заштиту конкуренције, преузимајући тиме улогу законодавца. Оно је истовремено задужено да примењује закон, решавајући спор о постојању повреде конкуренције и

изричући санкције њочиниоцима, чиме остварује квази-судску функцију. Поступак за утврђивање њовреде конкуренције није детаљно уређен, а у већини случајева сироводи се као инквизициони, ња нема законских гаранција да ће се одговорности њочиниоца и санкције утврђивањии објективно и нејристичасно. Поред њоџа, реизборности чланова њела надлежних за доношење одлука оствара моћности њиховој њодлејања њо-лијичким ујицајима. Ауџор даје њрејоруже за ојкљањање наведених слабости, које би њребало да дојринесу већој одређености законских решења и објективној и њредвидивости у њримени њрава од сџране њела надлежној за њрмену њравила конкуренције.

Кључне речи: њраво конкуренције, њравна сијурности, њримена њрава, њодела власности, њело за заштитију конкуренције.

Право конкуренције је по многим својим карактеристикама специфична грана права. Специфичан је, најпре, предмет регулисања. Норме права конкуренције регулишу понашање које у начелу не треба да буде регулисано. У систему слободног тржишног привређивања понашање привредних субјеката је нерегулисано, како би законитости тржишта могле у пуној мери да дођу до изражаја. Право конкуренције поставља границе слободном тржишном понашању, спречавајући и санкционишући радње привредних субјеката којима се ограничава слободно деловање тржишних законитости. Специфичан је и начин регулисања. Више него у већини других правних области, закон као формалан извор права има само ограничени значај, док је много већа улога општих аката и праксе органа надлежних за примену права конкуренције. Наведено важи чак и за континенталноевропски правни систем, у коме пракса судова и државних органа није формални извор права. Закони којима се уређује заштита конкуренције прописују врло апстрактна правила, а њихову садржину конкретизује орган надлежан за примену закона, имајући у виду стање конкуренције на одређеном тржишту и ефекте појединог тржишног понашања на то стање. Наведено се једним делом може објаснити особеношћу предмета регулисања, јер се допуштеност тржишног понашања најчешће може процењивати само узимањем у обзир садејства различитих чинилаца присутних у конкретном тржишном контексту. Другим делом је то последица специфичних историјских околности у којима су први прописи у овој области настајали и затим се трансплантирали у друге правне системе. Треће, органи надлежни за спровођење права конкуренције имају специфичан положај у систему органа власти готово сваке државе. Они у себи кумулирају квази-законодавна, квази-извршна и квази-судска овлашћења и стога измичу

сваком покушају сврставања у шаблоне класичне трипартитне поделе државне власти.

Упркос свим наведеним специфичностима право конкуренције већ је усадило дубоке корене у великом броју националних правних система.¹ У Србији током последње две деценије континуирано јача улога и значај права конкуренције. Посебно након доношења важећег Закона о заштити конкуренције (*Службени гласник РС*, бр. 51/2009; у даљем тексту: ЗЗК) и изрицања првих санкција, домаћа стручна и пословна јавност почиње све више пажње да посвећује овој области, врло често се критички осврћући на домаћа законска решења или на праксу Комисије за заштиту конкуренције и судова надлежних да у другом степену одлучују по њеним актима. Сматрамо да је кључни разлог за критике објективне природе и да лежи у правној несигурности која се генерише начином стварања и примене правних норми у области права конкуренције. Циљ нам је да у овом чланку укажемо на узроке правне несигурности и могуће начине њиховог превазилажења.

І Формулисање правних норми којима се штити конкуренција

У свету постоје два велика система правних норми којима се штити слободна тржишна утакмица: амерички, који своје извориште има у Шермановом закону из 1890. године и европски, који почиња на одредбама чл. 101 и 102 Уговора о функционисању ЕУ. Оба наведена извора права начелно забрањују сва споразумна и индивидуална понашања тржишних учесника са циљем или са последицом ограничења конкуренције и оба су касније надопуњавана кроз праксу органа надлежних за њихову примену. Временом је генерална забрана понашања којима се ограничава конкуренција релативизиована, тако да данас права конкуренције САД и ЕУ познају врло мали број понашања која су апсолутно (*per se*) забрањена. Много већи број понашања подлеже *rule of reason* стандарду, те се противправност одређеног понашања цени у светлу његових ефеката на стање конкуренције на одређеном тржишту и, последично, остваривања заштитних циљева права конкуренције.

Разлози за такав начин регулисања делом су историјске природе. Шерманов закон усвојен је у америчком Конгресу као одговор на политичку побуну малих привредника и радника против концентрација економске моћи у САД крајем 19. века. Одговор Конгреса био је оштар:

1 Данас преко сто националних правних система има прописе којима се штити тржишна утакмица и органе надлежне за њихову примену. За више информација вид. сајт: www.internationalcompetitionnetwork.org, 20.3.2013.

забрана свих монопола и прописивање кривичних санкција за оне који прекрше забрану.² Сазнања економске науке и развој политичких догађаја у САД током 20. века утицали су да амерички Врховни суд мења садржину Шермановог закона и прилагођава га актуелним политичким циљевима и преовлађујућим економским схватањима. Иако у америчком праву судска пракса и формално има улогу извора права, у САД се често износе критике на рачун еластичних тумачења Шермановог закона од стране Врховног суда, којима се по мишљењу многих ствара правна несигурност и неповерење јавности у америчку антимонополску политику.³

Идеолошки основ европском праву конкуренције дала је немачка школа ордолиберала, која је прва препознала и артикулисала суштински значај слободне тржишне утакмице за успешно функционисање економског система заснованог на приватним одлукама привредних актера о ступању у односе тржишне размене. Улога државе у тим системима састоји се у стварању и одржавању услова у којима слободна тржишна утакмица може да се одвија.⁴ Генерална забрана монопола логична је последица таквог става, јер монопол онемогућује слободно одвијање тржишне утакмице. Стога право треба да забрани споразуме којима се ограничава конкуренција и елиминише индивидуалне монополе, осим тамо где то није могуће (нпр. ситуација природног монопола или монопола заснованог на правима интелектуалне својине). За ордолиберале правно регулисање монопола није представљало посебан проблем. У случају споразумног ограничавања конкуренције довољно је прописати генералну забрану картела. У погледу индивидуалних монопола, тамо где није могуће њихово укидање, потребно је регулисати њихово понашање применом „као да“ (немачки *als ob*) правног стандарда. Привредни субјекти треба да се уздрже од понашања које им не би било могуће када не би располагали монополском моћи. Правни стандард „као да“, по мишљењу ордолиберала, елиминише сваку дискрецију државних органа у примени норми којима се штити конкуренција, јер је то објективан стандард који у већини случајева даје надлежном органу јасне упуте за поступање.⁵ Утицај ордолиберала у формулисању чл. 85 и 86 Уговора о оснивању ЕЕЗ (садашњи 101 и 102) више је него очигледан.⁶ Чланом

2 Вид. Eugene Rostow, „Monopoly under the Sherman Act: Power or Purpose“, *Illinois Law Review*, No. 6/1949, стр. 747; Дијана Марковић-Бајаловић, *Тржишна моћ њреузеха и антимонополско љраво*, Београд, 2000, стр. 23–25.

3 Robert Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy At War With Itself*, New York, 1978, стр. 21 и даље.

4 David Gerber, „Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the New Europe“, *American Journal of Comparative Law*, No. 1/1994, стр. 50.

5 D. Gerber, *нав. чланак*, стр. 52–53.

6 Вид. D. Gerber, *нав. чланак*, стр. 73 и тамо наведену литературу.

101 генерално се забрањују сви споразуми који за циљ или последицу имају спречавање, ограничавање или нарушавање конкуренције, док се чланом 102 забрањује свака злоупотреба доминантног положаја на тржишту. Међутим, приликом формулисања одредбе о забрани злоупотребе доминантног положаја изостао је „као да“ правни стандард, који је уграђен у немачки Закон против ограничавања конкуренције,⁷ чиме је европско право конкуренције у том сегменту релативизовано. Стога је у првим деценијама након ступања на снагу Римског уговора, концепт злоупотребе доминантног положаја био потпуно нејасан.⁸

Европско право конкуренције доживело је сличан преображај као и америчко кроз праксу Комисије и Суда правде. Имајући у виду да је Комисија непосредно надлежна да примењује одредбе чл. 101 и 102 на субјекте који послују на јединственом тржишту ЕУ, а да Суд правде одлучује у другом степену по тужбама против одлука Комисије, прецедентне одлуке Суда правде донете у примени одредаба чл. 101 и 102 Уговора о функционисању фактички су попримиле карактер извора права конкуренције ЕУ, јер су учесници на тржишту ЕУ и Комисија своје акте усклађивали са ставовима Суда правде изреченим у прецедентним одлукама. Посебно је значајна пракса Суда правде у примени члана 102, јер је Суд у својим одлукама утврдио садржину појма предузећа, доминантног положаја, релевантног тржишта и конкретније дефинисао поједине облике забрањених понашања, као што су предаторска пракса, одбијање снабдевања, дискриминација ценама, итд. Ипак, појам злоупотребе доминантног положаја остао је и даље недовољно дефинисан.⁹

Државе кандидати имају обавезу да пре него што ступе у пуноправно чланство ЕУ ускладе своје прописе у области заштите конкуренције са правилима конкуренције ЕУ и ефективно их примењују. Усклађивање националних прописа у овој области је *conditio sine qua non* стицања статуса кандидата и почетка преговора за пуноправно чланство.¹⁰ У односима Европске уније и земаља Западног Балкана пракса је Европске уније да се споразумима о стабилизацији и придруживању држава кандидат обавезе да непосредно примењује правила конкуренције ЕУ,¹¹ а државе кандидати доносе законе којима преузимају одредбе чл. 101 и 102 Уго-

7 Закон против ограничавања конкуренције (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, 15.7.2005, BGBl I стр. 2114), чл. 19 ст. 4.

8 Robert O'Donoghue, Atilano Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 82*, Oxford, Portland, 2006. стр. 13–14.

9 R. O'Donoghue, A. J. Padilla, *нав. дело*, стр. 17.

10 Вид. Анекс II тач. iv документа усвојеног на састанку Европског савета у Копенхагену одржаног 22–22.6.1993, познатог под називом Копенхагенски критеријуми. Доступно на сајту: europa.eu/rapid/press-release_DOC-93-3_en.htm?locale=en, 20.3.2013.

11 Вид. Дијана Марковић-Бајаловић, „Политика конкуренције у споразумима о стабилизацији и придруживању“, *Правни живоић*, бр. 7–8/2002, стр. 29–39.

вора о функционисању, чиме се обавеза хармонизације законодавства у тој области само формално извршава. За суштинско усклађивање права конкуренције то није довољно, већ је неопходно успоставити нормативни и институционални механизам за уграђивање ставова Суда правде и Европске комисије у домаће право. Таква обавеза проистиче и из садржине споразума о стабилизацији и придруживању. Тим споразумом се обавезује држава кандидат да поступања супротна правилима конкуренције, а која могу да утичу на трговину између ње и ЕУ, цени у светлу критеријума који проистичу из инструмената тумачења усвојених од стране институција Европске уније.¹² Наведена обавеза отвара веома широк простор за слободно тумачење правила конкуренције, јер пракса извршних и судских органа ЕУ задобија снагу формалног извора права у националном правном систему у коме се судска пракса и пракса извршних органа иначе не сврстава у ту категорију извора права! Шта више, субјекти на које се примењује право конкуренције не могу са извесношћу да сазнају каква је садржина њихових обавеза, јер се законске норме конкретизују кроз садржину одлука органа међународне организације које се у држави кандидату званично не објављују нити преводе. Тиме је онемогућено остваривање једног од основних постулата правне државе: упознавање субјеката на које се право примењује са његовом садржином пре него што оно за њих постане обавезујуће.

Једино могуће решење јесте да се садржина законских норми прецизира, тако што би се правила конкуренције формулисана у пракси органа ЕУ преточила у закон или подзаконски акт донет на основу законског овлашћења. Кораци у том смеру су већ учињени када је реч о правилима конкуренције у области споразумних ограничења конкуренције (чл. 101 Уговора о функционисању ЕУ и чл. 10–14 ЗЗК). Законске норме о злоупотреби доминантног положаја (чл. 15 и 16 ЗЗК), неопходно је, међутим, прецизирати тако што би се прецедентни ставови Суда правде апстраховали и превели у законски текст.

II Положај и улога органа надлежних за примену правила конкуренције

Инертност држава које имају статус нових чланица или статус кандидата за чланство у ЕУ, која се уочава у сфери формулисања правила конкуренције, присутна је и приликом одређивања правног положаја органа надлежног за њихову примену. Иако се у том делу диктат Европске уније своди на обавезу успостављања функционално независног ор-

12 Споразум о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, с једне стране, и Републике Србије, с друге стране (*Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 83/2008), чл. 73 ст. 1 и 2.

гана, у државама кандидатима примењује се готово истоветан шаблон формирања самосталног тела под различитим називима,¹³ на чијем челу се, по правилу, налази колективни орган надлежан за одлучивање.¹⁴ Тела за заштиту конкуренције имају формалноправно загарантован самосталан положај у структури државне власти.¹⁵ Стварни степен самосталности варира, јер је условљен бројним чиниоцима: начином именовања чланова руководног органа, могућности извршне власти да непосредно утиче на одлуке које доноси тело, начина финансирања и политичких механизма контроле рада тела.

Генерално узев, обим формалноправних гаранција самосталности није у директној вези са стварном самосталношћу и ефективношћу рада тела. Тако, на пример, иако је холандско тело за заштиту конкуренције формално све до 2005. године било у саставу министарства надлежног за економију, то тело је сматрано једним од водећих у Европској унији по ефективности деловања.¹⁶ Одговарајући положај и учинак има немачка Савезна канцеларија за борбу против картела. У Великој Британији чланове Канцеларије за фер трговину и Комисије за конкуренцију именује државни секретар за трговину и индустрију, чиме је обезбеђен утицај актуелне политичке власти на персонални састав тих тела. У Немачкој и Великој Британији, ресорни министри имају чак и законом дато право интервенције у сфери одлучивања тела надлежног за конкуренцију. Немачки министар за привреду може одобрити концентрацију привредних субјеката коју је *Bundeskartellamt* прогласио недозвољеном, доношењем тзв. министарског одобрења (нем. *Ministererlaubnis*) у складу са чл. 42 Закона против ограничавања конкуренције. Британски државни секретар може изузети картелни споразум или индивидуално понашање привредног субјекта од забране из разлога јавног интереса. У пракси, у обе земље наведена овлашћења врло ретко се користе. Чини се да институционализација права на интервенцију из политичких разлога повећава одговорност оних којима је дато то право, због чега се оно уздржано користи.

У државама региона тела за заштиту конкуренције располажу формалним гаранцијама самосталности у раду. Она по правилу имају правни субјективитет, што значи и сопствени буџет, а за свој рад одговарају непосредно парламенту. Па ипак, посредан политички утицај на рад

13 Користе се називи комисија, агенција, веће, савет и сл.

14 Johan W. van den Gronden, Sybe A. de Vries, „Independent Competition Authorities in the EU“, *Utrecht Law Review*, No. 1/2006, стр. 32–66.

15 На потреби изузимања органа надлежног за примену правила конкуренције из сфере извршне власти, а тиме и политичких утицаја инсистирали су још ордолиберали. D. Gerber, *нав. чланак*, стр. 55.

16 J. W. van den Gronden, S. A. Vries, *нав. чланак*, стр. 57.

тела је евидентан и остварује се првенствено коришћењем института ограниченог мандата чланова руководног органа и реизбора. Реизборност начелно треба да послужи легитимном циљу каналисања рада тела у складу са владајућим политичким стремљењима. У пракси се тај институт лако може злоупотребити за остваривање утицаја на доношење одлука саобразних партикуларним политичким интересима.

Како је већ напред указано, тела за заштиту конкуренције располажу комбинованим овлашћењима извршног, судског и законодавног карактера. Иако су формалноправно надлежна да извршавају прописе којима се штити слободна конкуренција, због чега се сврставају у посебне организације које врше јавна овлашћења,¹⁷ њихова овлашћења да утврђују повреде тих прописа и изричу санкције у виду новчаних казни указују да је реч о органу који врши класичне судске функције.¹⁸ Квази-судска функција тела за заштиту конкуренције јача последњих година у региону, јер се умножава број тела која имају овлашћења да самостално изричу санкције за утврђену повреду конкуренције.¹⁹ Поред тога, тела за заштиту конкуренције врше и квази-законодавна овлашћења, јер доносе подзаконске прописе обавезујућег или необавезујућег карактера чиме се претварају у искључивог тумача закона.²⁰ Обједињавањем функције извршне, судске и законодавне власти под капу једног државног органа доводи се у питање његов легалитет и, последично, легитимитет.²¹

17 Зоран Томић, *Ојшће уйравно йраво*, Београд, 2011, стр. 149–150.

18 Ратко Марковић, *Усйавно йраво*, Београд 2010, стр. 506–507.

19 Овлашћења за изрицање казни добила су тела за заштиту конкуренције у свим бившим републикама СФРЈ, осим Црне Горе. Вид. чл. 60–63 хрватског Закона о заштити тржишног натјецања (*Народне новине*, бр. 79/2009), чл. 12 ст. 2 словеначког Закона о спречавању ограничавања конкуренције (*Службени лист РС*, бр. 36/2008 и 40/2009), чл. 49–51 Закона о конкуренцији БиХ (*Службене новине БиХ*, бр. 48/2005, 75/2007 и 80/2009), чл. 30 македонског Закона о заштити конкуренције (*Службени лист РМ*, бр. 145/2010 и 136/2011).

20 Тако, нпр. хрватска Агенција за заштиту тржишног натјецања надлежна је да утврђује правила и мере за заштиту тржишне утакмице и даје мишљења и стручне ставове о решењима и развоју компаративне праксе из подручја права и политике тржишне утакмице (чл. 30 тач. 8 и 9 хрватског Закона о заштити тржишног натјецања); македонска Комисија за заштиту конкуренције овлашћена је да утврђује правила и мере за заштиту конкуренције (Закон о заштити конкуренције, чл. 28 ст. 3); Конкурентски савјет БиХ доноси подзаконска акта за спровођење Закона о конкуренцији БиХ и прописује и даје тумачење општих и посебних конкурентских појмова, као и обрачунске методе за кључне конкурентске појмове (Закон о конкуренцији, чл. 25 ст. 1 тач. а и ц); Комисија за заштиту конкуренције РС доноси упутства и смернице за спровођење ЗЗК и даје мишљења у вези са применом прописа у области заштите конкуренције (ЗЗК, чл. 21 ст. 1 тач. 5 и 8).

21 Тако су судије Врховног суда САД и америчка правничка јавност критиковали законско решење према коме је Савезна трговинска комисија овлашћена да утврђује

Када је реч о овлашћењу органа за заштиту конкуренције да изриче санкције, потребно је нагласити да се поступак за утврђивање повреде конкуренције по правилу води *ex officio*,²² што значи да се тело за заштиту конкуренције појављује истовремено у улози јединог овлашћеног тужиоца и улози органа који доноси коначну одлуку о постојању повреде и, евентуално, о казни. Поверавање овлашћења за изрицање санкција у пракси примене прописа о заштити конкуренције показало се нужним, у циљу ефикаснијег остваривања улоге тела за заштиту конкуренције, јер утврђивање постојања повреде конкуренције губи смисао ако орган који утврђује повреду не располаже овлашћењима да онога ко је повреду починио примора да усагласи своје понашање са законом. Ова чињеница, међутим, потврђује да је функција тела за заштиту конкуренције примарно судска. Задатак тела за заштиту конкуренције не своди се на просто супсумирање конкретних тржишних понашања под општа законска правила (управна функција), већ решавање спора око тога да ли постоји повреда прописа којима се штити конкуренција или не (судска функција). Проблем је у томе што спор постоји између субјекта у односу на кога је покренут поступак за утврђивање повреде конкуренције и тела које је надлежно да донесе коначну одлуку у спору. На делу је класични инквизициони поступак, што се супротставља праву на правично суђење из чл. 6 ст. 1 Европске конвенције о људским правима.

Наведено се оспорава аргументом да разлози ефикасности заштите конкуренције захтевају да поступак за утврђивање повреда конкуренције и изрицање санкција и мера буде брз и да тело за заштиту конкуренције располаже потребним овлашћењима да обезбеди спровођење прописа. Јак ауторитет тела надлежног за заштиту конкуренције, који почива на неопходним извршним овлашћењима, јесте концепт који су осмислили ордолиберали. Занимљиво је да они у томе нису видели опасност за правну државу. Они су сматрали да тело за заштиту конкуренције неће располагати дискрецијом, јер ће се одлуке доносити на основу објективних економских стандарда. Због тога су чак предвидели надлежност редовног суда да у другом степену суди о законитости одлука тела за заштиту конкуренције, а не надлежност управног суда, који би био овлашћен да цени да ли је орган управе користио дискрециона овлашћења у складу са законом одређеним

недопуштене методе конкуренције, са аргументом да је то искључиви задатак судства. Након тих критика, Савезној трговинској комисији су одузета поједина овлашћења Законом о управном поступку из 1946. Наведено према Ивана Бајакић, „Развој и учинци регулаторних агенција у САД-у: Успјешан модел за Европу?“, *Зборник радова Правног факултета у Загребу*, бр. 2/2010, стр. 517

22 У складу са чл. 35 ЗЗК поступак за утврђивање повреде конкуренције се искључиво покреће по службеној дужности.

циљем.²³ Развој права конкуренције у међувремену оповргао је полазни став ордолиберала. У теорији и пракси још увек се не може нити наслутити сагласност стручњака око објективних економских стандарда на основу којих би се процењивала (не)допуштеност одређеног тржишног понашања, па су тела за заштиту конкуренције принуђена да одлуке о повредама конкуренције доносе на подлози бројних, често противречних, економских анализа и на основу сопствене процене о сагласности одређеног понашања са законским циљевима.²⁴ Волунтаризам у примени права конкуренције је неминован, а то рађа могућност за злоупотребу законских овлашћења или, барем, ненамерне грешке приликом доношења одлука.

Оправдање за спајање истражних и судских функција у једном органу налази се и у томе што се санкције за повреде конкуренције квалификују као блаже повреде закона – прекршаји у континенталноевропском правном поретку.²⁵ У великом броју јурисдикција прекршајне казне у првом степену могу изрицати и управни органи. То оправдање не стоји, јер формална квалификација санкције као прекршајне казне не може да ублажи њену стварну тежину. Новчане казне за повреде конкуренције у европским јурисдикцијама могу износити до 10% укупног годишњег прихода привредног субјекта,²⁶ што је квалификује као врло тешку санкцију. Отуда именовање санкције за повреду права конкуренције, као прекршај,²⁷ управно-казнена мера²⁸ или мера заштите конкуренције²⁹ представља законодавну мимикрију. Она, случајно или намерно, омогућује да се избегне примена правила класичног казненог поступка, гаранције објективности и непристрасности органа

23 D. Gerber, *нав. чланак*, стр. 55–56. У Немачкој у споровима о одлукама *Bundeskartellamt*-а суди редовни виши суд (*Oberlandesgericht*), надлежан према седишту *Bundeskartellamt*-а (чл. 63 ст. 4 немачког Закона против ограничавања конкуренције).

24 Imelda Maher, *The Rule of Law and the Agency: The Case of Competition Policy*, London School of Economics International Economics Programme, Chatham House, IEP WP 06/01, стр. 10.

25 Тако су дефинисане санкције за повреде конкуренције у словеначком и македонском закону. У хрватском Закону о заштити тржишног натјечања санкције су назване „управно-казнене мјере“ и према тумачењу хрватске Агенције за заштиту тржишног натјечања, то нису прекршајне санкције, већ санкције *sui generis*. Вид. објашњење законских новина на сајту Агенције: www.aztn.hr, 20.3.2013.

26 При том треба имати у виду да се укупан годишњи приход који представља полазну основу за израчунавање казне рачуна у односу на групу друштава, или удружење привредних субјеката, без обзира што је непосредни починилац повреде конкуренције правно самостално привредно друштво.

27 Македонски Закон о заштити конкуренције, чл. 59–62.

28 Хрватски Закон о заштити тржишног натјечања, чл. 60–63.

29 ЗЗК, чл. 68.

надлежног за доношење одлуке о казни. Најлошији пример у том погледу представља ЗЗК, који, за разлику од других закона о конкуренцији земаља у региону, уопште не садржи одредбу о супсидијарној примени правила прекршајног поступка. Но, ни закони који такву одредбу имају нису довољно прецизни у погледу њеног домашаја. Тако, на пример, хрватским Законом о заштити тржишног натјецања прописано је да се у поступцима које води Агенција супсидијарно примењују Закон о општем управном поступку и Прекршајни закон, па је нејасно како ће се то оба закона паралелно примењивати?³⁰ Комисија за заштиту конкуренције Републике Македоније генерално поступа по правилима управног поступка, али поступак против починиоца повреде конкуренције води прекршајни орган Комисије по правилима Закона, закона о прекршајима и супсидијарно, закона о општем управном поступку.³¹ Наведено решење такође води правној несигурности, јер се постојање кажњивог дела, одговорност починиоца и санкција утврђују по правилима хибридног поступка.

Поступак за примену правила конкуренције на нивоу Европске уније уобличен је у основи као инквизициони. Истражни поступак за утврђивање повреде правила конкуренције и одлуку о повреди и санкцији у првом степену доноси Европска комисија. Ипак, процес утврђивања повреде конкуренције и доношења одлуке о повреди и санкцији у Европској унији су формално раздвојени, јер истрагу води Директорат за конкуренцију предвођен комесаром за конкуренцију, док коначну одлуку доноси Европска комисија као колективан орган. Европска унија је по многим својим особинама *sui generis* међународна организација, па је на особен начин уредила и систем заштите конкуренције на јединственом европском тржишту. Унутар ЕУ постојали су предлози да се формира посебан орган који би се искључиво бавио заштитом конкуренције, али реализација тих предлога је изостала, пре свега због ограничења постављених оснивачким уговорима.³² Наведено указује да је и европска јавност спознала аномалију која се састоји у томе да извршни орган – европска влада доноси одлуке о казнама за прекршиоце правила конкуренције на јединственом европском тржишту. Теоретичари изван ЕУ примењују да су одлуке које Комисија доноси у сфери права конкуренције управо збога тога врло често резултат политичких утицаја и лобирања.³³ Коначно, чак и ако се занемаре наведене примедбе, јасно је да организација система правне заштите конкуренције на нивоу ЕУ

30 Закон о заштити тржишног натјецања, чл. 35 ст. 1.

31 Закон о заштити конкуренције Македоније, чл. 28 ст. 1 и чл. 31.

32 J. W. van den Gronden, S. A. Vries, *нав. чланак*, стр. 66.

33 Eleanor Fox, *US and EU Competition Law: A Comparison*, Institute for International Economics, доступно на сајту: www.iie.com, 20.3.2013.

не може сама по себи бити аргумент за њено клонирање на нивоу националних правних поредака држава чланица и држава кандидата.

Аргумент ефикасности заштите конкуренције је једини довољно снажан да подржи одступање од класичних правила казненог поступка. Поставља се, међутим, питање да ли је инквизициони поступак за утврђивање повреда конкуренције и изрицање санкција прави одговор на императив ефикасног деловања тела за заштиту конкуренције? У свету су познати национални системи у којима постоје двојни органи за заштиту конкуренције – један који води поступак и један који изриче санкцију,³⁴ а најстарији и један од најнапреднијих антимонополских система у свету – амерички, почива на класичном судском моделу. Такође, последњих година у појединим јурисдикцијама постављени су законски основи за кривично гоњење за тешке повреде правила конкуренције, док се стручна јавност све више залаже за криминализацију права конкуренције,³⁵ што заправо значи примену општих правила кривичног поступка и надлежност редовног кривичног суда.

Решење које би помирило потребу ефикасног деловања и примене специјалистичких знања, с једне стране, и захтеве *due process*-а, с друге стране, састојало би се у томе да се формира специјализован суд који би судио у споровима о постојању повреда конкуренције и изрицао санкције. Том суду би се могло поверити и решавање спорова из других сродних области, као нпр. заштита потрошача и регулација либерализованих сектора привреде (енергетика, електронске комуникације, саобраћај и сл.). Судије тог суда биле би специјалисти за право конкуренције, а у рад судских већа би се могли укључити и стручњаци из других области. Устројство и рад суда били би уређени у складу са принципима који важе за класичне судове (нпр. начин избора судија, сталност судијске функције, колегијално одлучивање, јавност рада). Постојеће тело за заштиту конкуренције задржало би надлежност да води истрагу за утврђивање повреде конкуренције и да износи случај пред суд, ради доношење одлуке о постојању повреде и санкцији. Санкције би се квалификовале као казнене, што би аутоматски повлачило примену правила одговарајућег поступка.

34 Вид. *International Competition Network*, „Setting of Fines for Cartels in ICN Jurisdictions“, *Report to the 7th Annual Conference*, Kyoto April 2008, доступно на сајту: www.internationalcompetitionnetwork.org, 20.3.2013.

35 Mary Elizabeth Curtis, John McNelly, „The Classic Cartel – Hatchback Sentence“, *Competition Law Review*, Vol. 4, No. 1/2007, стр. 41–50.

Dijana MARKOVIĆ-BAJALOVIĆ, PhD
Professor at the Faculty of Law, Pale, University of East Sarajevo and
Faculty of European Legal and Political Studies, Novi Sad,
University of Singidunum

COMPETITION LAW AND THE RULE OF LAW

Summary

Competition law is passing through the process of establishment in the states of West-Balkan region. It has started at the time when those countries have liberalized their economy and initiated the process of preparation for the EU membership. The first steps, such as adoption of laws to protect competition, foundation of specialized bodies authorised for their implementation, issuance of the first decisions and imposition of the first fines, made it possible for legal analysts to perceive weak spots of legal protection of free competition in Serbia and other countries of the region. Those weaknesses are only partly caused by the specificity of the subject-matter of competition regulation and much more are the consequence of unsound transplantation of foreign legal solutions and abandonment of the basic principle of the rule of law. The author analyses weaknesses of the existing legal protection of free competition in Serbia and neighbouring countries in the region. The most significant among them are extremely abstract legal regulation and absence of defined legal standards for assessing the legality of certain market behavior, as well as consolidation of quasi-legislative, quasi-administrative and quasi-judicial functions in one body which enforce competition rules. Insufficient specificity in legal regulation of behaviour restricting free competition causes legal insecurity, since persons who are obliged to follow the rules on competition do not fully understand what their obligations are. Legal rules are interpreted by the authority competent for the enforcement of competition rules, which takes away the role of legislator. That body is at the same time responsible for solving legal disputes concerning infringements of competition rules and imposing sanctions, which makes it quasi-judicial body. Legal process for imposing sanctions is underregulated and legal guarantees for impartial and objective trial do not exist. Limited mandate of members of the body and their repeated election opens door to illegitimate political influence of the government. The author gives recommendations to eliminate those weaknesses, which should help improvement of legal certainty in the area of competition law.

Key words: competition law, rule of law, enforcement of law, power sharing, bodies for protection of competition.

др Сања ДАНКОВИЋ СТЕПАНОВИЋ
ванредни професор Факултета политичких наука
Универзитета у Београду
члан Савета Комисије за заштиту конкуренције Републике Србије

ЕФЕКТИВНА ЗАШТИТА КОНКУРЕНЦИЈЕ (ПРАВО, ПРИВРЕДА И ДРЖАВА)*

Резиме

Овај рад има за предмет анализу правне ситуације измењеној законодавној амбијенци у домену заштите конкуренције, када је њена повреда несспорно утврђена али санкција није изречена, и давање аргументационе маје којом се стиже до разрешења ове правне зајонетике. Полазне премисе подразумевају: аксиом да се право има применити и јавни интерес у домену заштите конкуренције, као преломне тачке у којој се принцип правној и државној срећно сусрећу – а полазећи од самој унутрашњег смисла правне норме, постулат или начела: да повреди диспозиције нужно консеквентно следи санкција. Постоје само две ситуације у којима утврђеној повреди конкуренције, санкција не би требало да буде изречена. Прва се односи на застарелост. Друга ситуација полази од теорије блажег пројиса (наспрам теорије друштвеног интереса) и постojала би да одредбе Закона, као објективно једино примењујуће, нису повољније у семенју предвиђених санкција у односу на решења Преходног закона. Закључак је да измена законодавног оквира упућује на примену блажег пројиса за изрицање санкције починиоцу повреде конкуренције, и окончање постулата. Сваки друшачији став сводио би се на прварно заобилажење права, и значио би антицизу права, *per se*.

* Овај рад је припремљен у оквиру пројекта „Политички идентитет Србије у регионалном и глобалном контексту“ Министарства просвете, науке и технолошког развоја РС (бр. 179076).

Кључне речи: *примарна заштитна конкуренција, економистичка теорија, теорија друштвеног интереса, јавна ситуација у шоку, примена довољније теорије.*

І Постављање проблема, и аргументациона мапа

Обезбедити свим пословним субјектима на одређеном тржишту исте стартне шансе за успех по фер правилима игре, у ефективној конкурентској клими – представља основни правни предуслов тржишног привређивања. Са друге стране стоје схватања да тежња ка увећању пословне моћи, а тиме и тржишној доминацији, представља природно, па чак и пожељно понашање, које се не може забранити све док се остварује допуштеним средствима.

Једна од најзначајнијих новина коју је у домаћи систем правила конкуренције увео важећи Закон о заштити конкуренције¹ (у даљем тексту: Закон) односи се на битно проширење граница надлежности Комисије за заштиту конкуренције у домену изрицања санкција, чиме се омогућава обједињеност и једнообразност поступања у сегменту примарне заштите конкуренције. Изван тога остаје сфера судске заштите, која је двостепена, у процесном смислу, и двојна, у садржинском смислу. Мериторна одлука Комисије за заштиту конкуренције је коначна² и против ње може бити поднета тужба Управном суду, која не одлаже извршење решења. Последњи ниво судске заштите³ односи се на поступак по ванредном правном леку⁴ пред Врховним касационим судом Републике Србије.

Врста поступка	Укупан број поступака	Окончани поступци	Поступци у току на дан 31.12.2012. године
Рестриktivни споразуми	11	7	4
Појединачна изузећа споразума од забране	15	14	1

1 Закон о заштити конкуренције (*Службени гласник РС*, бр. 51/09).

2 Закон о заштити конкуренције, чл. 38 ст. 4 и Закон о управним споровима (*Службени гласник РС*, бр. 111/09), чл. 3.

3 Законитост поступања Комисије ЕУ у домену примене комунитарног права конкуренције оцењује Суд правде ЕУ, сходно чл. 263 *TFEU*; види: Ariel Ezrachi, *EU Competition Law – An Analytical Guide to the Leading Cases*, Portland, 2010, стр. 408.

4 Закон о управним споровима, чл. 49.

Злоупотреба доминантног положаја	9	5	4
Иницијативе за покретање поступка и обавештења	36	29	7
Остало (представке, међусекторски пројекти и сл.)	25	21	0
Укупно	92	76	16

*Прејлед постојућих за утврђивање повреда конкуренције вођених од стране Комисије за заштити конкуренције РС у 2012. години*⁵

Осим опције вођења управног спора против решења Комисије, у области судске заштите конкуренције све већи значај добија грађанско-правна заштита. О захтеву за накнаду штете се одлучује у парничном поступку, уз утврђивање околности њеног настанка; овакво решење кореспондира пракси Суда правде ЕУ, у вези са повредом члана 101 и 102 *TFEU*.⁶ Међутим, одредба по којој се за спровођење поступка за накнаду штете као претходан битни услов јавља утврђивање околности повреде конкуренције решењем Комисије за заштиту конкуренције – не кореспондира са праксом Суда правде ЕУ, са једне стране, а отвара и питање колизије са члановима 10 и 16 Закона о заштити конкуренције и, даље, његовог системског тумачења.

Правна једначина у области ефективне заштите ефективне конкуренције која ће у даљем тексту бити разматрана је следећа: повређена је императивна законска норма и утврђено нарушавање, ограничавање или спречавање конкуренције. Потребно је утврдити санкцију, у ситуацији када је дошло до измене законодавног оквира. Да ли ће мера заштите конкуренције у виду новчане казне бити изречена? Уколико је одговор на претходно питање потврдан, да ли је изабрано решење повољније за починиоца повреде? Најзад, да ли су односним поступањем заштитени принципи правичности и јавног интереса? Закон је отворио ово питање 2009. године, и на различитим нивоима правне заштите конкуренције, до данас, давани су различити одговори. Очекиване, током ове године, измене и допуне Закона претпоставља се да ће избећи сличну прав-

5 Извештај о раду Комисије за заштиту конкуренције у 2012. години, вид: www.kzk.gov.rs, 1.4.2013.

6 Види став Суда правде ЕУ у случајевима *Courage v. Crehan*, [2001] *ECR I-6297*, пар. 26–31 и *Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni*, [2006] *ECR I-6619*, пар. 56–59.

ну неизвесност у погледу повлачења линије разграничења временског важења, чија цена, показало се, може бити врло висока.

Ситуација укрштене временске примене правила о заштити конкуренције разрешава се кроз сложени пут слагања и повезивања правних аргумената и законских решења, који започиње консултовањем прелазних одредаба Закона. Надаље, јединствен став прекршајне судске праксе који иде у правцу негирања стварне надлежности даље значи – под претпоставком усвајања става да неко уопште мора бити надлежан у домену примарне примене правила у циљу заштите ефективне конкуренције – поступање Комисије за заштиту конкуренције у погледу изрицања мера услед учињене повреде.

Овај пут неће бити једноставан, по броју корака који су направљени до коначног разрешења правне дилеме, и скретања која је требало учинити, али је у квалитативном смислу позитиван, пре свега са аспекта странке у поступку којој се изриче мера заштите конкуренције, али и других тржишних учесника, потрошача, државе па и друштва, и јесте неспоран, у смислу да представља једино могуће решење – под претпоставком да непримена права није ни узимана као озбиљна опција. Дакле, да би се стигло до циља у овом правном лавиритну, који ће имати обележја и легалног и легитимног, постојао је само један пут којим се могло ићи, а он не подразумева ретроактивност ни ретроградност у било ком смислу, већ примену по починиоца блажег и објективно једино могућег прописа. О аргументима којим је поплочан, у тексту који следи.

II Прелазне одредбе Закона

Као полазни принцип за разрешење отвореног питања приоритета примене једног од више прописа истог ранга јавља се решење садржано у прелазним и завршним одредбама⁷ последње донетог акта. Језичким и системским тумачењем одредаба члана 74 Закона, долази се до става да се претходно важећи Закон о заштити конкуренције (2005)⁸ примењује у целини – и у погледу материјалних, и процесних одредаба.⁹ Да је

7 Тек у евентуалном случају да не постоје прелазне и завршне одредбе у касније донетом пропису које уређују питање приоритета примене, као супсидијаран јавља се принцип *Lex posterior derogat legi priori*.

8 Закон о заштити конкуренције (*Службени гласник РС*, бр. 79/05; у даљем тексту: Претходни закон).

9 Додатни аргумент за став о целовитој примени процесних и материјалних одредаба једног прописа јесте аналогија са ситуацијом када домаћи закон упућује на примену страног права које се онда има применити у целини: и у материјално-

интенција законодавца била примена само једног сегмента правила, то би изричито било и напоменуто. Предвиђено је да се на све поступке који су отпочети до дана почетка примене Закона (а он не кореспондира дану његовог ступања на снагу) примењују прописи по којима су и започети.

Са друге стране, формулација „примењује се закон“ искључује опцију непримене (закона, важећег или претходног). То даље значи и да сценарио: изабрати Закон који је објективно немогуће применити – није одржив, са становишта базичног језичког тумачења, затим и интенције законодавца, а најзад и саме *naturalis ratio* односне норме да повреди консеквентно следи изрицање мере заштите конкуренције.

III Примена прописа по коме је поступак започет

Правила Претходног закона примењују се и у материјално-правном и процесно-правном смислу. У домену изрицања санкције, то у материјално-правном смислу значи да су оне квалитативно исте, али квантитативно строже него што ће то бити решење Закона; у процесном смислу, поступајући орган за њихово изрицање је прекршајни суд. И ту се стиже до баријере у виду објективне немогућности институционалне примене концепта прекршајне одговорности за раније за утврђене случајеве повреде конкуренције.

Наиме, јединствен став прекршајне судске праксе заузет по питању изрицања санкција у сфери заштите конкуренције базиран је на два основна постулата: прво, да у садашњем тренутку учињено дело повреде конкуренције није могуће квалификовати као прекршај¹⁰, јер легислативни амбијент креиран отпочињањем дејства важећег Закона¹¹ искључује кажњивост за прекршај у судском поступку; друго, Закон представља за починиоца повреде блажи пропис у односу на претходни, па га стога и треба применити.¹² Дакле, став прекршајне судске праксе је да – иако чл. 74 Закона налаже примену прописа по којима су започети на поступке отпочете до дана почетка његовог важења, у односној правној ситуацији примењује се важећи Закон, јер је повољнији за учи-

правном и процесном сегменту. Разуме се да околност примене сраног права представља ситуацију знатно повишеног ризика за јавни поредак, па и правну сигурност домаће стране учеснице правног посла, у односу на случај када се одлучује о примени одредаба једног од два домаћа закона истог нивоа посебности.

10 Сходно чл. 218 ст. 1 тач. 1 Закона о прекршајима (*Службени тасник РС*, бр. 101/2005, 116/2008 и 111/2009).

11 Радње и акти повреде конкуренције утврђени су Законом о повреди конкуренције.

12 Пресуда Вишег прекршајног суда у Београду, бр. 15-ПРЖ-7115/10.

ниоца, сходно решењу Закона о прекршајима¹³ као матичног по коме се на учиниоца прекршаја, у случају да је након учињеног дела једном или више пута дошло до измене регулативе – примењује најблажи пропис.

Ово је, дакле, место где се мора учинити скретање на правном путу резоновања, до одрживог и правичног решења. Две су опције – не санкционисати неспорно учињену повреду и кршење закона или изрећи меру у оквирима важећих прописа: и то не зато што имају ретроактивну примену *per se*, јер је немају, већ стога што је то једини начин да правни поступак буде окончан, а начело правичности примењено. Опредeљујемо се за наставак пута скретањем на једино проходну стазу примене права и даљег праћења законских знакова поред ње.

Примена решења важећег Закона у сегменту изрицања санкције за, на основу Претходног закона утврђену повреду конкуренције, као објективно једино расположивог корпуса правила чијом употребом је могуће окончати односни управни поступак упућује даље на два битна постулата. Прво, треба временски одредити период трајања повреде, и применити Претходни закон у случају поступака који су по њему започети, у мери у којој је то објективно и институционално могуће. Друго, у случају правне сумње о првенству примене прописа, што у домену заштите конкуренције и није случај јер се не бира између два прописа већ се примењује – оперативно и институционално у сегменту изрицања мера – једино могући, као корективни принцип узима се правило повољнијег за учесника, односно починиоца.¹⁴

Могуће је разликовати три правне ситуације, полазећи од критеријума (не)поступања прекршајних органа по утврђеној повреди конкуренције. У првом сценарију, након што је одлуком Комисије за заштиту конкуренције утврђена повреда, прекршајни поступак за изрицање мере није покренут. Стога, у светлу правила Закона, Комисија за заштиту конкуренције као поступајући орган завршава поступак и изриче меру. У другом случају, поступак пред прекршајним органом је започет и обустављен, са образложењем базираном на тези о стварној ненадлежности и принципу примене блажег прописа. Трећа ситуација подразумева поступање прекршајног органа окончаног ослобађајућом пресудом, али без да је доведено у питање постојање повреде и даље, уз упућивање на примену концепта важећих прописа о заштити конкуренције и следственом изрицању управних мера.¹⁵

13 Види Закон о прекршајима, чл. 6.

14 Види: Конференција Уједињених нација за трговину и развој, *Експертска анализа њолијикe заштитe конкуренције*, Србија, Њујорк и Женева, 2011, стр. 19.

15 Посебно је формално-правно питање зашто прекршајни судови одлуку којом се констатује да се односно дело повреде конкуренције не квалификује као прекршај

IV Примена блажег прописа

Поступајући по прелазној одредби Закона, консултује се Претходни закон који за изрицање санкције за радњу спречавања, ограничавања или нарушавања конкуренције прописује спровођење прекршајног поступка и примену односног закона.¹⁶

Законом о прекршајима (чл. 6, ст. 2) предвиђено је да се на учиниоца прекршаја, у случају да је дошло до измене регулаторног оквира, неће применити пропис који је важио у време извршења прекршаја (Претходни закон), већ се има применити најблажи пропис (Закон). Овакво решење чини беспредметном сваку даљу причу о „забрани ретроактивне примена Закона“, чија се примена, као оног који није био на снази у време учињене повреде која се тада санкционисала као прекршај управо, и то императивном законском одредбом, налаже. Такође, формулација „примењује се пропис који је најблажи за учиниоца“ искључује *per se* опцију да се у случају измене прописа (у једном или више наврата) – ниједан пропис не примени.

Следећи аргумент односи се на принцип да се у управном поступку, када се странкама налажу обавезе, имају применити оне мере предвиђене прописима које су за њих повољније, све док се и на тај начин остварује сврха Закона, и предвиђен је Законом о општем управном поступку (чл. 6, ст. 3).

Из оба наведена законска решења која су императивног карактера проистиче да се има применити – не пропис који је био на снази у време повреде конкуренције, већ онај који предвиђа блажу санкцију за починиоца, а то је Закон.

Уставни принцип¹⁷ из члана 197, став 3 допушта наведену могућност за област кривичног права, али не прописује и обавезност избора блажег прописа. Мере заштите конкуренције, без обзира да ли су управно-правне или прекршајно-правне природе, с обзиром да представљају санкцију за учињену и правоснажно утврђену повреду

и да се има применити Закон о заштити конкуренције као повољнији за починиоца за изрицање санкције – доносе и у виду пресуде којом се окривљени ослобађа кривице. Одговор треба тражити у формулацији чл. 218 ст. 1 тач. 1 Закона о прекршајима, која предвиђа да се за дело које није предвиђено као прекршај, за које се окривљени терети, изриче ослобађајућа пресуда, иако се у следећи сегмент испитивања кривице није ни улазило. Адекватну форму одлуке прекршајног суда, с обзиром на њено материјално-правно језгро, представља решење којим се обуставља прекршајни поступак, услед стварне ненадлежности за вођење прекршајног поступка; види Закон о прекршајима, чл. 216 ст. 1 тач. 1.

16 Закон о заштити конкуренције из 2005. године, чл. 70, ст. 1.

17 Устав РС (Службени гласник РС, бр. 37/06).

конкуренције изједначене су са кривичним санкцијама, а сходно члану 6(1) Европске конвенције за људска права¹⁸ да поступци заштите конкуренције имају кривично-правну природу.¹⁹ Становиште да се одредбе члана 6(1) имају тумачити екстензивно и да се примењују како на кривичне, тако аналогно и на управне поступке (заједнички именилац подразумева да за предмет имају изрицање санкције)²⁰ – заузето је превасходно с обзиром на природу повреде конкуренције и озбиљност предвиђене казне.

Дакле, уколико правила Претходног закона објективно није могуће применити у постојећем тренутку и околностима, а поступак није окончан, остаје могућност примене постојећих прописа. Међутим, како је ретроактивност закона изузетак, а не правило,²¹ у овој правној дилеми уводи се правило примене, по странку, односно починиоца повреде, повољнијег прописа – као корективно. То значи да се на неокончан правни поступак, нерегулисан однос или отворено правно питање примењују позитивне норме као једино расположиве – под условом да су њихова решења повољнија за починиоца.

V Примена Закона о заштити конкуренције

Досадашњи редослед корака, односно аргумената, довео је до примене важећих решења²² у сегменту изрицање санкције за утврђену повреду конкуренције, јер су она повољнија за починиоца у односу на

- 18 Конвенција за заштиту људских права и основних слобода донета је у Риму 1950. године.
- 19 Наведено тумачење члана 6(1) заузето је од стране Европског суда за људска права пресудом у предмету *Menarini Diagnostics S.R.L. v. The Italian Republic*, No. 43509/09, од 27.9.2011. године.
- 20 Аналогија је учињена и у погледу правног положаја Комисије, као самосталног и независног органа, према судовима.
- 21 Закони не могу имати повратно дејство, већ, изузетно само одређене одредбе могу имати повратно дејство ако то налаже општи интерес, види: Устав Републике Србије, чл. 197 ст. 1 и 2.
- 22 По раније важећем Закону о заштити конкуренције, изрицање санкције за утврђено понашање квалификовано као спречавање, ограничавање или нарушавање конкуренције, двојно је остваривано – у управном и судском поступку. Први, али мање важан, сегмент се односи на изрицање мера од стране Комисије за заштиту конкуренције, које се тичу забране вршења промета, односно забране обављања делатности (сходно члану 68). Други сегмент се односи на прекршајни поступак, који је покретан по основу поднетог захтева од стране Комисије за заштиту конкуренције, у коме су изрицане новчане казне и заштитне мере, како за привредно друштво, тако и за одговорно лице у њему. По важећем закону, целокупан систем примарног изрицања мера за учињену повреду конкуренције остварује се у оквирима управног поступка, од стране Комисије за заштиту конкуренције.

правила Претходног закона, у квантитативном и квалитативном смислу. Најпре, за разлику од претходно важећег решења постојања индивидуалне одговорности физичког лица, заступника правног лица које је учинило прекршај, постојећи легислативни амбијент не познаје такав вид санкција за учињене повреде конкуренције,²³ већ одговорност ограничава на правна лица – тржишне учеснике, као починиоце. Даље, важећим Законом није прописана раније постојећа обавеза изрицања заштитне мере у виду одузимања предмета и забране вршења делатности тржишном учеснику, прекршајном починиоцу. Треће, у централном сегменту који се односи на вредносни аспект новчане казне²⁴ која се у процентуалном износу оствареног укупног годишњег прихода у претходној обрачунској години одговорног правног лица изриче услед утврђене повреде конкуренције – решење важећег Закона је опет повољније за учиниоца, с обзиром да предвиђа износ до 10%, за разлику од претходно примењиваног закона у коме је горња граница била иста, али је доњи вредносни ниво био 1%.²⁵

Дакле у Претходном и важећем Закону на исти начин прописане су радње и акти рестриктивног споразумевања и злоупотребе доминантног положаја, и на исти начин је прописана санкција (раније–казна, сада–мера заштите конкуренције) у виду обавезе плаћања новчаног износа у висини утврђеног процента од укупног годишњег прихода оствареног у години која претходи утврђеној повреди.

Примена одредаба Закона детерминисана је, осим базичним начелом примене блажег прописа за починиоца, и околношћу да је реч о истоврсној, новчаној казни и најзад ограничена је на изрицање мера које је познавао и претходни Закон.²⁶ Неосновано би било применити

23 Види чл. 71 ст. 5, чл. 72 ст. 2 и чл. 73 ст 2 Претходног закона.

24 И рок за наплату управне мере у важећем законодавном амбијенту не може бити краћи од три месеца, док је по ранијим прописима био везан за општи рок од осам дана од дана када прекршајно решење постане извршно.

25 У домену изрицања управне мере, релевантно је консултовати Смернице за примену Уредбе о критеријумима за одређивање висине износа који се плаћа на основу мере заштите конкуренције и процесног пенала, начину и роковима њиховог плаћања и условима за одређивање тих мере (2011. година) и Смернице Комисије ЕУ бр. 1/2003 ОЈ С 210, стр. 2 (2006. година).

26 Када је о санкцијама реч, у оквиру претходно важећег легислативног оквира јављале су се у виду управних и прекршајних мера. Закон обједињује систем утврђивања повреде конкуренције и изрицања санкција, у склопу управног поступка који води Комисија за заштиту конкуренције, уз изрицање управних мера које обухватају мере заштите конкуренције и мере отклањања, односно предупређења настанка повреде конкуренције, у оквиру којих се даље разликују мере понашања и структурне мере; новоуведени сегмент представљају мере процесног пенала услед непоступања у складу са налогом Комисије.

оне мере које претходно важећи прописи не би препознали, јер би то значило негативно дејство ретроактивности и примену неповољнијих правила за починиоца повреде конкуренције.

VI Концептуална сложеност поступка

Утврђивање повреде конкуренције и консеквентно изрицање санкције упоредно-правно представљају два садржински одвојена и независна, али нужно повезана поступка, како по критеријуму органа који их изриче, тако и са аспекта кодификованих правила по којима се спроводе, уз једно правило са дугом цивилизацијско-правном традицијом: мера до које се резултатно дође мора бити најповољнија могућа за починиоца. Претходно важећи Закон познавао је двосегменти концепт заштите конкуренције: утврђивање повреде, од стране Комисије, и изрицање санкције, у оквиру прекршајног поступка. Ове две целине биле су јасно одвојене и самосталне – у временском, у формално-правном и у институционалном смислу. Дакле, поступак одређивања мере заштите конкуренције јавља се као самосталан, и може бити спроведен по одредбама Закона у случају када је повреда утврђена за време важења претходних прописа. Најзад, позитивни прописи предвиђају да се мера заштите конкуренције може одредити самостално или истовремено са мером отклањања повреде конкуренције.²⁷

Односна правна ситуација представља *Facta pendentia*, односно ситуацију у току, с обзиром да је настала за преме важења Претходног закона (у смислу повреде конкуренције), али се својим континуираним дејством простире и на време садашњег Закона (с обзиром да поступак није окончан, а санкција изречена).²⁸ Разликују се две подкатегије „ситуација у току“: када је о једном питању одлука донета као коначна – тада се примењује раније важећи закон, или када је реч о (не)поступању које се више пута процењује и о коме се, експлицитно или имплицитно, изнова одлучује – у ком случају примену могу имати сада или претходно важећи прописи, зависно од времена наступања односне битне околности, односно чињенице.

Као подкатегија „свршеног факта“, с обзиром да је једна од садржинских целина већ остварена у пољу временског важења претходног

27 Види Уредбу о критеријумима за одређивање висине износа који се плаћа по основу мере заштите конкуренције и процесног пенала, начину и роковима њиховог плаћања и условима за одређивање тих мера (*Службени гласник РС*, бр. 50/10), чл. 5 ст. 1.

28 Види: Слободан Перовић, *Ретироактивност закона и других ојшћих акаћа – теорија сукоба закона у времену*, Београд, 1987, стр. 161.

закона, а бивајући по својој правној природи вануговорна ситуација, сходно атомистичкој теорији Рубијеа, уз битан утицај теорије друштвеног интереса: оваква атомистичка структура правне ситуације заштите конкуренције подразумева да се на први сегмент повреде конкуренције примењује претходно важећи пропис, за време кога је радња и учињена, а на други део правне приче, који подразумева поступак изрицања санкције, примењује се важећи пропис, као институционално једино могући и као блажи за починиоца.

VII Јединственост поступка

Поступак у коме је утврђена повреда конкуренције може се сматрати окончаним тек тренутком изрицања мере конкуренције, што за поступке отпочете по претходно важећем Закону, услед објективне немогућности изрицања мера у контексту прекршајне одговорности, може бити учињено само по важећим прописима, од стране Комисије за заштиту конкуренције, с тим да је вредносни опсег иначе истоврсних санкција повољнији за починиоца управо по важећим прописима. Дакле, поступање Комисије у овом сегменту представља наставак раније започетог поступка, а не нов или допунски процес.

Несумњиво је да поступак мора бити окончан изрицањем санкције по установљеној повреди, јер то налажу принципи правичности и правне сигурности. Стога, позивање на постојање правне празнине свакако није релевантан аргумент, то се и чини применом постојећих и једино дејствујућих правних правила.²⁹

VIII Поштовање правила *Ne bis in idem*

Околност да је по поднетим захтевима за вођење прекршаја по Претходном закону одлучивано, отвара питање оправданости поступања Комисије за заштиту конкуренције и изрицања мера у управном поступку, са аспекта поштовања принципа *Ne bis in idem*. Могуће је у том смислу истаћи неколико аргумента у прилог тези да управни поступак треба окончати.

Битни елементи за утврђивање истоврсности поступака, чије присуство је кумулативно постављено, односе се на субјекте, чињенично-правни склоп и исти поступајући орган, што у овој ситуацији није случај. Одлука прекршајног суда није мериторна, с обзиром да се констатује немогућност прекршајне квалификације и потреба примене Закона, а то даље значи и изрицања управне мере.

²⁹ Сходно чл. 68, у вези са чл. 57 Закона.

Управни орган је само у ситуацији када се правоснажном судском пресудом утврђује кривична одговорност³⁰ везан таквом одлуком суда, а у свим другим ситуацијама, сходно *Argumentum a contrario valem in lege*, управни орган може наставити поступак³¹ (у овом случају и изрећи меру заштите конкуренције).

Законом о прекршајима предвиђено је да у прекршајном поступку лице не може бити кажњено више пута за исту прекршајну радњу,³² а вођење поступка за изрицање управне мере заштите конкуренције претпоставља други орган поступања, други законодавни оквир за изрицање санкције и њихову различиту категоријалну припадност, па је у околностима када прекршајни орган није утврдио одговорност јасно да нема повреде правила о забрани двоструког, односно паралелног поступања у домену изрицања санкције за правоснажно утврђену повреду конкуренције. Поступак који се води пред Комисијом за заштиту конкуренције није прекршајни поступак, тако да не може бити говора о повреди принципа *Ne bis in idem*. У погледу испитивања поштовања принципа *Ne bis in idem*, конститутивни елементи били би два (или више) пута вођени прекршајни поступци, који су окончани изрицањем казне. У односном случају стога не може бити говора о његовој повреди, јер: вођен је само један прекршајни поступак; он није резултирао изрицањем казне; у истој правној ствари сада се води други поступак који, међутим, није прекршајни.

IX Јавни, и интерес државе

Заштита ефективне конкуренције, и то механизмима који би омогућили помак напред, представља општи интерес наведен у Образложењу Закона приликом његовог доношења. Интенција законодавца није била да, тежећи њеној ефикасијој заштити, ослободи починиоце повреде конкуренције санкције само зато што је дошло до измене законских прописа.

Обавеза је Комисије, као поступајућег органа, у складу са чл. 6 Закона о општем управном поступку, да се стара и својим радом штити јавни интерес, односно да поштује начело заштите права грађана.

30 Види Закон о општем управном поступку (*Службени лист СРЈ*, бр. 33/97 и 31/01 и *Службени гласник РС*, бр. 30/10), чл. 134 ст. 3.

31 Формално-правно посматрано, ни постојање пресуде којом се окривљени ослобађа кривице не представља сметњу за вођење поступка за изрицање управне мере за утврђену повреду конкуренције од стране Комисије за заштиту конкуренције, с обзиром да би само у ситуацији када се правоснажном судском пресудом утврђује кривична одговорност она била везана таквом одлуком суда.

32 Види: Закон о прекршајима, чл. 8 ст. 1.

У том смислу, заштита конкуренције и конкурентности се јавља као значајни вид поштовања наведених начела, у сегменту добробити за друштво, а нарочито користи потрошача,³³ као и начела законитости које обавезује Комисију да употреби сва законска средства како би се испунила сврха постојања прописа о конкуренцији, а то је њена заштита – и најзначајнији инструмент представљају управо управне мере које се изричу у случају повреде конкуренције.

Комисији је дато у надлежност да поступке заштите конкуренције реализује у целости, укључујући и сегмент одређивања управне мере, као и контролисања спровођења мера, у складу са чл. 21, ст. 1, тач. 2 и 13 Закона и она ове активности обавља као поверене послове. У супротном, одлука Комисије о постојању повреде конкуренције имала би само декларативан карактер, без да се изрекне мера и произведе правни ефекат у пословној стварности сходно сврси и циљу Закона, а то је ефективна заштита конкуренције. Без изречене мере, констатовање повреде конкуренције нема правни смисао, сходно чему важећи Закон предвиђа да саставни део решења којим се утврђује повреда представља одлука о заштити конкуренције, односно другој управној мери коју утврђује Комисија.³⁴

Посебан сегмент штете која бива проузрокована непримењивањем правне норме у целини, односно усвајањем става да се за неспорно утврђену повреду конкуренције услед околности промене закона не изриче санкција, пада директно на терет државе, о чему сведочи, најалост, и актуелна домаћа пословно-правна пракса. У увек сложеној сфери међуодноса права и државе, у овом случају услед измене правног става на дугачкој стази од примарне заштите конкуренције (од стране Комисије за заштиту конкуренције, као за ову област специјализованог независног тела), преко Управног суда као првоступајуће судске инстанце, до деловања по ванредном правном средству и промењеном ставу у односу на онај заузет од претходне две инстанце, последица за државу у смислу претрпљене стварне штете, осим озбиљно попољуљаног принципа правне сигурности – јесте врло значајна.

Х Уместо закључка

У ситуацији када је применом правила Претходног закона утврђена њена повреда, али следствено није изречена мера – у првом случају уко-

33 Види Закон, чл. 1.

34 Види Закон, чл. 38 ст. 3 и Уредбу о критеријумима за одређивање висине износа који се плаћа по основу мере заштите конкуренције и процесног пенала, начину и роковима њиховог плаћања и условима за одређивање тих мера, чл. 5 ст. 1.

лико поступак пред прекршајним судом није ни покренут, а у другом случају када је он резултирао ставом да се имају применити правила о заштити конкуренције као блажег прописа – отвара се питање правног модела по коме ће то бити учињено. При томе, ни једног тренутка се не могу довести у сумњу два темељна принципа на којима почива оваква ситуација: аксиом да се право има применити и јавни интерес у домену заштите конкуренције, као преломне тачке у којој се принципи правног и државног срећно сусрећу – а полазећи од самог структурног, и унутрашњег смисла правне норме, поступка или начела: да повреди диспозиције нужно консеквентно следи санкција.

У аргументационом низу зашто се у ситуацији утврђене повреде изриче мера заштите конкуренције, и у ситуацији измене законодавног оквира, и зашто је само тако морало бити, два става се даље издвајају као кључна. Први се односи на схватање прекршајних органа о поступању у материји заштите конкуренције. Други се тиче априорне примене императивне законске норме.

Упућујућа прелазна одредба Закона³⁵ води до концепта прекршајног поступања у домену изрицања санкција³⁶ предвиђеног Претходним законом, сходно коме се примењују одредбе закона којим се уређују прекршаји. Упућујућа одредба (из члана 70, став 1) Претходног закона тако води до решења Закона о прекршајима и судске прекршајне праксе која су у домену изрицања санкције за, од стране Комисије за заштиту конкуренције, утврђене повреде – двојака: дело повреде конкуренције не представља прекршај (члан 218, став 1), сходно чему не постоји стварна надлежност прекршајних органа, већ је квалификовано Законом о заштити конкуренције, што даље значи да надлежност за утврђивање мере има онај орган који односни пропис и предвиђа (а то значи Комисија за заштиту конкуренције); и у ситуацији када би изрицање мере заштите конкуренције било паралелно уређено и прописом у области конкуренције и прописом у области прекршаја, примењивале би се одредбе Закона о заштити конкуренције, као блажег за починиоца (сходно члану 6, став 2).

Са друге стране, полазећи од базичног постулата о јединствености правне норме и каузалног низа диспозиција-санкција, у ситуацији утврђене повреде конкуренције мора се изрећи мера заштите конкуренције, и то двоструко гледано. Прво, норма садржана у Закону о прекршајима (члан 6, став 2), до које се поменутом правном стазом поплочаном упућујућим одредбама стиже, полазећи од прелазног решења (из члана 74) Закона, предвиђа, у случају да је после учињеног прекршаја

35 Закон, чл. 74.

36 Претходни закон, чл. 72.

дошло до измене прописа у једном или више наврата – обавезну примену неког од прописа, и то оног који је најблажи за учиниоца. Језичким тумачењем долази се до јасног става да не применити ни један од односних прописа није опција. Друго, изрицање санкције консеквентно учињеној повреди конкуренције априорно је, с обзиром да је у питању императивна права норма. Дакле, ниједна правна околност, и свакако не измена законодавног оквира, не може бити разлог за непримењивање односне норме у целини, и окончање започетог поступка заштите конкуренције. Свака другачија аргументација сводила би се на преварно заобилажење права, а њено прихватање значило антитезу права, *per se*.

Свака правна норма, па и ова о изрицању мере заштите конкуренције уколико неспорно буде утврђена њена повреда, садржи санкцију као гаранцију саме своје примене. Истовремено, анализом њеног порекла, открива се *naturalis ratio* који стоји у њеној основи.³⁷ У овом случају, то је неспорно каузални карактер између повреде и мере заштите конкуренције.

Постављање питања ретроактивне примене једног закона подразумева увек различите углове посматрања, али се теорија друштвеног интереса до данас задржала као најважнија у анализи. То даље значи да, полазећи од основне функције права, као надградње над одређеном друштвеном (и чињеничном) стварношћу, у чији је интегритет је уграђено и начело економско-социјалне сигурности, и уставности, и законитости – теорија друштвеног интереса у материји ретроактивности мора поштовати у пуном капацитету карактер тих начела. Пренесено на ниво заштите конкуренције, околност промене прописа не може бити разлог за неокончање правног поступка у коме је повреда конкуренције неспорно констатована. Теорија друштвеног интереса, која конкурентност и њену заштиту сматра једним од носећих стубова економске стабилности и сигурности, налаже да свака утврђена повреда конкуренције буде нужно санкционисана. Консеквентно томе, бивају остварени вишеструки правни ефекти: превенција сличног понашања у будућности, казнена мера за починиоца који је таквим понашањем убрао додатни незаконити профит, средства од мере заштите конкуренције постају буџетска и пласирају се у друштвено корисне сврхе, правна сигурност за друге учеснике на односном тржишту. Све наведено изостало би уколико се неодрживи аргумент о наводно забрањеном ретроактивном дејству повољнијег прописа у овој правној ситуацији насилно примени. Били би оштећени интереси потрошача, других конкурената који нису на исти начил остварили противправну корист, сама сврха санкције

37 Слободан Перовић, *Природно право и суд*, Београд, 1996, стр. 25.

прописана предметним прописом о прекршајима – да се поштује правни систем и да се убудуће прекршај не учини,³⁸ и најзад држава. Даље, то би значило свесно непримењивање мере заштите конкуренције као другог конститутивног сегмента правног правила, који је каузално везан са првим, а неспорно је наступила повреда диспозиције – креирајући тако случај наизглед „изгубљен у правном преводу“, а суштински неправа, који не може, односно не би смео, бити резултат ниједне, па ни ове правне дилеме.

Постоје само две ситуације у којима упркос утврђеној повреди конкуренције, санкција, односно мера заштите конкуренције, не би требало да буде изречена. Прва се односи на застарелост.³⁹ Друга ситуација полази од теорије блажег прописа (наспрам поменутој теорији друштвеног интереса) и постојала би да одредбе Закона, као објективно једино примењујућег, нису повољније у сегменту предвиђених санкција у односу на решења Претходног закона.⁴⁰ Тада не би било правног, ни правичног, основа за изрицање санкције, упркос неспорно учињеној повреди императивне законске норме, и конкуренције.

Како то у постојећој констелацији није случај, изнето правно разрешење једначине са две непознате јавља као неспорно у смислу заштите јавног интереса, посматрано са аспекта државе, и заштите начела правичности и правне сигурности, посматрано кроз призму највиших вредности права, и у трансцендентном смислу.

38 Закон о прекршајима, чл. 5 ст. 2.

39 Чл. 68 ст. 3 Закона предвиђа рок застарелости од три године, чијим протеком се мера заштите конкуренције не може ни одредити, нити наплатити, полазећи од дана извршења радње или пропиштања испуњења обавезе, односно од последњег дана временског периода извршења радње. Предлогом Закона о изменама и допунама Закона о конкуренцији овај рок продужен је на пет година, што је рационално решење чије усвајање треба очекивати.

40 Када је реч о природи и категоризацији санкција, биће мера остало је исто, с тим да је распон предвиђен важећим Законом по учиниоца повољнији у односу на претходно важеће прописе.

Sanja DANKOVIĆ STEPANOVIĆ, PhD
Associate Professor at the Faculty of Political Sciences,
University of Belgrade
Council Member of the Commission for Protection of Competition

EFFECTIVE PROTECTION OF THE COMPETITION (LAW, ECONOMY AND STATE)

Summary

Subject of this paper is analysis of a legal situation of an altered legislative ambience in domain of protection of competition, when its violation is established beyond controversy but no sanction was imposed upon it nor an argumentation map by which this legal puzzle is resolved was given. Starting premises imply: an axiom that the law is to be applied and a public interest in the field of competition protection, as a breaking point at which principles of legal and state matters are luckily met, and starting from the very internal sense of a legal norm, procedure or rationale: that violation of rule is followed by a sanction. There are only two situations in which in spite to a determined violation of competition sanction should not be imposed. The first one is related to prescription. Another starts from the theory of more beneficial/more gentle law/ (opposing a theory of social interest) and it would exist should the rules of Law as objectively only applying ones are not more beneficial in segment of prescribed sanctions compared to solutions of Previous law. The conclusion is that amendment of legal frame directs to application of a more gentle law for imposing sanctions to perpetrator of violation of competition and completion of proceedings. Every different position would lead to fraudulent getting around of law and would mean antithesis to law, per se/by itself.

Key words: *primary protection of competition, atom theory, social interest theory, legal situation in the course, application of more beneficial law.*

др Синиша ДОМАЗЕТ
спољни сарадник Института економских наука, Београд

ПОПУСТИ КАО ОБЛИК ЗЛОУПОТРЕБЕ ДОМИНАНТНОГ ПОЛОЖАЈА У ПРАВУ КОНКУРЕНЦИЈЕ ЕУ*

Резиме

Попусти, у основи, представљају лењијиман вид борбе на тржишту. Ипак, под одређеним условима одобравање поуста од стране доминантној предузећа представљаће злоупотребу доминантној положаја. Препоруке да одређени системи злоупотреба представљају злоупотребу *per se* не представљају пожељно средство приликом процене њихове доуштености. За процену доуштености система поуста неопходно је проценити његове стварне и потенцијалне ефекте на конкуренцију или пошрошаче. Уколико би систем поуста довео до искључења конкуренција са релевантној тржишта, или би за последицу имао дискриминацију међу пошрошачима доминантне компаније, представљао би злоупотребу доминантној положаја, у смислу члана 102 Уговора о функционисању ЕУ. У раду су коришћени позиитивно правни метод који је намењен анализи позиитивних правила у вези са злоупотребом доминантној положаја у ЕУ, као и право-логички метод индукције и дедуције, који је примењен у решавању многих правних и логичких проблема у вези са системима поуста у ЕУ.

Кључне речи: ЕУ, право, конкуренција, поусте.

* Овај рад је део истраживачког пројекта под шифром 47009 („Европске интеграције и друштвено-економске промене привреде Србије на путу ка ЕУ“), финансираног од стране Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

I Увод

Попусти представљају уобичајено понашање у савременим трговинским односима и у основи легитимну пословну стратегију. Притом, одобравање попуста купцима не везује се само за велика предузећа, већ може потицати и од малих привредних субјеката. Мотиве за њихову доделу треба тражити у жељи да се привуку потрошачи и тако ослабе конкуренти на релевантном тржишту, у потреби да се награди верност купаца, у жељи да се подстакне куповина већих количина производа, у настојању да се ослободе вишкова робе и слично. Ипак, попусти носе са собом и одређене контроверзе. То иде чак дотле да се понекад сматра да попусти имају тенденцију да подигну, а не да спусте цене.¹

Уколико се попусти посматрају из визуре права конкуренције, поставља се питање да ли ће они у датој ситуацији представљати дозвољено тржишно понашање. То нарочито важи у случају када су попусти одобрени од стране компаније која поседује доминантан положај на тржишту. Наравно, сама чињеница да је неко предузеће доминантно не значи нужно да ће бити и санкционисано због тога што је одобрило попуст на своју робу. Потребно је да је дати привредни субјект, уз помоћ система попуста, извршио *злоупотребу* доминантног положаја на релевантном тржишту. Стога, неопходно је разјаснити *под којим условима* ће попусти представљати злоупотребу доминантног положаја, нарочито с обзиром на правну неизвесност у овој области, али и генерално повећање нивоа казни због повреде члана 102 Уговора о функционосању ЕУ (у даљем тексту: УФЕУ).²

Ситуација је још сложенија уколико се узме у обзир да се системи попуста често сматрају злоупотребом *per se*, без било каквог претходног теоријско-практичног проверавања. Због тога, прети непосредна опасност да институције Уније пренебрегну позитивну, проконкурентску, улогу попуста и тако преурањено окарактеришу дати систем попуста као злоупотребу доминантног положаја (наравно, мисли се на одобравање попуста од стране доминантних предузећа). Стога се чини исправним став аутора који сматрају да је у оваквим случајевима неопходно применити приступ заснован на *ефектима* датих попуста на релевантном тржишту (*effects-based approach*).³

1 Hans Zenger, „Loyalty rebates and the competitive process“, *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 8, No. 4/2012, стр. 717.

2 Види: Jorge Padilla, Donald Slater, *Rebates as an Abuse of Dominance under Article 82 EC*, *GCLC Research papers on Article 82 EC*, 2005, стр. 84. Системи попуста представљају веома осетљиву област у којој су ставови заузети од стране институција Уније били широко критиковани. О томе види: Alison Jones, Brenda Sufrin, *EC Competition Law*, 2008, стр. 481.

3 J. Padilla, D. Slater, *нав. дело*, стр. 95.

У редовима који следе, биће разјашњени услови под којима додела попушта представља недопуштено понашање на тржишту, при чему ће бити коришћени случајеви из богате праксе институција Уније у овој области.

II Системи попушта као облик злоупотребе доминантног положаја (*discount and rebate schemes*)

Пре него што се пређе на ближе разјашњење услова под којима се може говорити о постојању злоупотребе доминантног положаја, треба истаћи да су предузећа у својој пракси развила више различитих система попушта. Они се међусобно разликују по свом карактеру, циљевима и утицају на конкурентски процес. У погледу облика попушта, у пракси су присутни: попусти купцима чија куповина пређе одређени праг (*volume rebate schemes*); попусти који се примењују према купцима чије куповине у датој години пређу прошлгодишњи обим куповина (*sales target rebate schemes*); попусти који се одобравају у замену за ексклузивност (*discounts in return for exclusivity*); попусти усмерени ка одређеним групама потрошача, нарочито оним за које се процени да би се највероватније окренули ка конкурентским снабдевачима, на пример потрошачи у пограничним областима (*discounts or rebates „targeted“ against competing suppliers*), попусти „верности“ (*loyalty, fidelity rebates*), агрегатни попусти (*aggregate rebates*), и слично.⁴

Приликом процене да ли је дошло до злоупотребе доминантног положаја, Европска комисија (у даљем тексту: Комисија) ће морати да буде веома обазрива. Наиме, презумпције да одређени системи попушта представљају злоупотребу *per se* нису ни мало поуздане, будући да се може испоставити да они имају позитивне ефекте по конкуренцију. С друге стране, ослањање на овакав приступ значило би потребу за испитивањем ефеката датог система попушта у сваком појединачном случају, што отвара један други проблем, а то је проблем правне сигурности. Заиста, уколико би се у потпуности прихватило овакво резонување, могло би се у пракси догодити да истоветан систем попушта у једном случају буде сматран злоупотребом доминантног положаја, док би у неком другом случају представљао допуштено тржишно понашање. Стога, неопходно је применити „избалансиран“ приступ приликом решавања ове проблематике.

Типичан пример представљају такозвани попусти „верности“. Наиме, они се налазе на танкој нити између антиконкурентског понашања

4 О овим врстама попушта види шире: D. Ridyard, „Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses Under Article 82 – An Economic Analysis“, *ECLR*, 2002, стр. 286, 288–290, преузето из: А. Jones, В. Sufrin, *нав. дело*, стр. 482–484.

и легитимне конкуренције: с једне стране, таква пракса може имати искључујуће ефекте или иначе може нанети штету потрошачима, омекшавањем конкуренције између различитих робних марки. С друге стране, попусти „верности“ конституишу ефективну конкурентску алатку и могу решити координационе проблеме у производном ланцу, доводећи тако до ефикасности.⁵

Наравно, не треба унапред осудити доделу овог облика попушта потрошачима, с обзиром да лојалност потрошача може бити резултат квалитета производа/услуге, нижих цена и слично, а не неке антиконкурентске радње продавца. Проблем настаје када доминантно предузеће користи попусте „верности“, како би нанео штету конкурентским предузећима.

У том случају, Комисија и Суд су заузели став да ће додела попушта верности од стране доминантног предузећа представљати злоупотребу доминантног положаја, у складу са чланом 102 УФЕУ, на основу четири главна темеља. Прво, потребно је да дати попуст има ефекат подстицања лојалности, који може омести приступ или ширење конкурентских предузећа на релевантном тржишту. Друго, попусти морају имати дискриминаторски карактер. Треће, попусти верности морају бити неправедни. Најзад, четврто, попусти верности морају имати тенденцију да доведу до преграђивања унутрашњег тржишта.⁶

Наведене ставове изнедрила је богата пракса институција Уније.

Тако, у ранијем случају *European Sugar Cartel Case*,⁷ Комисија је давање годишњих квантитативних попушта доминантне компаније купцима, који су своје потрепштине прибављали само од тог произвођача, означила као злоупотребу доминантног положаја. Овде су попусти представљали својеврсну награду за ексклузивну куповину од доминантног предузећа, тачније речено радило се о попустима верности. Таквим чином омогућава се искључивање конкурената, а такође долази и до дискриминације купаца који не купују искључиво код доминантног предузећа. Наравно, ово не треба схватити тако да су квантитативни попусти *per se* недопуштени. Они у основи представљају легитиман вид борбе на тржишту, уколико се дају искључиво у вези са количином куповине, уколико се примењују без дискриминације према свим купцима, као и уколико су објективно утврђени. Овај случај је значајан и по томе што је Комисија направила разлику између истинских квантитативних попушта и попушта верности.⁸

5 Gianluca Faella, „The antitrust assessment of loyalty discounts and rebates“, *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 4, No. 2/2008, стр. 377.

6 *Ibid.*, стр. 384.

7 *Cases 40/73, Suiker Unie v. Commission* [1975] ECR 1663, [1976] 1 CMLR 295.

8 A. Jones, B. Sufrin, *нав. дело*, стр. 486.

Даље, у случају *Hoffmann-La Roche*, Суд⁹ је утврдио да је поменута компанија злоупотребила доминантан положај на тржишту витамина, давањем попушта верности већем броју великих купаца. Такав став образложен је чињеницом да доминантно предузеће које веже купце, чак и ако то чини на њихов захтев, уз помоћ обавезе или обећања са њихове стране да прибављају све, или највише својих потрепштина, искључиво од поменутог предузећа, злоупотребава доминантан положај, у смислу тада важећег члана 82 Уговора о ЕЗ.¹⁰ Ово важи како у случају када је обавеза у питању уговорена без даље квалификације, тако и у ситуацији у којој је то предузето с обзиром на давање попушта. Исто се примењује и уколико поменуто предузеће, без везивања купаца формалном обавезом примени, под условима уговора договореним са овим купцима или једнострано, систем попушта верности, односно попушта условљених купчевим прибављањем свих или највише његових потрепштина од предузећа у доминантном положају. На негативан став не утиче ни то да ли се ради о мањем или већем квантитету куповина.¹¹

Из наведене одлуке се може закључити да ће понашање доминантног предузећа бити окарактерисано као недопуштено у случају када је подстицај за купце, проузрокован одобравањем попушта верности, тако велики да ће имати идентичан ефекат, као и уговорна одредба о ексклузивној куповини од доминантног предузећа.¹²

Дакле, Суд је третирао попусте верности доминантне компаније злоупотребом *per se*, без оцене могућих (тренутних или потенцијалних) ефеката таквих попушта на тржиште и потрошаче. Штавише, пошло се од тога да је *Hoffmann-La Roche* давао попусте не толико због куповине витамина од њега, већ зато да би стимулативно деловао на потрошаче да не купују код његових конкурената. Такво понашање свакако је било у супротности са тадашњим чланом 82 Уговора о ЕЗ и не би се могло окарактерисати као конкуренција по квалитету, која делује проконкурентски, већ се овде радило о штетном тржишном понашању.

Овај случај је значајан и по томе што је Суд додатно разјаснио разлике између попушта верности и квантитативних попушта. У том смислу, заузет је став да је обавеза куповине искључиво од доминантног предузећа недопуштена, с обзиром да није заснована на економској трансакцији која оправдава тај терет или корист, већ је створена да

9 Раније Европски суд правде (European Court of Justice). У складу са споразумом из Лисабона и ради лакшег сналажења, користимо термин „Суд“ као заједничку ознаку за некадашњи Европски суд правде и садашњи Суд правде ЕУ.

10 Сада члана 102 УФЕУ. У складу са временом доношења одлуке, примењујемо стару „нумерацију“.

11 *Case Hoffman-La Roche v Commission* [1979] ECR 461, [1979] 3 CMLR 211, т. 89.

12 Richard Whish, *Competition Law*, 2009, стр. 720.

онемогући или ограничи купцу могући избор извора снабдевања и да не допусти осталим произвођачима приступ тржишту. За разлику од квантитативних попушта који су искључиво повезани са количином куповина од датог произвођача, попусти верности се изражавају у виду давања финансијске предности ради спречавања купаца да прибављају њихове потрештине од конкурентских произвођача. Ефекат попушта верности је примена неједнаких услова на еквивалентне трансакције са другим трговинским странама. То значи да два купца плаћају различиту цену за исти квалитет истог производа, у зависности од тога да ли прибављају своје потрештине искључиво од доминантног предузећа, или имају неколико извора снабдевања.¹³

Најзад, Суд није прихватио ни такозвану „енглеску клаузулу“ (*English clause*), као основ да се поступак доминантног предузећа не окарактерише као злоупотреба. Наиме, поменута клаузула даје могућност купцима да се снабдевају код конкурената, не губећи притом повластице код доминантне компаније као одмазду за „вероломство“, уколико они нуде повољније цене или повољније услове, у односу на доминантно предузеће. Суд је заузео став да ова клаузула, иако на први поглед омогућава купцу да се снабде и на другом месту, представља прикривени облик злоупотребе и да је чак и погоршава, јер се тако омогућава предузећу *Hoffmann-La Roche* да добије информације о понуди конкурентата и тако припреми терен за борбу против њих.¹⁴

Пракса попушта верности била је уочљива и у случају *BPB Industries*.¹⁵ Ту је Комисија утврдила да су *British Gypsum Ltd* и компанија „мајка“ *BPB* злоупотребили доминантан положај, нуђењем попушта верности трговцима у Великој Британији који су трговали гипсаним плочама (*plasterboard*). Попусту верности су одобравани искључиво трговцима који су искључиво куповали робу од доминантног предузећа. Заузет је исправан став да такво понашање наноси штете конкурентима, односно другим увозницима, без обзира што су ове компаније тврдиле да су исплате трговцима за промотивне и рекламне трошкове предствљале нормалну комерцијалну праксу, насталу као одговор на растућу моћ купаца. Комисија није прихватила ове наводе и због тога што је сматрала

13 *Case Hoffman-La Roche v Commission* [1979] ECR 461, [1979] 3 CMLR 211, т. 90.

14 *Ibid.*, т. 107–108. О овоме видети и: *Guidelines on Vertical Restraints* [2010], OJ C 130/01, т. 129; иста забрана била је присутна и у ранијим Смерницама о вертикалним ограничењима (*Guidelines on Vertical Restraints* [2000], OJ C 291/1), т. 152. Видети такође и: *DG Competition Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Brussels, December 2005, т. 150.

15 *Case BPB Industries* [1989] OJ L 10/50, [1990] 4 CMLR 464; *Case T-65/89 BPB Industries plc and British Gypsum v Commission* [1993] ECR II-389, [1993] 5 CMLR и *Case C-310/93 P* [1995] ECR I-865, [1997] 4 CMLR 238.

да ће на тај начин бити постигнути ефекти попушта верности, што је такође забрањено понашање. Одлука Комисије је потврђена од стране тадашњег Суда прве инстанце¹⁶ и Европског суда правде.

Слично је било и у случајевима *Soda-ash* и *Soda-ash/Solvay*,¹⁷ где је Комисија такође осудила дискриминаторске (искључујуће) попусте верности које су одобравале поменуте компаније, као и такозване „*top-slice*“ попусте, које су добијали купци који би купили додатне количине сода-праха (изнад унапред утврђене „тонаже“, различите за сваког појединачног купца). На тај начин, доминантно предузеће је резервисало купце за себе и тако злоупотребило доминантан положај, доводећи остале учеснике у неповољну конкурентску позицију.

Попусти верности били су сматрани злоупотребом и у случају *Compagnie Maritime Belge v. Commission*,¹⁸ где је било речи о злоупотреби колективне доминације од стране чланова конференције бродова линијске пловидбе (*liner conference*), као и у случају *Deutsche Post*.¹⁹ У потоњем случају је Комисија такође направила дистинкцију између квантитативних попушта и попушта верности. Притом, заузела је став да попуст повезан са квантитетом, обрачунат на основу процењеног капацитета апсорпције потрошача, може бити означен као попуст верности. Оправдање за такав став је нађено у чињеници да поменути облик попушта изазива негативне ефекте на тржишну структуру, тако што доводи до искључења конкурената са тржишта.²⁰

У пракси су уочени и други облици попушта који су окарактерисани као злоупотреба доминантног положаја.

Тако, у случају *Michelin I*,²¹ Комисија је сматрала да је компанија Мишелин злоупотребила доминантан положај на холандском тржишту замењивих гума. Овај случај је занимљив и услед тога што је овде радило о такозваним *циљним њојусџима* (*target discounts*). Ови попусти су одобравани дилерима који би остварили циљеве постављене од стране поменутог предузећа и премашили њихове куповине у протеклој години. Циљеви су били постављени различито у односу на сваког појединачног дилера, а референтни период је износио годину дана. Уколико не би остварили циљеве постављене од стране Мишелина на крају пословне године, губили би попусте. Све ово је додатно отежа-

16 Према споразуму из Лисабона, то је сада Општи суд (*General Court*).

17 *Case Soda-ash/Solvay* [1991] *OJ L* 152/21 and *Soda-ash/ICI* [1991] *OJ L* 152/40.

18 *Cases C-395/96 P etc* [2000] *ECR I*-1365, [2000] 4 *CMLR* 1076.

19 *Case Deutsche Post* [2001] *OJ L* 125/27, [2001] 5 *CMLR* 99.

20 *Ibid.*, т. 33.

21 *Case 322/81, Nederlandse Banden-Industrie Michelin v. Commission* [1983] *ECR* 3461, [1985] 1 *CMLR* 282.

но чињеницом да су купци (дилери) морали купити више него претходне године, што их је везивало за Мишелин и затварало тржиште за конкуренте. На овај начин је обезбеђена лојалност купаца према доминантној компанији и тако онемогућен приступ конкурентима. Одлука Комисије била је потврђена од стране Суда, при чему је истакнуто да релативно дуг референтни период може имати негативан утицај на купце, јер крајем тог периода се повећава притисак да се достигне постављени лимит, у циљу стицања попушта. Ипак, тешко је одредити критично трајање референтног периода, посебно ако се узме у обзир прилично контрадикторна пракса институција Уније по овом питању.²² Такође, показало се да недостатак транспарентности у систему попушта представља погоршавајући чинилац, који налажење злоупотребе доминантног положаја чини вероватнијим.²³

Циљни попусти били су осуђени од стране Комисије и у случају *Irish Sugar*.²⁴ Ту се такође радило о попустима условљеним куповином која би премашила ону из прошле године. Као и у случају *Michelin I*, показало се да се лојалност може постићи и заобилазним путем, без изричитог везивања попушта за лојалност према доминантном предузећу. Таква пракса доминантног предузећа је окарактерисана као злоупотреба, будући да су купци вештачки везани за испоручиоца, што би у крајњем случају довело до искључења конкурената са релевантног тржишта.

Одлуку Комисије потврдио је тадашњи Суд прве инстанце, исправно заузевши становиште да је неопходно проценити све околности, нарочито критеријуме и детаљна правила за одобравање попушта. Циљ је одредити да ли постоји тенденција да се уклони или ограничи избор купца у погледу његовог извора снабдевања, да се блокира приступ конкурената тржишту, да се примене неједнаки услови на еквивалентне трансакције са другим трговинским странама, или да се ојача доминантан положај нарушавањем конкуренције.²⁵ Из ове одлуке се може закључити да је довољно да постоји и *тенденција*, односно *намера* доминантног учесника на тржишту да ограничи избор извора снабдевања купцу, па да се такво понашање окарактерише као злоупотреба доминантног положаја. Стога, није потребно да је дошло и до њене ефективне реализације. Поред тога, утврђено је и да је референтни период, коришћен за израчунавање циљног попушта, отпочео пре него што су лансиране нове робне марке шећера од стране конкурената. То је значи-

22 G. Faella, *нав. чланак*, стр. 386.

23 R. Whish, *нав. дело*, стр. 723.

24 *Case T-228/97, Irish Sugar plc v. Commission* [1999] ECR II-2969, [1999] 5 CMLR 1300.

25 [1999] ECR II-2969, [1999] 5 CMLR 1300, т. 197.

ло да су попусти рачунати на основу процене капацитета апсорпције потрошача, што је представљало прикривени облик попушта верности.²⁶

У случају *Michelin II*²⁷ радило се о читавом систему попушта који су нуђени од стране поменутог предузећа на тржишту замењивих гума за тешка возила у Француској. Поред индивидуализованих циљних попушта, систем је обухватао и квантитативне попусте, затим такозване сервисне бонусе, као и попусте на основу чланства у Мишелиновом клубу пријатеља. Специфичност система попушта предузећа Мишелин изражавала се кроз постојање стандардизованих шема, за разлику од случаја *Michelin I*, где се радило о индивидуализованим шемама попушта. Комисија је имала примедбе на различите попусте у оквиру овог система.

Пре свега, заузела је став да сервисни бонуси по којима су дилери стицали додатне бодове за минимални проценат куповина Мишелинових производа, као и по основу обавезе систематског повраћаја гума ради њихове обнове, представљају неправедно тржишно понашање, које подстиче на верност произвођачу и веже купце за куповину производа доминантног предузећа. Такође, споран је био и клуб пријатеља Мишелина. Обавеза дилера према овом клубу се састојала у прибављању довољно робе ради моменталног задовољавања потреба купаца, али и у виду достављања различитих података о промету, статистичких података и продајних прогноза, као и будућих стратегија Мишелину. И у овом случају Комисија је заузела негативан став и утврдила постојање злоупотребе доминантног положаја. Најзад, Комисија је негативно реаговала и у погледу квантитативних попушта, сматрајући да таква пракса није у складу са нормалном конкуренцијом заснованом на ценама, као и с обзиром на чињеницу да је референтни период прелазео три месеца (износио је годину дана).

Мишелин се жалио тадашњем Суду прве инстанце, који је потврдио одлуку Комисије.

Пре свега, Суд је сматрао да систем квантитативних попушта, везан искључиво за количину куповина од доминантног предузећа, генерално неће кршити тадашњи члан 82 Уговора о ЕЗ (сада члан 102 УФЕУ). Међутим, то неће бити случај уколико систем није заснован на економски оправданој компензацији предности, већ настоји да спречи купце да прибављају њихове потрошнице од конкурената. Да би био компатибилан са чланом 82 Уговора о ЕЗ, потребно је да је погодност поверена дилерима оправдана обимом пословања који доносе, или економијама обима које дозвољавају испоручиоцу да чини попусте. Другим речима,

26 *Ibid.*, т. 213.

27 *Case Michelin II* [2002] *OJ* L143/1, [2002] 5 *CMLR* 388.

уколико повећање квантитета испоруке резултира нижим трошковима за испоручиоца, потоњи је овлашћен да пренесе то смањење на купца у облику повољније тарифе. У том погледу, Суд је сматрао да Мишелин није показао да је његов систем квантитативних попушта био заснован на објективним економским разлозима. Осим тога, изведен је и закључак да поменути систем попушта ограничава дилерима избор испоручиоца, али и отежава приступ тржишту конкурентима. Стога, Суд је потврдио став Комисије да систем квантитативних попушта доводи до кршења члана 82 Уговора о ЕЗ, због тога што је неправедан, зато што подстиче верност, али и доводи до преграђивања заједничког тржишта,²⁸ јер се ограничава само на тржиште једне државе чланице, Француске. На преграђивање тржишта институције Уније у пракси оштро реагују, имајући у виду да је то противно основним темељима на којима је заснована Унија. Дакле, Суд је закључио да систем квантитативних попушта у којем постоји значајна варијација у износима попушта између нижих и виших корака, која има референтни период од једне године и у којем је попуст фиксиран на основу укупног промета постигнутог током референтног периода, има карактеристике система попушта који подстиче на верност.

Такође, сматрао да је успостављање обавеза дилерима да саопште детаљне информације о промету, статистикама и продајним прогнозама, као и о будућим стратегијама и развоју тржишних удела Мишелина, искључиво имало за циљ прикупљање података о тржишту који нису јавни, а од значаја су за спровођење властите маркетиншке стратегије. Имајући у виду наведено, као и чињеницу да је на тај начин додатно повећана зависност дилера од Мишелиновог клуба пријатеља, да су дилери додатно везани за Мишелин, као и да то доводи до елиминације конкуренције од стране других произвођача, Суд је подржао став Комисије о забрањености таквог понашања.²⁹

На основу реченог, извлачи се закључак да попусти дати од стране доминантног предузећа могу да се сврстају у две категорије. У прву би спадали економски оправдани квантитативни попусти, док би се у другу групу сврстали попусти који подстичу верност (*loyalty-inducing discounts*). За квантитативне попусте за које није доказано да су економски оправдани, сматраће се да подстичу верност. Такви попусти ће бити *per se* забрањени. Да би се могло говорити о ометању одржања степена конкуренције који још постоји на тржишту, није потребно да постоји

28 Сада је то унутрашње тржиште (*internal market*), у складу са одредбама Споразума из Лисабона.

29 О овом случају видети и: Denis Waelbroeck, „Michelin II: a per se rule against rebates by dominant companies“, *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 1, No. 1/2005, стр. 149-171.

стваран ефекат, већ је довољно показати да понашање доминантног предузећа *може да доведе* до такве ситуације. На крају, Суд је извукао исправан закључак да антиконкурентски циљ и антиконкурентски ефекат представљају једно те исто, кад је у питању примена члана 82 Уговора о ЕЗ (сада 102 УФЕУ).³⁰

У пракси институција Уније нарочито значајан је и случај *Virgin/British Airways*,³¹ где је Комисија окарактерисала као злоупотребу примену система попушта примењиваних од стране предузећа *British Airways* (BA). Систем се састојао у давању попушта, односно стимулација, путничким агентима у области ваздушног саобраћаја, како би они „преферирали“ карте BA, а не карте конкурентских превозника. Овај систем је подразумевао додатне исплате, уколико путнички агенти премаше прошлогодишњу продају карата BA. Притом, провизија коју су остваривали путнички агенти је била повећана не само на бази вишка продатих карата (који би прелазео прошлогодишњи праг), већ на свим картама које би путнички агент продао у одређеном временском периоду, укључујући и продати вишак. Такав систем попушта имао је, према Комисији, негативне ефекте по тржишну структуру, зато што се тако „градила верност“ путничких агената и на тај начин извитоперила конкуренција међу њима. Истовремено, Комисија је сматрала да је овим системом попушта верности вршена дискриминација између путничких агената, што је било у директној супротности са тадашњим чланом 82 Уговора о ЕЗ. Овај случај је значајан по томе што је ово било први пут да се Комисија суочила са системом попушта верности у области услуга, а где је купац био доминантан (у овом случају BA). Сем тога, показало се да Комисија има на располагању два начина за поступање у оваквим случајевима: може да поступи као у случају *Hoffmann-La Roche*, или на основу тадашњег члана 82(2)(ц) Уговора о ЕЗ, уколико се први начин покаже неадекватним.³² Одлука Комисије потврђена је и од стране тадашњег Суда прве инстанце и Европског суда правде.

Пракса попушта верности осуђена је и у случају *Prokent-Tomra*,³³ где се радило о склапању ексклузивних споразума и шема попушта који подстичу на верност на тржишту испоруке половних машина за прикупљање коришћених стаклених и пластичних боца или конзерви (*Reverse Vending Machines*), у замену за депозит. Шема попушта је омогућавала муштеријама да остваре ретроактивне попусте или бонусе. Услов за то је био да ли су достигли одређени индивидуализовани куповни циљ на крају референтног периода. Уколико би се то остварило,

30 A. Jones, B. Sufrin, *нав. дело*, стр. 501.

31 *Case Virgin/British Airways* [2000] OJ L 30/1, [2000] 4 CMLR 999.

32 Види: Richard Whish, *Competition Law*, 2003, стр. 698.

33 *Case T-155/06 Tomra Systems and others v Commission*.

бонуси су исплаћивани на крају референтног периода, у облику новчаног повраћаја, бесплатним машинама и слично. Овај случај је значајан по томе што је Комисија утврдила да је пракса поменутог предузећа имала негативан ефекат по конкуренцију, али и што је показао како систем од неколико облика злоупотребе може имати јак *кумулятивни ефекат* на тржишту.³⁴

Иако је из горе наведених примера видљиво да су одређени системи попушта у пракси оцењени као недопуштени, то не анулира раније изнети став да они у одређеним приликама представљају *легитимну пословну стратегију*. На пример, квантитативни попусти могу бити допуштени уколико су искључиво повезани са количином куповина, одређени објективно и примењиви на све потрошаче. Слично је и са попустима датим у случају промптог плаћања, као и са исплатама учињеним купцима услед учешћа у промоцији производа, или обезбеђењу простора на полицама у супермаркету; у случају *Virgin/British Airways* попусти који се односе на постизање економске ефикасности такође су сматрани допуштеним,³⁵ и слично. Ипак, у пракси су се искристалисале ситуације у којима ће се сматрати да поступци доминантних предузећа неће бити оправдани, као што су: потреба планирања производних активности, ограничавања увоза који су угрозили регуларност и поузданост испорука дестабилизацијом националних тржишта, стимулација промотивних напора дистрибутера, као и потреба награђивања потрошача за издавање гаранције.³⁶ Поједини аутори исправно сматрају да је, ради очувања правне сигурности, потребно креирати такозване „сигурне луке“ (*safe harbours*), наводећи, између осталог, да би системи попушта који захтевају од муштерија да обезбеђују највише 50% својих потреба за неким производом од доминантне компаније, у периоду од „три месеца или мање“, требали бити сматрани допуштеним.³⁷

34 О овоме видети више: Frank Maier-Rigaud, Dovile Vaigauskaite, „Prokent/Tomra, a textbook case? Abuse of dominance under perfect competition“, *Competition Policy Newsletter*, No. 2/2006, стр. 19–24; G. Faella, *нав. чланак*, стр. 394–396.

35 R. Whish, *нав. дело*, стр. 701; J. Padilla, D. Slater, *нав. дело*, стр. 98–100, 102–103.

36 G. Faella, *нав. чланак*, стр. 391.

37 Види: J. Padilla, D. Slater, *нав. дело*, стр. 104. Суштина овог схватања је у томе што би, у случају да се системом попушта обухвати максималан опсег од 50%, преосталих 50% потражње било отворено за конкуренцију. То не значи да „резервисаних“ 50% потражње може бити обухваћено ексклузивношћу. Могућ је само подстицај на ексклузивност, па уколико је то довољно потрошачима они ће вршити куповину од доминантног предузећа. У супротном, снабдеће се код конкурентских произвођача. Више о овим „сигурним лукама“ види на стр. 100–101. Ипак, не би се могло у потпуности бранити становиште у погледу трајања система попушта у трајању од три месеца. У одређеним областима, као што су информационе технологије, где је иновативност присутна на дневном нивоу, чак и овако кратак период може да представља злоупотребу.

III Закључак

Дакле, имајући у виду проблематику попушта, потребу разјашњења под којим условима ће они представљати злоупотребу, а нарочито правну несигурност услед примене принципа „*злоупотреба per se*“, било је неопходно изнаћи одређена решења. Несумњиво је да претпоставке да одређени системи злоупотреба представљају злоупотребу *per se* не представљају пожељно средство приликом процене допуштености одређеног система попушта. Даље, чини се сасвим оправданим приступ по којем је за процену допуштености система попушта неопходно проценити његове *ефекте* (како стварне, тако и потенцијалне) на конкуренцију или потрошаче (односно *effects-based approach*). Другачије речено, треба испитати да ли би систем попушта довео до искључења конкурената са релевантног тржишта, или би за последицу имао дискриминацију међу потрошачима доминантне компаније. Уколико би дати систем попушта имао наведене последице, кумулативно или алтернативно, представљао би злоупотребу доминантног положаја, у смислу члана 102 УФЕУ. Наравно, приступ од случаја до случаја угрозио би правну сигурност компанија, будући да би се идентичан систем попушта у различитим случајевима могао различито третирати. Стога, треба прихватити мишљења појединих аутора да је, ради очувања правне сигурности, потребно креирати такозване „сигурне луке“ (*safe harbours*), што би свакако унело одређену дозу правне извесности. На крају, проблем ће представљати и претерана дискреција Комисије, приликом одлучивања о допуштености попушта, што може створити бројне практичне проблеме.

Siniša DOMAZET, PhD

Associate Member at the Institute of Economic Sciences

DISCOUNTS AS A FORM OF ABUSE OF DOMINANT POSITION IN EU COMPETITION LAW

Summary

Discounts, basically, represent a legitimate form of struggle in the market. However, under certain conditions, granting discounts by dominant companies constitute an abuse of a dominant position. Assumption that certain systems of abuse constitute abuse per se is not a desirable tool in assessing the compatibility

of a system of discounts. To assess the compatibility of the system of discounts, it is necessary to estimate its actual and potential effects on competition or consumers. If the system of discounts is led to the exclusion of competitors from the relevant market, or would result in discrimination among consumers dominant companies, it would be an abuse of a dominant position, within the meaning of Article 102 Treaty on the Functioning of the European Union. The paper used positive-legal method that is designed for the analysis of the rules related to the abuse of a dominant position in the EU, as well as the legal and logical method of induction and deduction, which has been applied to solve many legal and logical problems in conjunction with the systems of discounts in EU.

Key words: EU, law, competition, discounts.

Рашко РАДОВАНОВИЋ, LL.M.
адвокат у адвокатској канцеларији CMS Београд

ПАТЕНТНА ЗАШТИТА И ОГРАНИЧЕЊА КОНКУРЕНЦИЈЕ*

Резиме

Упркос заједничком циљу подстицања иновативности и обезбеђивања добробити потрошача, збој разлика у примени права заштите конкуренције и права интелектуалне својине у примени понекад воде ојречним решењима. Ова појава је пре свега присутна у виду одређених пракси тржишних учесника у фармацеутичкој и тзв. high-tech индустрији, познатијих под називом „патентне стравеије“. Намећу се два основна питања: да ли је право заштите конкуренције позвано да буде својеврсни коректив (неконтролисана) примене права интелектуалне својине и да ли је постојећи инструментаријум права заштите конкуренције довољан за оцену патентних стравеија.

Кључне речи: патент, иновације, фармацеутика, конкуренција, pay-for-delay, патентна заседа, дефанзивне патентне стравеије.

I Увод

Сврха права заштите конкуренције је подстицање и очување ефикасне конкуренције. Постојање ефикасне конкуренције подстиче између осталог иновативност учесника на тржишту и обезбеђује тиме у крајњој линији добробит потрошача. Иновације су битан и динамичан

* Чланак представља сумаран приказ основних резултата истраживања спроведених у оквиру докторских студија аутора на Правном факултету Универзитета у Бечу.

фактор конкурентне тржишне привреде, а у неким привредним гранама, као нпр. фармацеутској и *high-tech* индустрији, најважнији параметар тржишне утакмице.

Иновативност се такође штити и подстиче правом интелектуалне својине. Примера ради, признавањем патента,¹ проналазачу се даје подстицај и награда за његов иновативни рад. Право интелектуалне својине међутим тиме посредно подстиче и ефикасну конкуренцију међу тржишним учесницима – проналазачима а тиме и добробит потрошача. Стога, усаглашена примена ове две правне дисциплине у начелу обезбеђује потрошачима приступ новим и бољим технологијама, производима и услугама а по нижим ценама.

Међутим, у примени ове две правне дисциплине уочљиве су две групе проблема. Као прво, упркос компатибилним циљевима, због разлика у приступу, примена права интелектуалне својине и права заштите конкуренције у пракси понекад доводи до опречних правних решења.² Наиме, право интелектуалне својине, а пре свега патентна заштита представља правни механизам који тржишним учесницима у фармацеутској и *high-tech* индустрији треба да омогући остварење њихових легитимних интереса – ексклузивитета у привредном искоришћавању проналаска у циљу надокнаде трошкова уложених у развој и истраживање – и подстакне даљу иновативну делатност. Неретко међутим, како ће у наставку бити описано, неограничена (неконтролисана) примена патентних правила доводи до решења опречних праву заштите конкуренције. Као друго, различите рестриктивне активности учесника на споменутим тржиштима доводе у пракси до ситуација у којима је постојећи скуп правила заштите конкуренције најзглед непримењив. У тим ситуацијама је потребно испитати да ли су постојећа правила заштите конкуренције, подобна за регулисање оваквих ситуација, те да ли је потребно увођење неких нових критеријума одн. проширивање поља примене постојећих.

У наставку чланка дат је сумаран приказ најчешћих патентних стратегија у фармацеутској и *high-tech* индустрији које узрокују горе описане проблеме као и њихова правна анализа а све у циљу подстицања даље академске расправе.

1 У оквиру овог рада неће се обрађивати друге правне могућности за стицање ексклузивности на тржишту (као на пример кроз заштиту података).

2 Упор. OECD, *Competition, Patents and Innovation*, DAF/COMP(2009)22, стр. 16, доступно на: [http://search.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2009\)22&docLanguage=En](http://search.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2009)22&docLanguage=En), 6.12.2012.

II Чињенично стање

1. Опште о патентним стратегијама

Патентне стратегије су различите мере учесника на тржишту које подразумевају коришћење патентног система а у циљу одржавања или јачања тржишног положаја.³ Приказ различитих патентних стратегија дат у овом чланку заснива се на Секторској анализи фармацеутске индустрије Европске Комисије из 2008. године (Секторска анализа)⁴ као и на извештају OECD,⁵ случајевима *AstraZeneca*⁶ и *Rambus*⁷ и обустављеној истрази Европске Комисије против привредног друштва *Boehringer Ingelheim*.⁸ Патентне стратегије описане у наставку односе се на фармацеутску и *high-tech* индустрију,⁹ при чему се не искључује да су исте или сличне стратегије могуће и на другим тржиштима у истој или сличној форми.

а) Опште о фармацеутичкој индустрији

У фармацеутичкој индустрији начелно је потребно разликовати два релевантна тржишта производа – тржиште оригиналних лекова и тржиште генеричких лекова.¹⁰ Сви лекови заштићени патентом, који су у погледу своје терапеутске намене међусобно замењиви,¹¹ чине групу оригиналних лекова.¹² То су лекови који садрже новоразвијену хемијску комбинацију молекула (такозване „активне супстанце“) заштићену па-

3 Упор. European Commission, *Pharmaceutical Sector Inquiry Final Report, Adoption Date 8 July 2009*, бр.н.м. 467, доступно на: http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/staff_working_paper_part1.pdf, 5.12.2012.

4 European Commission, *Pharmaceutical Sector Inquiry Final Report*.

5 OECD, *Competition, Patents and Innovation*, DAF/COMP(2009)22.

6 European Commission, *Astra Zeneca*, COMP/A.37.507/F3; *AstraZeneca/Commission, EuG T-321/05*.

7 European Commission, *Rambus*, COMP/38.636, 9.12.2009.

8 Europäische Kommission, *Pressemitteilung, IP/11/842*, доступно на: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-842_en.htm, 5.12.2012.

9 Под појмом *high-tech* индустрије подразумева се тржиште производње и/или продаје следећих врста производа: електронске компоненте, штампане електричне плоче („loaded electronic boards“), периферна опрема итд.

10 Изворни термини на енглеском гласе „originator medicine“ и „generics“, а на немачком „Originalpräparat“ и „Generika“.

11 European Commission, *Pharmaceutical Sector Inquiry Final Report*, бр.н.м. 58.

12 Тржиште оригиналних лекова треба у контексту овог чланка схватити као општи појам, који служи за означавање свих појединачних тржишта различитих лекова који имају карактеристике оригиналног лека. Дакле, у конкретним ситуацијама

тентом. За време важења патента само је произвођач оригиналног лека као носилац права на патент овлашћен да производи оригинални лек искоришћавањем патентиране активне супстанце и да га ставља у промет. Након истека трајања патентне заштите друга лица могу такође отпочети са коришћењем ових активних супстанци за развој и производњу сопствених, начелно посматрано замењивих лекова.¹³ Овако произведени лекови дефинишу се као тзв. генерички лекови.¹⁴ Сви генерички лекови, који су замењиви у погледу своје терапеутске сврхе и евентуалних нуспојава, припадају тржишту генеричких лекова.¹⁵ Тржишту генеричких лекова припадају и оригинални лекови којима је истекла патентна заштита. Другим речима, а сликовитије описано, тржиште оригиналних лекова се „отвара“ истеклом патентне жаштите и у њега „улазе“ генерички производи.

На тржишту оригиналних лекова послују произвођачи оригиналних лекова. Произвођачи оригиналних лекова су у својој предузетничкој делатности усмерени на задовољење до сада незадовољених терапеутских потреба потрошача (тј. пацијената)¹⁶ и заснивају своју пословну стратегију на истраживању, развоју и производњи иновативних патентбилних лекова. Тржишта оригиналних препарата су неретко монополска тржишта, јер један оригинални лек, за време трајања патентне заштите, најчешће нема супституте.¹⁷ И ако дакле због непостојања супститута не постоји ни конкуренција између произвођача оригиналних препарата у погледу конкретног производа, између њих постоји одређени вид конкуренције оличен у такмичењу око проналажења нових иновативних решења за конкретни здравствени проблем.¹⁸ У том смислу реч је о конкуренцији у иновацијама.

На тржишту генеричких лекова произвођачи генеричких лекова су у оштрој конкуренцији како међусобно тако и у односу на произвођаче оригиналних лекова којима је истекла патентна заштита. То се може објаснити тиме да по истеку патента сваки произвођач лекова

постојаће тржиште оригиналних лекова конкретне терапеутске намене (нпр. Оригинални лекови намењени ублажавању јаких болова).

13 Поред патентне заштите постоје и друге правне могућности за стицање ексклузивности (као на пример заштита података). Како се овај чланак односи само на патентне стратегије, ове друге могућности стицања ексклузивитета се овде неће даље обрађивати.

14 Упор. European Commission, *Pharmaceutical Sector Inquiry Final Report*, стр. 7, бр.н.м. 48.

15 Исто као фуснота бр. 13.

16 European Commission, *Pharmaceutical Sector Inquiry Final Report*, бр.н.м. 53.

17 *Ibid.*, бр.н.м. 58.

18 *Ibid.*, бр.н.м. 59.

у суштини може да користи до тада патентом заштићену формулу за производњу сопственог лека. Генерички лекови би требало да начелно задовољавају потребе потрошача на исти начин као што је то био случај са оригиналним препаратом, али по нижој цени.¹⁹

Судећи по Секторској анализи, у фармацеутској индустрији је приметан тренд смањења иновација, што се манифестује кроз смањење броја новоразвијених лекова присутних на тржишту и закаснили излазак генеричких лекова на тржиште.²⁰ Наиме, период ефикасне патентно-правне заштите²¹ је у пракси продужен, те генерички лекови доспевају на тржиште у просеку тек после 8 до 13 месеци од момента истека патента оригиналног лека, тј. од момента када би фактички могли да се већ нађу на тржишту.²² Разлог томе су судећи по Секторској анализи управо патентне стратегије које произвођачи оригиналних препарата у очекивању смањења добити услед истека патентне заштите примењују а са циљем да би у складу са патентним прописима што је више могуће продужили дозвољени период ексклузивне економске експлоатације својих оригиналних препарата, проширили тржиште конкретног производа²³ и појачали своје тржишно присуство.²⁴

б) Ојшће о *high-tech* индустрији

Поред фармацеутске индустрије, патентна правила играју важну улогу и у *high-tech* индустрији. Овде се у циљу обезбеђења компатибилности и интероперабилности *high-tech* производа у оквирима организација за стандардизацију (тзв. *Standard setting organisations*) редовно договарају и утврђују стандарди.²⁵ Утврђивање стандарда је у крајњој линији корисно за потрошаче, јер с једне стране подстиче

19 *Ibid.*, бр.н.м. 48.

20 European Commission, *COMP/D2/39.514*, 15.1.2008, доступно на: http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/decision_en.pdf, 6.12.2012.

21 Период између првог изласка једног оригиналног препарата на тржиште па до прве појаве замењивог генеричког препарата на тржишту назива се „период ефикасне патентноправне заштите“. Произвођач оригиналног лека само у том периоду фактички може уживати ексклузивност у производњи и продаји оригиналног препарата, те у недостатку конкурентског притиска захтевати високе цене.

22 European Commission, *Pharmaceutical Sector Inquiry Final Report*, бр.н.м. 58 и 164, табела 12.

23 Неретко произвођач патентираног основног лека (формуле) развија даље основну формулу у циљу стварања надоградње – „*upgrade*“ производа, који су у принципу и даље замењиви са основним производом.

24 *Ibid.*, бр.н.м. 166.

25 OECD, *Competition, Patents and Innovation*, DAF/COMP(2009)22, стр. 8; Europäische Kommission, *Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art 101 des Vertrags über die Arbeitsweise*

економску експанзију на тржишту, развој нових и бољих производа, те интероперабилност и компатибилност производа, а с друге стране резултира јачом конкуренцијом и нижим трошковима производње и продаје.²⁶ Уколико новоразвијена технологија заштићена патентом буде утврђена за стандард, носилац патента чији је проналазак утврђен за стандард мора да се обавезе да ће корисницима утврђеног стандарда (произвођачима) омогућити приступ својој патентираној технологији под фер, разумним и недискриминаторним условима (тзв. *FRAND-обавезе*²⁷).²⁸ Сврха оваквог приступа је да се носиоци патената одврате од евентуалних мера којима би отежали примену стандарда као што би на пример било одбијање издавања лиценце или наметање непримерене (тј. превисоке) или дискриминаторне накнаде за лиценцу, а након што се читава индустрија везала за конкретни стандард.²⁹ Овакве мере би деловале демотивишуће на иновативност и штетно за добробит потрошача.³⁰

2. Посебне патентне стратегије

а) Пацијентни кластери („*Patent-clusters*“) и извојене пацијентне пријаве

Проналасци у фармацеутској индустрији односе се у првом реду на конкретне активне супстанце које представљају кључни део сваког лека, али исто тако и на друге аспекте једног лека као што су формулације, производни процеси, начини дозирања, облици соли, метаболити или полиморфни облици.³¹ Овакви новоразвијени аспекти већ постојећег лека чине својеврсну надоградњу постојећег лека али не и нови лек. У оквиру Секторске анализе је утврђено да су висококвалитетни лекови по правилу заштићени са до 100 патентних породица, што у пракси може значити и до чак 1.300 патената и/или патентних пријава и то само у оквиру једне државе.³² У том контексту се под патентним кластером

der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl C 2011/11, 1, бр.н.м. 257.

26 *Ibid.*, бр.н.м. 263.

27 *Fair, reasonable, and non-discriminatory terms*.

28 *Ibid.*, бр.н.м. 287.

29 *Ibid.*

30 Europäische Kommission, *Pressemitteilung*, IP/12/129, доступно на: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-129_en.htm, 5.12.2012.

31 Упор. OECD, *Competition, Patents and Innovation*, DAF/COMP(2009)22, стр. 7; European Commission, *Pharmaceutical Sector Inquiry Final Report*, бр.н.м. 484 и 485.

32 *Ibid.*, бр.н.м. 488; ово се односи на државе-чланице ЕУ.

подразумевају бројни патенти и/или пријаве патената а у вези са једним те истим леком.

Секторском анализом је утврђено да произвођачи лекова путем патентних кластера имају за циљ одлагање или чак спречавање уласка генеричких лекова на тржиште.³³ Сврха патентних кластера посматрано из угла произвођача оригиналних лекова је дакле патентирање или барем само пријављивање свих евентуалних предвидљивих иновативних надограђујућих аспеката једног лека не би ли се тиме спречила појава генеричких лекова или пак генеричких надоградњи за време важења патента оригиналног лека (за случај оспоравања патента), као и у што дужем периоду после истека важења патента (за случај истицања патента). Произвођачи оригиналних лекова кроз патентне кластере такође покушавају да припреме тло за увођење друге генерације оригиналних лекова на тржиште.³⁴ Сходно Секторској анализи, циљ патентних кластера је дакле јачање тржишног положаја произвођача оригиналних лекова кроз спречавање или одлагање уласка генеричких лекова на тржиште.³⁵

Подношење издвојене патентне пријаве врши се добровољно или на захтев патентног органа.³⁶ Издвојена патентна пријава подноси се након већ поднете основне патентне пријаве и мора да се односи на предмет основне патентне пријаве. Издвојена патентна пријава међутим за предмет има одређени аспект основне пријаве, те је самим тим по предмету ужа од основне пријаве. Уколико се поднесе, издвојена пријава се сматра поднетом на дан подношења основне пријаве и ужива њен приоритет. Уколико се проналазак обухваћен издвојеном пријавом призна, носилац тако признатог патента ужива патентну заштиту у истом периоду који важи за патент из основне пријаве. У случају одбијања или повлачења прве пријаве, поступак признавања патента из касније поднете издвојене патентне пријаве наставља да тече.³⁷ Коришћењем оваквих процедуралних правила произвођачи оригиналних лекова могу фактич-

33 *Ibid.*, бр.н.м. 468.

34 Europäische Kommission, *Mitteilung – Zusammenfassung des Berichts über die Untersuchung des Arzneimittelsektors*, стр. 16, доступно на: http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/communication_de.pdf, 5.12.2012; European Commission, *Pharmaceutical Sector Inquiry Final Report*, бр.н.м. 988, 989 и 1113.

35 *Ibid.*, бр.н.м. 486, 503–506, 523 и 528.

36 OECD, *Competition, Patents and Innovation*, DAF/COMP(2009)22, стр. 20; Закон о патентима (Службени Гласник РС, бр. 99/2011; даље у фуснотама: ЗП), чл. 87.

37 Конвенција о признавању европских патената, чл. 76, доступно на: <http://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/epc/2010/d/ma1.html>, 6.12.2012; Поглавље IV, део А Смерница о испитивању Европског патентног завода, доступно на: <http://www.epo.org/law-practice/legal-texts/guidelines.html>, 22.3.2013.

ки продужити рок испитивања патентне пријаве.³⁸ Према Секторској анализи, издвојена патента пријава ствара правну несигурност, чија је последица да произвођачи генеричких лекова не могу тачно да процене које проналаске односно производе могу да наставе да развијају, а да при том не повредe права из нечије основне или издвојене патентне пријаве. Чак и када се повуче или одбије основна пријава, резултат провере издвојене пријаве још није познат.³⁹

Ефекти ове две патентне стратегије су истоветни. Оне, поготову када су комбиноване, отежавају произвођачима генеричких лекова стављање генеричких лекова у промет и имају за последицу спречавање уласка или закаснили улазак генеричких лекова на тржиште.⁴⁰

б) *Системајско сузбијање и осјоравање њихових права интелектуалне својине*⁴¹

Остваривање права на патент на суду је легитимно право. Секторска анализа говори међутим у прилог томе да су судски поступци често подобно средство за стварање препрека (понајвише финансијских), нарочито мањим произвођачима генеричких лекова, да своје производе пласирају на тржиште. Наиме, неретко се дешава да произвођачи оригиналних лекова воде судске спорове са малим изгледима за успех, а како би одвратили произвођаче генеричких лекова од стављања генеричких лекова у промет и тако спречили или барем одложили њихов улазак на тржиште.⁴²

в) *Пацијентна поравнања „Pay-for-delay“*

Патентна поравнања у форми „Pay-for-delay“ су споразуми између произвођача оригиналних лекова и произвођача генеричких лекова око спорова насталих у вези са производњом и/или стављањем генеричких лекова у промет а пре њиховог коначног епилога пред судом.⁴³ Узро-

38 Europäische Kommission, *Mitteilung – Zusammenfassung des Berichts über die Untersuchung des Arzneimittelsektors*, стр. 12.

39 Упор. OECD, *Competition, Patents and Innovation*, DAF/COMP(2009)22, стр. 7; European Commission, *Pharmaceutical Sector Inquiry Final Report*, бр.н.м. 517, 518, 521.

40 *Ibid.*, бр.н.м. 523 и 525.

41 Терминологија према Ulrich Immenga, Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht*, 5. Auflage, München, 2012, Art 102 AEUV, бр.н.м. 369.

42 European Commission, *Pharmaceutical Sector Inquiry Final Report*, бр.н.м. 575, 583, 584 и 656; Подаци прикупљени у оквиру Секторске анализе показују да су у 91% случајева произвођачи оригиналних препарата покренули патентне спорове, а да је у 8% случајева спор завршен споразумом (*Ibid.*, бр.н.м. 564 и 571).

43 *Ibid.*, бр.н.м. 706.

ци ових спорова су било потенцијалне повреде патената произвођача оригиналних лекова или оспоравање њиховог важења.⁴⁴ Ова патентна поравнања ограничавају појаву генеричких лекова на тржишту на начин контролисан од стране оригинатора и то 1) путем лиценце за патенте оригинатора, које овлашћују произвођаче генеричких лекова за производњу генеричких лекова под одређеним условима, као на пример уз ограничење количине и асортимана, или територијално ограничење, 2) путем споразума о продаји, који произвођачима генеричких лекова даје само право на продају оригиналног лека, или 3) путем дозволе за производњу генеричких лекова уз поштовање обавезе да се активна супстанца набавља искључиво од оригинатора. Ова поравнања по правилу предвиђају одређену непосредну или посредну накнаду произвођачима генеричких лекова. Наиме, како су произвођачи генеричких лекова по правилу у економски слабијем положају од оригинатора те себи не могу да приуште дуготрајне судске поступке,⁴⁵ то према Секторској анализи води томе да оригинатори било непосредним плаћањем накнада произвођачима генеричких лекова или нуђењем споразума о лиценци или продаји могу подстаћи произвођаче генеричких лекова да пристану на поравнање, те да не стављају или барем одложе стављање у промет генеричких лекова, или то учине само уз извесна ограничења.⁴⁶

і) Давање неистинитих или обмањујућих података

Под овим се подразумева давање нетачних података у поступку пријаве патента или ефективног продужавања трајања патента (у виду стицања сертификата о додатној заштити⁴⁷) које има за циљ неосновано стицање или продужавање патентне заштите (ексклузивитета).⁴⁸

г) Дефанзивне патентне стратегије („Defensive Patenting“)

Дефанзивном патентном стратегијом означава се пракса једног оригинатора уперена против другог усмерена на спречавање развоја конкурентног оригиналног лека. Она се састоји у патентирању проналазака развијених сопственом истраживачком и развојном делатношћу подобних за развој новог иновативног лека који се даље пак не развијају и не пуштају у промет.⁴⁹ И ако се неће даље користити за развој и

44 *Ibid.*, бр.н.м. 707.

45 *Ibid.*, бр.н.м. 721 и 722.

46 *Ibid.*, бр.н.м. 724, 728, 766–779.

47 ЗП, чл. 123.

48 Упор. *AstraZeneca v Commission, EuGH, C-457/10 P*, 6.12.2012; *AstraZeneca/Commission, EuG T-321/05*.

49 Упор. *European Commission, Pharmaceutical Sector Inquiry Final Report*, бр.н.м. 1117.

производњу лека овака супстанца ипак бива пријављена и патентирана и то једино са сврхом спречавања конкурената у даљем развоју те или сличне супстанце и самим тим у развоју конкурентског лека.⁵⁰

Као потенцијално штетне за конкуренцију показале су се и стратегије произвођача оригиналних лекова, које се састоје у томе да се подносе опширне и неодређене патентне пријаве, а затим подносе издвојене патентне пријаве да би се остали произвођачи оригиналних лекова спречили у развоју других иновативно унапређених аспеката одговарајућег лека.⁵¹ Према Секторској анализи, на тај начин се ограничава могућност конкурената да развију замењиви или унапређени лек.⁵²

ђ) Пајентна засега („Patent ambush“)

У смислу горе приказаних карактеристика *high-tech* индустрије и *FRAND*-обавеза, под патентном заседом се подразумева намерно непријављивање чињенице да је одређена технологија која је утврђена као стандард заштићена патентом а са циљем да, након што индустрија прихвати и имплементира конкретну технологију као стандард, ималац тог патента принуди све остале кориснике стандарда (чланове организације за стандардизацију) на закључивање лиценце за коришћење те технологије под непримерено високим накнадама.⁵³

III Правна анализа

1. Примењивост права заштите конкуренције

Правила заштите конкуренције су правила понашања која имају за циљ спречавање нарушавања конкуренције на тржишту. Међутим, поставља се питање да ли примена једне групе прописа, тј. вршење законом установљеног овлашћења под законом прописаним условима (као што је то на пример пријава патента, подношење издвојене патентне пријаве или оспоравање нечије патентне пријаве или патента), представља понашање које може бити ограничено применом друге гру-

50 *Ibid.*

51 European Commission, *Pharmaceutical Sector Inquiry Final Report*, бр.н.м. 1090–1113.

52 *Ibid.*

53 Упор. European Commission, *Rambus*, COMP/38.636, 9.12.2009, бр.н.м. 27; Упор. OECD, *Competition, Patents and Innovation*, DAF/COMP(2009)22, стр. 8, 24; Упор. Josef Drexl, *Anti-competitive Stumbling Stones on the Way to a Cleaner World: Protecting Competition in Innovation Without a Market*, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 12–08, 2012, стр. 25.

пе прописа. Конкретно, да ли се патентна правила и њихова примена у пракси могу и смеју ценити и евентуално ограничити позивом на прописе о заштити конкуренције?

Правила заштите конкуренције су правила понашања, која треба да спрече одн. отклоне свако понашање, чији је циљ или последица ограничавање конкуренције. Према преовлађујућем мишљењу у литератури, вршење права интелектуалне својине се у начелу може и мора, исто као и свако друго понашање, одмеравати у складу са прописима о заштити конкуренције док год такво понашање може имати за циљ или последицу значајно ограничење конкуренције.⁵⁴ Наиме, чињеница да постоји право интелектуалне својине и да се врши, не може *per se* представљати ограничење конкуренције, али се ни примена правила заштите конкуренције не може искључити *per se*.⁵⁵ Правила заштите конкуренције треба дакле схватити као својеврстан коректив различитих понашања па самим тим и понашања заснованог на примени права интелектуалне својине. Овакво преовлађујуће схватање међутим негира један мањи део стручне литературе.⁵⁶

Са свега наведеног се може констатовати да се правила заштите конкуренције о рестриктивним споразумима и злоупотреби доминантног положаја начелно могу и морају применити на горе наведене патентне стратегије, уколико оне имају за циљ или последицу значајно ограничавање конкуренције.

Примена правила о рестриктивним споразумима претпоставља постојање сагласности воље одн. усаглашене праксе барем два учесника на тржишту. Горе описане патентне стратегије међутим карактерише углавном једнострани однос, те стога по правилу оне не могу бити анализирани позивом на одредбе о рестриктивним споразумима већ у светлу одредби о забрани доминантног положаја. Изузетак представљају патентна поравнања („*Pay-for-delay*“), јер је за примену ове патентне

54 Ulrich Loewenheim, Karl Meessen, Alexander Riesenkauff (Hrsg.), *Kartellrecht*, 2. Auflage, München, 2009, 3. Teil Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, бр.н.м. 112.

55 Europäische Kommission, *Leitlinien zur Anwendung von Art 81 EG-Vertrag auf Technologietransfer-Vereinbarungen* Abl C 2004/101, стр. 1, бр.н.м. 9; Ulrich Loewenheim, Karl Meessen, Alexander Riesenkauff (Hrsg.), *нав. дело*, бр.н.м. 112; Ulrich Immenga, Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), *нав. дело*, бр.н.м. 365; Europäische Kommission, *Pressemitteilung*, МЕМО/09/321, доступно на: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-09-321_en.htm?locale=en, 6.12.2012.

56 Критички у вези са тим Marc Besen, Annete Gärtner, Christian Mayer, Thorsten Vormann, „Zum Kommissionsbericht über die Untersuchung des Arzneimittelsektors – Kritische Notizen aus patent- und kartellrechtlicher Sicht“, *PharmR*, 2009, стр. 434 и 436; Joseph Straus, „Patentanmeldung als Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung nach Art. 82 EGV?“, *GRUR Int*, Nr. 2/2009, стр. 97, 98, 105 и 106.

стратегије неопходна сагласност других учесника на тржишту. Стога такве праксе начелно спадају у домен примене одредаба о рестриктивним споразумима.

2. Релевантно тржиште

Примена одредаба о рестриктивним споразумима и забрани доминантног положаја (чл. 10 и 15 ЗЗК⁵⁷, одн. чл. 101 и 102 УФЕУ⁵⁸) условљена је претходним дефинисањем релевантног тржишта. Утврђивање релевантног тржишта је с једне стране неопходно за одмеравање тржишне снаге једног тржишног учесника, а с друге стране за оцену ефекта одређеног понашања. У вези са применом чл. 10 ЗЗК и чл. 101 УФЕУ ово питање добија додатно на важности због могућности примене одговарајућег блок изузећа у вези са чл. 13 ЗЗК, одн. чл. 101 (3) УФЕУ.

Дефинисање релевантног тржишта подразумева утврђивање релевантног тржишта производа на релевантном географском тржишту⁵⁹. Тржиштем производа се сматра група робе одн. услуга, која је по својим особинама, намени и цени са становишта потрошача замењива (супституција тражње).⁶⁰ Замењивост робе се може додатно испитивати и са аспекта понуђача (супституција понуде).⁶¹ Замењивост се обично проверава SSNIP-тестом и тестом унакрсне ценовне еластичности. У сваком случају, предуслов утврђивања релевантног тржишта је стварно постојање једног конкретног производа, чија се замењивост испитује. Међутим, постојање конкретног производа је упитно код одређених патентних стратегија.

Тако на пример у случајевима дефанзивних патентних стратегија и патентних заседа, у тренутку њихове примене још увек не постоји конкретан производ, па отуда ни конкретно тржиште производа на коме би се могла оценити тржишна снага једног тржишног учесника и ефекти његовог понашања.⁶² У том тренутку у суштини не постоји надметање око конкретног производа, већ око одређеног проналаска.

57 Закон о заштити конкуренције (*Службени гласник РС*, бр. 51/2009; даље у фуснотама: ЗЗК).

58 Уговор о функционисању ЕУ (*ОЈ С* 83/47; даље у фуснотама: УФЕУ).

59 Овај чланак се неће детаљније бавити проблематиком утврђивања релевантног географског тржишта, с обзиром да оно није од претераног значаја за предметну тематику. Утврђивање релевантног географског тржишта је иначе редовно обавезни елемент правне анализе.

60 *Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law*, *ОЈ С* 372, 9.12.1997, бр.н.м. 15–19.

61 *Ibid.*, бр.н.м. 20–23.

62 Упор. J. Drexel, *Anti-competitive Stumbling Stones on the Way to a Cleaner World: Protecting Competition in Innovation Without a Market*, стр. 23, 37, 38; Wolfgang Killian, Benno

У случају патентне заседе члан организације за стандардизацију у тренутку утврђивања одређене технологије за стандард неопходан за каснију производњу конкретних производа прећуткује своје патенте одн. у међувремену поднете патентне пријаве. У том тренутку очигледно је да не постоји конкретан производ, јер је посреди тек утврђивање стандарда за производњу конкретног производа.

У случају дефанзивних патентних стратегија, произвођач оригиналних лекова штити своју иновацију великим бројем патената или патентних пријава са циљем да спречи друге произвођаче лекова у развоју ових или сличних иновација. Дакле, циљ дефанзивних патентних стратегија је управо спречавање развоја и производње конкретних производа, из чега нужно следи да у моменту примене такве стратегије конкретни производ, па самим тим и тржиште не постоји.

Решење ове проблематике се с једне стране тражи у покушају утврђивања узводног тржишта (тзв. тржишта инпута) у односу на тржиште одређеног будућег производа. Наиме, у стручној литератури и у пракси се заступа став да недостатак конкретног производа не значи нужно да не постоји тржиште. Према том мишљењу, поред тржишта производа требало би дефинисати посебно узводно тржиште иновација, као тржиште својеврсног инпута. Међутим, ово мишљење је из економских разлога одбачено као неодрживо.⁶³

С друге стране, могуће решење поменуте проблематике се тражи у виду дефинисања тржишта технологије. Правила ЕУ за заштиту конкуренције праве наиме разлику између тржишта производа и тржишта технологија⁶⁴, при чему се технологија сматра инпутом за производњу одређеног производа. Конкретна технологија стога има особине производа, па дефинисање тржишта технологије значи заправо дефинисање релеватног тржишта производа тј. инпута.⁶⁵ Овај приступ се показао успешним у оцени Р&Д споразума, споразума о трансферу технологије и лиценцама, па тиме и у оцени патентних заседа. Па ипак, овај приступ не решава проблем оцене дефанзивних патентних стратегија у

Heussen, „Der Fall *Rambus* – Missbrauch durch sog. „Patent ambush““, *Computerrecht*, 2011, стр. 30, бр.н.м. 96.

63 Упор. J. Drexl, *Anti-competitive Stumbling Stones on the Way to a Cleaner World: Protecting Competition in Innovation Without a Market*, стр. 10–17.

64 *Art 1 lit v) und Art 4 Abs 2 VO (EU) Nr. 1217/2010 der Kommission v. 14.12.2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung*, ABL L 2010/335, 37; *Art 1 lit j) und Art 3 VO (EU) Nr 772/2004 v 27.04.2004 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen* ABL L 2004/123, 11.

65 Упор. J. Drexl, *Anti-competitive Stumbling Stones on the Way to a Cleaner World: Protecting Competition in Innovation Without a Market*, стр. 9–10.

фармацеутској индустрији, јер није погодан за дефинисање тржишта потребног за оцену тржишне снаге (одн. доминантног положаја) конкретног тржишног учесника, с обзиром да се тржишна снага оцењује према стању у моменту када је одређено понашање које је предмет оцене предузето.

3. Доминантан положај на тржишту

Постојање доминантног положаја на тржишту је обавезни услов примене чл. 15 ЗЗК одн. чл. 102 УФЕУ. Постојање доминантног положаја се утврђује на основу неколико чинилаца. Један од најважнијих је свакако тржишни удео.

С тим у вези најпре се поставља питање да ли признавање патента једном тржишном учеснику *per se* води стварању доминантног положаја. Према преовлађујућем мишљењу и судској пракси Европског суда правде, постојање права интелектуалне својине (па самим тим и патента) само по себи не значи нужно постојање доминантног положаја.⁶⁶ Стога је утврђивање постојања доминантног положаја предмет оцене у сваком конкретном случају.

Поседовање патента за конкретне активне супстанце даје произвођачу оригиналних лекова неспорно извесну ексклузивност. Ова ексклузивност води ка монополу, све док не постоје стварни или потенцијални конкуренти. Постојање стварне или потенцијалне конкуренције зависи пре свега од истраживачких и развојних способности других произвођача лекова да алтернативним иновативним решењима задовоље конкретне терапеутске потребе, али и од реалне могућности да се поред постојећих патената развију и пријаве нова иновативна решења, а да се при том постојећи патенти не повреду. Како је утврђено Секторском анализом, понекад је управо та реална могућност да се без повреду мноштва постојећих патената или патентних пријава развију и патентирају нова иновативна решења значајно ограничена различитим праксама произвођача оригиналних лекова (нпр. патентни кластери и издвојене патентне пријаве). Из тога произилази да конкурентски притисак понекад није довољно јак да би довео у питање доминантни положај произвођача оригиналних лекова коме је признат конкретни патент.⁶⁷

Што се тиче случајева патентне заседе, у тренутку преварног понашања (када се патент или пријава патента прећуткује) доминантни положај најчешће не постоји. Због тога је примена чл. 15 ЗЗК одн. чл. 102 УФЕУ на овакво понашање проблематична. Кроз праксу Европске Комисије уочљив је међутим могући другачији приступ у оцени патент-

66 *Magill, EuGH, C-241/91 P, 6.04.1995, бр.н.м. 46.*

67 *European Commission, Pharmaceutical Sector Inquiry Final Report, бр.н.м. 1562.*

не заседе и примени одредаба о злоупотреби доминатног положаја. Када је посреди група радњи, предузетих у дужем временском периоду а које све имају карактер злоупотребе, узима се у обзир једна од тих радњи, која омогућава одређивање релевантног тржишта и доминантни положај на тржишту. Европска Комисија тако у случају „*Rambus*“ није сматрала злоупотребом преварно прећуткивање постојања патената за време поступка стандардизације, већ тек накнадно наметање претерано високих лиценцих накнада након утврђивања стандарда.⁶⁸ Очигледно је притом да је наметање претерано високих лиценцих накнада омогућено управо претходном преварном радњом у поступку стандардизације. Међутим захваљујући чл. 102 ст. 2 т. а) УФЕУ, који предвиђа посебни вид злоупотребе оличен у наметању неправичних цена, омогућено је било узети као релевантни моменат за оцену постојања доминантног положаја моменат у којем постоји конкретно тржиште и, у овом случају, доминација. Наиме, у моменту наметања претерано високих лиценцих накнада технологија тог друштва је већ била утврђена као стандард па је самим тим и загарантовано постојање доминантног положаја. Дакле, карактеристике овог случаја су омогућиле Европској комисији да санкционише ово понашање прилагођавањем постојећих правила заштите конкуренције тј. позивом на ценовну злоупотребу (као вид *exploitative abuse*).

4. Ограничење конкуренције

За утврђивање да је одређени споразум у складу са чл. 10 ЗКК одн. чл. 101 УФЕУ рестриктиван неопходно је утврдити да тај споразум има за циљ или последицу ограничење конкуренције.

При оцени патентних поравнања у форми *pay-for-delay* поравнања поставља се питање да ли такве праксе имају за циљ или последицу ограничење конкуренције. Из Секторске анализе се о овоме не може извући јасан закључак. Чини се да је Европска Комисија пре мишљења да су *pay-for-delay* поравнања рестриктивни споразуми због тога што за последицу могу имати ограничење конкуренције.⁶⁹ Најновија пракса у ЕУ,⁷⁰ као и нека мишљења у стручној литератури⁷¹ пружају упориште за

68 Упор. Europäische Kommission, *Rambus*, COMP/38.636, 9.12.2009; W. Killian, B. Heussen, *нав. чланак*, бр.н.м. 97.

69 European Commission, *Pharmaceutical Sector Inquiry Final Report*, бр.н.м. 1573.

70 Europäische Kommission, *Pressemitteilung*, IP/12/835, доступно на: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-835_en.htm, 22.3.2013; Europäische Mitteilung, *Pressemitteilung*, IP/12/834, доступно на: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-834_de.htm, 22.3.2013.

71 Josef Drexel, „Pay-for-Delay and Blocking Patents – Targeting Pharmaceutical Companies under European Competition Law“, *International Review of Intellectual Property and*

другачије гледиште, наиме да су *pay-for-delay* поравнања по свом циљу усмерена на ограничење конкуренције.

Да ови споразуми имају за циљ ограничење конкуренције може се видети на примеру накнаде, коју оригинатори нуде произвођачима генеричких лекова не би ли их мотивисали да или одложе стављање својих генеричких лекова на тржиште или да то учине на одређен начин (ограничења). Судећи по закључцима Секторске анализе, произвођачи оригиналних лекова нуде произвођачима генеричких лекова ове накнаде, јер би у противном оригинални лек изгубио своју ексклузивност истеком патента.⁷² *Pay-for-delay* поравнања су стога споразуми са циљем очувања ексклузивности оригиналног лека и омогућавања даљег извлачења монополских профита, који се у суштини након постизања таквог поравнања деле између оригинатора и произвођача генеричких лекова, као потенцијалних конкурената.⁷³

Што се тиче утврђивања злоупотребе у смислу чл. 15 ЗКК одн. чл. 102 УФЕУ, нужан услов је постојање доминантног положаја на конкретном тржишту за целокупни период одговарајућег унилатералног понашања. Стога примена овог члана могућа је само код оних патентних стратегија код којих је могуће утврдити релевантно тржиште.

Појам злоупотребе је као и појам доминантног положаја на тржишту неодређени правни појам. Злоупотреба доминантног положаја се јавља у два основна вида и то: у виду експлоатације тржишних учесника на низводним тржиштима – тзв. злоупотреба према потрошачима⁷⁴ (*exploitative abuse*) и у виду искључења конкуренције – тзв. злоупотреба према конкурентима⁷⁵ (*exclusionary abuse*). Злоупотреба у виду експлоатације угрожава тржишне учеснике на страни потражње, те су циљ забране оваквих злоупотреба пре свега вертикални односи.⁷⁶ Код злоупотреба у виду искључења конкурената, непосредно правно заштићени индивидуални интерес је преостала конкуренција, те самим тим хоризонтални односи.⁷⁷ Оваквом врстом злоупотреба доминантно привредно друштво циља на раст и учвршћивање свог доминантног положаја, као и на ширење на тржишта на којима до сада није имало

Competition Law, Vol. 40, No. 7/2009, стр. 753, 754.

72 *Ibid.*

73 *Ibid.* стр. 753; Упор. Mario Monti, *EC Antitrust Policy in the Pharmaceutical Sector*, стр. 13, доступно на: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2001_013_en.pdf.

74 Терминологија према Борис Беговић, Владимир Павић, *Увод у право конкуренције*, Београд, 2012, стр. 84.

75 *Ibid.*

76 Ulrich Immenga, Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), *нав. дело*, бр.н.м. 4.

77 *Ibid.*

доминантан положај.⁷⁸ Патентне стратегије би по својој суштини требало сврстату у групу злоупотреба са циљем ограничења или икључења постојеће или потенцијалне конкуренције.

Приликом идентификације злоупотребе доминантног положаја којом се ограничава или искључује конкуренција тешкоћа је пре свега у томе да се она разграничи од уобичајеног конкурентског понашања („*competition on the merits*“), које такође може да резултира искључењем слабијих конкурената.⁷⁹ У том смислу потребно је подвући да је потпуно легитимно настојање оригинатора да своје иновације заштите патентом. Ово чак и када су у питању само мање иновације или чак када то подразумева подношење великог броја патентних пријава (у смислу патентних кластера), докле год су испуњени патентноправни услови.⁸⁰ На исти начин би и вршење одн. заштита стечених права интелектуалне својине у виду патентних спорова требала да буде сасвим легитимна.⁸¹ Стога се може закључити да и уколико коришћење патентних правила у одређеној ситуацији води искључењу конкуренције, то у начелу не мора нужно представљати злоупотребу доминантног положаја.

Другачија је међутим ситуација када једно друштво пријављује патенте не са сврхом развоја и производње одређеног производа те самим тим заштите своје инвестиције, већ једино у сврху спречавања потенцијалне конкуренције⁸² да понуди потрошачима своју иновативну алтернативу.

Према устаљеној судској пракси Европског суда правде, злоупотреба је дефинисана као објективан концепт.⁸³ Постојање доминантног положаја значи за једно привредно друштво посебну обавезу да се уздржи од пракси, које би због његовог доминантног положаја могле негативно да утичу на конкуренцију, иначе већ ослабљену због његовог доминантног положаја, а које одступају од средстава нормалне конкуренције.⁸⁴ Због тога се поставља питање да ли би приликом оцене усклађености

78 *Ibid.*

79 *Ibid.*, бр.н.м. 5.

80 Упор. Ulrich Schnelle, „Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Patentanmeldung- und Verwaltungsstrategien“, *GRUR-Prax*, 2010, стр. 169; Упор. Ruprecht Podszun, *Lizenzverweigerung - Ernstfall im Verhältnis von Kartell- und Immaterialgüterrecht*, Jahrbuch Kartellrecht und Wettbewerbsrecht 2010, стр. 61; Упор. Marc Besen, Annete Gärtner, Christian Mayer, Thorsten Vormann, *нав. чланак*, стр. 433, 434 и 436; J. Straus, *нав. чланак*, стр. 98 и 99.

81 *Ibid.*

82 Упор. U. Schnelle, *нав. чланак*, стр. 169.

83 *Irish Sugar v Commission*, *EuGH*, T 228/97, 7.10.1999, бр.н.м. 111; *Michelin*, *EuG*, C 322/81, 9.11.1983, 3514; *AstraZeneca v Commission*, *EuG*, T-321/05, бр.н.м. 356 и 359.

84 *Ibid.*

патентних стратегија са прописима о заштити конкуренције, а у оквиру такве објективне концепције злоупотребе, уопште смело узимати у обзир субјективне елементе попут намере ограничавања и спречавања конкурената и иновација које су евидентне у горе поменутиим патентним стратегијама.

Чини се да су Европска комисија и судови ЕУ мишљења да ипак треба узети у обзир и субјективне елементе тј. намере произвођача лекова, те би се злоупотребом требале сматрати само оне патентне стратегије које имају за циљ да искључе конкуренцију, а не да заштите легитимне економске интересе проналазача.⁸⁵ Међутим, доказивање такве намере би у пракси могло бити компликованије него што на први поглед изгледа.⁸⁶

На неким местима у стручној литератури се заступа становиште, по којем да би за квалификацију патентне стратегије као злоупотребе било довољно доказати да се таквим понашањем стварно или потенцијално може проузроковати искључење конкуренције, као и да се таквим понашањем спречава напредак иновација.⁸⁷

IV Закључак

Закључно се може констатовати следеће:

На основу резултата Секторске анализе Европске комисије чини се да имаоци права интелектуалне својине користе ова права не само да би се заштитили од имитација, већ и од супституција.⁸⁸ Различите праксе тржишних учесника на тржиштима зависним од иновација, описане општим појмом „патентне стратегије“, потпадају под домен примене прописа о заштити конкуренције те се у складу са тим прописима морају оцењивати и евентуално забранити уколико у појединачном случају могу ограничити конкуренцију и иновације.

Иако тачно разликовање легалне од нелегалне примене патентних правила задаје доста тешкоћа, диференцирање би било могуће на

85 Упор. *AstraZeneca v Commission*, *EuGH*, C-457/10 P, 6.12.2012, бр.н.м. 98 и 99; *AstraZeneca v Commission*, *EuG*, T-321/05, 1.07.2010, бр.н.м. 356 и 359; European Commission, *Pharmaceutical Sector Inquiry Final Report*, бр.н.м. 523; Europäische Kommission, *Pressemitteilung*, MEMO/09/321, доступно на: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-09-321_en.htm?locale=en, 26.3.2013; слично као и немачка судска пракса, упор. R. Podszun, *нав. чланак*, стр. 61 и 73.

86 Уп. J. Drexel, *Anti-competitive Stumbling Stones on the Way to a Cleaner World: Protecting Competition in Innovation Without a Market*, стр. 35 и 39.

87 *Ibid.*, 38; R. Podszun, *нав. чланак*, стр. 75; European Commission, *Pharmaceutical Sector Inquiry Final Report*, бр.н.м. 1571.

88 R. Podszun, *нав. чланак*, стр. 73.

основу тешко доказиве намере ограничавања конкуренције. Уколико би се међутим могло установити да одређена патентна стратегија засигурно има или може имати негативан ефекат на развој иновација, можда констатација намере ограничавања конкуренције не би била неопходна, јер би у том случају могло да се тврди да патентна стратегија, која неповољно утиче на напредак иновација, по својој суштини није спојива са сврхом патентног права као и права заштите конкуренције. Наиме, заједнички циљ патентног права и права заштите конкуренције су подстицање и развој иновација. Ако је развој иновација ограничен, правила заштите конкуренције морају да интервенишу ради остваривања своје сврхе – очувања ефикасне конкуренције и обезбеђивања добробити потрошача.

Постојећа правила заштите конкуренције су примерена за оцену већине овде описаних патентних стратегија. Како оцена одређеног понашања као забрањеног у складу са прописима о заштити конкуренције подразумева претходно утврђивање конкретног релевантног тржишта и тржишне снаге учесника на тржишту, чини се да таква концепција није потпуно погодна за оцену дефанзивних патентних стратегија и патентних заседа. Међутим, у досадашњој пракси оцене случајева патентне заседе се управо испољила прилагодљивост права заштите конкуренције („*Rambus*“).

Закључно се може рећи да резултати Секторске анализе Европске Комисије подстичу расправу о потреби увођења нових мерила одн. прилагођавања постојећих мерила заштите конкуренције. Оцена патентних стратегија по основу ефеката њиховог деловања на степен напретка иновација сигурно представља један могући нови приступ.

Raško RADOVANOVIĆ, LL.M.
Attorney at CMS Belgrade

PATENT PROTECTION AND COMPETITION RESTRAINTS

Summary

In spite of their common goals of promoting innovation and securing welfare of consumers, application of competition law and IP law sometimes leads to conflicting outcomes. This is especially evident in certain practices of market participants in pharmaceutical and “high-tech” industries known as “pat-

ent strategies”. Two crucial questions are posed: should competition law act to rectify the consequences of (uncontrolled) application of IP law and is the existing legal framework of competition law suitable for legal assessment of patent strategies.

Key words: *patent, innovation, pharmaceuticals, competition, pay-for-delay, patent ambush, defensive patenting.*

ПРИВРЕДНИ КРИМИНАЛ

др *Најаша* ДЕЛИЋ

ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

КРИВИЧНО ДЕЛО „ФАЛСИФИКОВАЊЕ ИСПРАВЕ“ (ЧЛАН 355 КЗС)

Резиме

У раду аутор разматра кривично дело фалсификовања исправе које спада у групу кривичних дела прошив њавној саобраћаја и реулисано је у члану 355 КЗС. Правна природа и значај овој кривичној дела одределили су садржину и структуру рада у коме су приказана и анализирана сва бића обележја њејовој бића. У првом делу рада аутор решава одређене дилеме које постоје у вези њојединих облика радње извршења. Након тоја, дејално су анализирана и остала обележја бића, као што су: њоследица, објект радње и кривица. У другом делу рада приказана су и анализирана обележја бића кривичној дела њосебни случајеви фалсификовања исправе које је реулисано у члану 356 КЗС. У вези њишњања која се у раду разматрају аутор наводи релеванне ставове судске праксе и износи одговарајуће закључке.

Кључне речи: *Кривични законик Србије, кривична дела прошив њавној саобраћаја, исправа, јавна исправа.*

Кривично дело „фалсификовање исправе“ из члана 355 спада у главу кривичних дела против правног саобраћаја (Глава тридесет друга) и представља опште дело фалсификовања исправа које има два облика: основни и тежи.

Основни облик кривичног дела предвиђен у ставу 1 чини ко направи лажну исправу, преиначи праву исправу у намери да се таква

исправа употреби као права или ко лажну или преиначену исправу употреби као праву или је набави ради употребе.

Радња извршења је алтернативно предвиђена и може се састојати у једној од следећих делатности: прављењу лажне исправе, преиначењу исправе, употреби лажне или преиначене исправе и набављању лажне или преиначене исправе ради употребе.

Прављење лажне исправе подразумева стварање исправе која не потиче од лица које је наведено као њен издавалац, већ је исправу сачинило друго лице, односно извршилац кривичног дела. Како се наводи, и питању је кривично дело злоупотребе идентитета (*BGHSt 33, 159/160*).¹ То значи да се не подударају лице означено као издавалац исправе и лице које је исправу сачинило (ОС у Суботици Кж. 327/07).² Нпр. „када окривљени после смрти даваоца овлашћења потпише уговор у његово име“ (ОС у Београду Кж. 1726/98).³ За постојање кривичног дела није битна садржина исправе, а она може бити истинита или лажна. Отуда, нема кривичног дела у случају „када је исправа са неистинитом садржином направљена и издата од стране лица које је у њој означено као њен издавалац“ (ОС у Суботици Кж. 225/00).⁴

Да би прављење лажне исправе представљало радњу извршења кривичног дела, потребно је да буде учињено у намери да се исправа употреби као права било од стране лица које је исправу сачинило, било од стране неког другог лица.⁵ Односно, како се истиче „исправа не мора непосредно бити употребљена према оном који на основу ње треба нешто да учини, већ може бити употребљена и преко посредника“ (ОС у Београду Кж. 2902/03).⁶ Нпр. „када окривљена да адвокату фаслификовано пуномоћје, који то пуномоћје заједно са приватном тужбом коју је написао, преда суду на захтев окривљене“ (ОС у Београду Кж. 1120/04).⁷

1 Georg Küpper, *Strafrecht, Besonderer, Teil 1*, Berlin, 2007, стр. 105. Тако и Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlin, 1969, стр. 408.

2 *Избор судске праксе*, бр. 1/2008, Београд, стр. 42.

3 Илија Симић, *Збирка судских одлука из кривичнојравне материје, Трећа књија*, Београд, 2000, стр. 180.

4 Зоран Стојановић, *Коментар Кривичној законика*, Београд, 2012, стр. 931.

5 Дато схватање прихваћено је како у теорији тако и у највећем броју страних законодавстава и поред тога што постојање довршеног кривичног дела зависи од намере као субјективног обележја, које се, с обзиром на природу, у пракси тешко доказује. Јанко Таховић, *Коментар Кривичној законика*, Београд, 1957, стр. 587.

6 И. Симић, *Збирка судских одлука из кривичнојравне материје, Трећа књија*, стр. 160.

7 Илија Симић, Александар Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичнојравне материје, Шеста књија*, Београд, 2005, стр. 177.

Преиначење исправе претпоставља постојање одређене исправе и састоји се у измени њене садржине, нпр. брисањем, додавањем речи или дела текста или цифара, променом интерпункције и друго. Потребно је да се извршеним изменама битно мења садржина исправе, тј. да се измене односе на чињенице које су од битног значаја. Као и прављење лажне исправе, и преиначење исправе претпоставља намеру њене употребе.

Прављење лажне исправе и преиначење исправе по својој природи представљају тзв. материјални фалсификат који подразумева стварање, односно мењање исправе у физичком, тј. материјалном смислу.

Употреба лажне или преиначене исправе као праве значи њено стављање у правни саобраћај. Другим речима, то је коришћење исправе у сврху за који је намењена, а то је доказивање одређене чињенице која има значај за правне односе. Само она употреба којом се оставрује неко право или правни интерес, на бази чињеница које се том исправом доказују, представља употребу у смислу овог кривичног дела.⁸ Нпр. „када окривљени преда суду тестамент у коме се уместо оставиоца потписало друго лице“ (ОС у Београду Кж. 516/94).⁹ Сматра се да је лажна или преиначена исправа стављена у правни саобраћај када је њена садржина сазната од лица коме је упућена (BGHSt 36, 64/65).¹⁰

Набављање лажне или преиначене исправе подразумева њено стицање, тј. предузимање било које делатности којом се успоставља фактичка власт над лажном или преиначеном исправом. Нпр. „када окривљени набави признанице на којима су били уписани подаци о наводно извршеној уплати таксе за излазак из земље за физичка лица и возило, на које је био стављен лажни печат и потпис овлашћеног службеног лица банке“ (ОС у Београду Кж. 2454/99).¹¹ За постојање кривичног дела није значајно на који је начин исправа набављена. Неопходно је да је лажна или преиначена исправа набављена ради њене употребе од стране било ког лица. Међутим, у судској пракси је присутан и погрешан став према коме набављање лажних исправа представља покушај кривичног дела (ОС у Чачку Кж. 198/08).¹²

Кривично дело је довршено предузимањем радње извршења, што значи: а) прављењем лажне исправе или преиначењем праве исправе у

8 Драгољуб Атанацковић, *Кривично право, Посебни део*, Београд, 1981, стр. 557.

9 Илија Симић, *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, Друга књига*, Београд, 1998, стр. 164.

10 G. Kürper, *нав. дело*, стр. 115.

11 И. Симић, *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, Трећа књига*, стр. 180.

12 *Избор судске праксе*, бр. 2/2009, Београд, стр. 45.

намери да се употреби као права, при чему је „за постојање кривичног дела ирелевантно у ком циљу је окривљени намеравао да употреби фалсификовану исправу и да ли је лажну, односно преиначену исправу уопште и употребио“ (ВСС Кж. I 1267/87);¹³ б) употребом праве или преиначене исправе, при чему „за постојање кривичног дела нема значаја што употреба лажне исправе није произвела дејство“ (ОС у Београду Кж. 1017/06)¹⁴ и в) набављањем лажне или преиначене исправе (АС у Крагујевцу Кж. 559/11).¹⁵

Иако има и супротних схватања (ОС у Београду Кж. 133/04),¹⁶ треба сматрати да фалсификовање исправе није трајно кривично дело (ВСС Кзз. 62/06).¹⁷ Наиме, трајно кривично дело постоји када извршилац противправно стање које је створио након тога одржава својом вољом и на тај начин кривично дело „обнавља“ све до тернутка док не одлучи да дато противправно стање прекине или док га на то не принуде спољне околности. Такође, трајна кривична дела су формална/делатносна кривична дела која су са једне стране, формално довршена остварењем обележја бића кривичног дела, односно предузимањем радње извршења којом настаје противправно стање при чему се трајање радње извршења и насталог противправног стања подударaju, а са друге стране, ова кривична дела су материјално довршена онда када је дато неправо остварено у пуној мери тј. тек са престанком противправног стања.¹⁸

Последица кривичног дела је апстрактна опасност за функционисање правног саобраћаја (ОС у Београду Кж. 1017/06).¹⁹

Објект радње јесте исправа. Прецизније речено, лажна или преиначена исправа. Према члану 112 став 26 КЗ, исправом се сматра сваки предмет подобан или одређен да служи као доказ чињенице која има значај за правне односе. Исправом се сматра и рачунарски податак. Рачунарски податак је свако представљање чињеница, информација или концепта у облику који је подесан за њихову обраду у рачунарском систему, укључујући и одговарајући програм на основу кога рачунарски

13 Илија Симић, *Кривични закон Србије, Практична примена*, Београд, 1991, стр. 344.

14 Илија Симић, Александар Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, Седма књига*, Београд, 2006, стр. 182.

15 *Избор судске праксе*, бр. 2/2012, Београд, стр. 43.

16 И. Симић, А. Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, Шеста књига*, стр. 180.

17 *Избор судске праксе*, бр. 7/2007, Београд, стр. 40.

18 Вид. Petar Novoselec, *Opći dio kaznenog prava*, Zagreb, 2004, стр. 134. и 282.

19 И. Симић, А. Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, Седма књига*, 182.

систем обавља своју функцију (члан 112 став 17 КЗ). Појам исправе се у смислу овог кривичног дела веома широко схвата. Према ставовима судске праксе, под исправом се подразумевају: „број шасије моторног возила“ (ВСС Кж. 622/88²⁰ и Кзз. 31/03²¹), „одлука о разрешењу постојећег и избору новог директора“ (АС у Београду Кж.2 1793/10),²² „кредитно писмо“ (ОС у Београду Кж. 3199/79),²³ „водомер“ (ОС у Београду Кж. 1927/01),²⁴ „изјава о кућној заједници коју су потписала два грађанина и оверила код надлежног органа за оверу потписа“ (ВСС Кзс. 79/80),²⁵ „међународни товарни лист“ (ОС у Београду Кж. 1921/05),²⁶ „изјава о одрицању од тужбеног захтева“ (ОС у Београду Кж. 1717/04),²⁷ „пунномоћје којим се адвокат овлашћује да поднесе тужбу надлежном суду“ (ОС у Београду Кж. 1120/04),²⁸ „уплатница“ (ВСС Кж. 33/89),²⁹ „отпремница ЈП ‘Србијашуме’“ (ВСС Кж.І 1267/87),³⁰ као и „сагласност станара да се изврши адаптација и припајање стамбеног простора“ (ОС у Београду Кж. 2117/06).³¹

Примера ради, не може се сматрати исправом: „лажна изјава оверена код суда“ (ОС у Београду Кж. 1161/01),³² „приступница Синдикату поштанских радника“ (АС у Београду Кж.І 6444/10),³³ „неоверена фотокопија“ (ОС у Београду Кж. 543/05,³⁴ Кж. 459/06³⁵, ОС у Ваљеву

20 *Билтен Окружног суда у Београду*, бр. 31–32/1989, Београд, стр. 56.

21 И. Симић, А. Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, Шести књига*, стр. 176.

22 *Избор судске праксе*, бр. 7–8/2011, Београд, стр. 42.

23 *Билтен Окружног суда у Београду*, бр. 9–10/1980, стр. 60.

24 Илија Симић, *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, Четврти књига*, Београд, 2002, стр. 181.

25 *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, бр. 1–2/1981, Београд, стр. 13.

26 И. Симић, А. Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, Седма књига*, стр. 271.

27 И. Симић, А. Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, Шести књига*, стр. 176.

28 *Ibid.*, стр. 177.

29 *Судска пракса*, бр. 4/1993, Београд, стр. 37.

30 *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, бр. 1–2/1988, Београд, стр. 14.

31 Илија Симић, Александар Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, Осма књига*, Београд, 2008, стр. 212.

32 Илија Симић, *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, Четврти књига*, Београд, 2002, стр. 182.

33 *Избор судске праксе*, бр. 5/2012, Београд, стр. 45.

34 И. Симић, А. Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, Шести књига*, стр. 181.

35 И. Симић, А. Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, Осма књига*, стр. 214.

Кж.1 274/06³⁶ и ВСС Кз. 74/08³⁷)³⁸ и „молба за доделу стана“ (ОС у Београду Кж. 185/86).³⁹

Извршилац кривичног дела може бити било које лице.

Лице које је подстрекавало на извршење кривичног дела, односно помогло у његовом извршењу одговараће у својству саучесника у складу са општим правилима (чл. 34 и 35 КЗ). Нпр. „окривљени који обећа новчану накнаду за израду лажне исправе учинио је кривично дело фалсификовања исправе подстрекавањем, а окривљени који је посредовао између наручиоца лажне исправе и лица које је лажну исправу направило, учинио је кривично дело помагањем“ (ОС у Београду Кж. 1742/02)⁴⁰ и „када окривљени од непознатог лица набави фалсификовану исправу и преда је другоокривљеном који је ту исправу употребио, извршио је кривично дело фалсификовања исправе помагањем“ (ОС у Београду Кж. 2777/05).⁴¹

Уколико употребу лажне или преиначене исправе врши лице које је лажну исправу направило, односно преиначило праву исправу, постојаће само употреба лажне или преиначене исправе (BGHSt 5, 291).⁴² Нпр. „окривљени је употребио лажну исправу коју је претходно направио на тај начин што је поднео тужбу за сметање поседа и на месту предвиђеном за потписе тужиоца потписао два лица која нису били сагласна за подношење тужбе“ (ОС у Београду Кж. 538/06)⁴³ и „када окривљени који је направио лажну исправу у својству странке у парничном поступку пред судом ту исправу употреби као праву ради остварења својинског удела у спорној непокретности“ (ВСС Кж. I 387/78).⁴⁴

36 *Избор судске праксе*, бр. 6/2007, Београд, стр. 42.

37 *Избор судске праксе*, бр. 9/2011, Београд, стр. 43.

38 Под исправом треба разумети само оригинале, а не и преписе. Оригинали су исправе које потичу од њиховог издаваоца, за разлику од преписа који садрже вољу или мисао издаваоца, али нису сачињени од издаваоца. Сами преписи немају доказну снагу ако нису оверени, тј. ако на њима нема потврде да су верни оригиналу. Та потврда, такође, представља својеврсну исправу, јер она сама по себи представља изјаву која служи као доказ да је садржина преписа верна оригиналу. Препис треба разликовати од дупликата који је такође оригинал, издат од стране издаваоца у више примерака. Д. Атанацковић, *нав. дело*, стр. 555.

39 *Правни живоић*, бр. 4-7/1986, Београд, стр. 77-78.

40 Илија Симић, Александар Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, Пети књија*, Београд, 2004, стр. 158.

41 И. Симић, А. Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, Седма књија*, стр. 180.

42 G. Kürper, *нав. дело*, стр. 116.

43 И. Симић, А. Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, Седма књија*, стр. 178.

44 *Правни живоић*, бр. 11/1981, Београд, стр. 118.

Уколико је лице које је лажну или преиначену исправу употребило то учинило више пута у различитим ситуацијама, постојаће стицај онолико кривичних дела колико има предузетих радњи извршења. Када су испуњени законом прописани услови, могућа је конструкција продуженог кривичног дела и то у случају виšekратне употребе једне лажне или преиначене исправе у истом циљу или употреба две или више лажних или преиначених исправа. Нпр. „када је окривљени преиначио праве исправе, и то пет водомера тако што је на свим водомерима променио бројеве и вратио бројчаник на нулто стање, а затим исправе употребио као праве, односно у року две недеље све водомере продао на бувљој пијаци“ (ОС у Београду Кж. 1927/01).⁴⁵

Застарелост кривичног гоњења рачуна се од дана предузимања радње извршења, нпр. од дана употребе лажне исправе у смислу њене предаје одређеном органу (ОС у Чачку Кж. 130/09⁴⁶ и ВСС Кзз. 22/04⁴⁷). Уколико је у конкретном случају лажна исправа најпре набављена, а после извесног времена употребљена, према ставу судске праксе застарелост кривичног гоњења се рачуна од дана предузимања прве радње извршења, односно набављања лажне исправе (ВСС Кзз. 62/06).⁴⁸ Сходно реченом, неосновани су судски ставови према којима „у случају када је окривљени приликом запошљавања у Народној банци, кадровској служби банке предао лажну факултетску диплому, а потом после извесног времена на основу лажне дипломе постављен на место директора, треба сматрати да је кривично дело учињено када је окривљени лажну диплому употребио као праву, односно када је распоређен на место директора“ (ОС у Београду Кж. 2902/03),⁴⁹ односно „да рок застарелости кривичног гоњења не тече од момента када је окривљени предао кадровској служби лажну диплому, већ од момента откривања кривичног дела и подношења кривичне пријаве“ (ОС у Београду Кж. 133/04).⁵⁰

Релевантан облик кривице је умишљај који према ставу судске праксе „у разлозима осуђујуће пресуде мора бити јасно опредељен“ (АС у Нишу 5 Кж.1 2113/11).⁵¹ Приликом прављења лажне и преиначења пра-

45 И. Симић, *Збирка судских одлука из кривичнојравне мајтерије, Четврта књија*, стр. 181.

46 *Избор судске праксе*, бр. 10/2009, Београд, стр. 41.

47 И. Симић, А. Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичнојравне мајтерије, Шеста књија*, стр. 179.

48 *Избор судске праксе*, бр. 5/2007, Београд, стр. 40.

49 И. Симић, А. Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичнојравне мајтерије, Пета књија*, стр. 160.

50 И. Симић, А. Трешњев, *судских одлука из кривичнојравне мајтерије, Шеста књија*, стр. 180.

51 *Избор судске праксе*, бр. 3/2012, Београд, стр. 45.

ве исправе неопходни су директни умишљај и намера да се лажна, односно преиначена права исправа употреби као права. У том смислу наводи се следеће: „лажну потврду у којој је написано да је другоокривљени продао месо провоокривљеном у целости је по диктату првоокривљеног написала његова супруга и на тај начин је првоокривљени исказао намеру да се састави лажна исправа која треба да буде употребљена као права“ (ОС у Чачку Кж. 252/00).⁵²

Предвиђена казна је затвор до три године.

Тежи облик кривичног дела предвиђен у ставу 2 постоји ако је дело из става 1 овог члана учињено у погледу јавне исправе, тестамен-та, менице, чека, јавне или службене књиге или друге књиге која се мора водити на основу закона. Квалификаторну околност представља својство објекта радње. То је лажна или периначена јавна исправа. У том смислу у судској пракси наводи се следеће: „на основу изведених доказа је утврђено да је окривљени набавио фалсификоване обрасце, односно непопуњене саобраћајне дозволе, које су код њега пронађене. Међутим, имајући у виду описана својства саобраћајних дозвола, друго-степени суд сматра да у чињеничном стању пресуде није наведено да је недвосмислено утврђено да су поменути обрасци саобраћајних дозвола у тој мери лажни, да би у случају њиховог евентуалног попуњавања потребним подацима, након стављања печата била уочљива њихова неисправност и неподобност за употребу“ (ВСС Кзп. 346/06),⁵³ односно, „из изреке предметне саобраћајне дозволе уопште није јасно шта предметну саобраћајну дозволу чини фалсификованом јавном исправом“ (ОС у Суботици Кж. 327/07).⁵⁴

Јавна исправа је она исправа коју је у прописаном облику издао државни орган у границама његове надлежности као и исправа коју је у таквом облику издала друга организација или заједница у вршењу јавног овлашћења које јој је поверено законом или одлуком државног органа, заснованом на закону (ОС у Ужицу Кж. 402/95).⁵⁵ Како се наводи, „КЗ не одређује појам јавне исправе, па је стога најправилније прихватити дефиницију јавне исправе коју садрже ЗПП и ЗОУП. Поред тога, јавна исправа мора испуњавати све услове који се захтевају за исправу уопште. Јавну исправу карактеришу следећи конститутивни елементи: издавалац писане исправе мора имати својство државног органа или својство друге организације или заједнице које врше јавна овлашћења; исправу издаје државни орган у вршењу службене дужности у оквиру своје надлежности или организација или заједница у вршењу јавног овлашћења,

52 *Правни информатор*, бр. 5/2002, Београд, стр. 20.

53 *Избор судске праксе*, бр. 4/2008, Београд, стр. 38.

54 *Избор судске праксе*, бр. 1/2008, Београд, стр. 42.

55 *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, бр. 4/1995, Београд, стр. 10.

односно у пословима које врше на основу јавног овлашћења које им је поверено законом или одлуком заснованом на закону и исправа мора бити издата у прописаном облику“ (ОС у Београду Кж. 2794/06).⁵⁶

Према ставовима судске праксе, под јавном исправом подразумевају се: „лична карта“ (ОС у Београду Кж. 42/96⁵⁷, Кж. 1205/00⁵⁸, и Кж. 1346/01⁵⁹), „пасош“ (ВСС Кж. I 1312/83⁶⁰, ОС у Београду Кж. 368/01⁶¹ и ОС у Пећи Кж. 379/96⁶²), „диплома о завршеној школи“ (ОС у Београду Кж. 1317/05),⁶³ „индекс“ (ОС у Београду Кж. 2609/03),⁶⁴ „болничка отпусна листа“ (ОС у Београду Кж. 940/01⁶⁵ 1050/03⁶⁶, и Кж. 655/05⁶⁷), „потврда о смрти коју саставља лекар дома здравља“ (ОС у Београду Кж. 1790/99),⁶⁸ „такси дозвола“ (ОС у Београду Кж. 3115/03),⁶⁹ „такси ознака“ (ОС у Београду Кж. 1724/00),⁷⁰ „санитарна књижица“ (ОС у Београду Кж. 1992/04),⁷¹ „једнодневна ловачка дозвола“ (ОС у Београду Кж. 160/05),⁷² „возачка дозвола“ (ОС у Београду Кж. 1346/01),⁷³

56 И. Симић, А. Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичнојравне материје, Осма књија*, стр. 214.

57 И. Симић, *Збирка судских одлука из кривичнојравне материје, Друга књија*, Београд, 1998, стр. 125.

58 *Судска пракса*, бр. 5/2001, Београд, стр. 20.

59 И. Симић, *Збирка судских одлука из кривичнојравне материје, Четврта књија*, 47.

60 *Билтен Округне суда у Београду*, бр. 21–22/1984, Београд, стр. 45.

61 *Билтен Округне суда у Београду*, бр. 54/2001, Београд, стр. 68.

62 *Избор судске праксе*, бр. 7–8/1996, Београд, стр. 32.

63 И. Симић, А. Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичнојравне материје, Осма књија*, стр. 185.

64 И. Симић, А. Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичнојравне материје, Пета књија*, стр. 160.

65 И. Симић, *Збирка судских одлука из кривичнојравне материје, Четврта књија*, стр. 180.

66 И. Симић, А. Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичнојравне материје, Пета књија*, стр. 164.

67 И. Симић, А. Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичнојравне материје, Шеста књија*, стр. 178.

68 И. Симић, *Збирка судских одлука из кривичнојравне материје, Трећа књија*, стр. 180.

69 И. Симић, А. Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичнојравне материје, Шеста књија*, стр. 180.

70 И. Симић, *Збирка судских одлука из кривичнојравне материје, Четврта књија*, стр. 184.

71 И. Симић, А. Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичнојравне материје, Шеста књија*, стр. 181.

72 *Ibid.*, стр. 182.

73 И. Симић, *Збирка судских одлука из кривичнојравне материје, Четврта књија*, стр. 139.

односно „одјављена и неважећа возачка дозвола“ (ОС у Ваљеву Кж. 175/99)⁷⁴, „саобраћајана дозвола“ (ВСС Кзп. 346/06,⁷⁵ ОС у Суботици Кж. 327/07⁷⁶ и АС у Новом Саду Кж.1 3762/11),⁷⁷ „регистарске таблице“ (ВСС Кж. 622/88,⁷⁸ Кж. 31/03⁷⁹ и ОС у Београду Кж. 2301/02⁸⁰), „потврда Привредне коморе“ (ОС у Београду Кж. 576/92),⁸¹ „потврда коју издаје ветеринарски инспектор о здравственом стању пошилике производа животињског порекла“ (ОС у Београду Кж. 832/95)⁸² и „исправа коју је издао ЈЦК у складу са Законом о употреби и заштити знака и назива Црвеног крста“ (ОС у Београду Кж. 1826/96).⁸³

Иако је у судској пракси присутан и супротан став (ОС у Београду Кж. 3434/07),⁸⁴ исправно је становиште да се под јавном исправом подразумева и исправа коју је издао државни орган стране државе када се таква исправа може употребити у правном саобраћају наше земље (ВСС Кзз. 60/97,⁸⁵ ОС у Београду Кж. 3337/03⁸⁶ и АС у Крагујевцу Кж. 559/11⁸⁷). Нпр. „када окривљени приликом легитимисања преда фалсификовану страну личну карту и возачку дозволу“ (ОС у Београду Кж. 3201/03),⁸⁸ „када окривљени у пасошу Републике Грчке замени првобитно постављену фотографију“ (ОС у Београду Кж. 2544/06)⁸⁹ и

74 *Правни информатор*, бр. 6/2002, Београд, стр. 46.

75 *Избор судске праксе*, бр. 4/2008, Београд, стр. 36.

76 *Избор судске праксе*, бр. 1/2008, Београд, стр. 42.

77 *Билтен судске праксе Апелационој суда у Новом Саду*, бр. 4/2012, Нови Сад, стр. 140.

78 *Билтен Окружној суда у Београду*, бр. 31–32/1989, Београд, стр. 57.

79 И. Симић, А. Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичнојравне материје, Шести књига*, стр. 176.

80 И. Симић, А. Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичнојравне материје, Пети књига*, стр. 161.

81 Илија Симић, *Збирка судских одлука из кривичнојравне материје, Прва књига*, Београд, 1994, стр. 56.

82 *Билтен окружној суда у Београду*, бр. 44/1996, Београд, стр. 66.

83 И. Симић, *Збирка судских одлука из кривичнојравне материје, Друга књига*, стр. 163.

84 З. Стојановић, *нав. дело*, стр. 933.

85 И. Симић, *Збирка судских одлука из кривичнојравне материје, Трећа књига*, стр. 181.

86 И. Симић, А. Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичнојравне материје, Пети књига*, стр. 159.

87 *Избор судске праксе*, бр. 2/2012, Београд, стр. 43.

88 И. Симић, А. Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичнојравне материје, Шести књига*, стр. 182.

89 И. Симић, А. Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичнојравне материје, Осма књига*, стр. 214.

„када окривљени набави лажни италијанску боравишну дозволу“ (АС у Крагујевцу Кж. 559/11).⁹⁰

Не може се сматрати јавном исправом, нпр. „штамбиљ са отиском дозволе за боравак странаца у нашој земљи“ (ОС у Београду Кж. 1877/01)⁹¹, „легитимација Савезне управе царина коју Царина никад није издавала“ (ВСС Кзп. 26/04),⁹² „рецепт којим лекар прописује издавање одређеног лека“ (ОС у Нишу Кж. 2/08),⁹³ „платна картица“ (ВСС 1289/86)⁹⁴ и „рачун за испалту уговорених радова“ (ВСС ПК 338/86).⁹⁵

Појмове „тестамент“, „меница“ и „чек“ треба схватити у складу са одговарајућим прописима.

Радња извршења се остварује на исти начин као и код основног облика кривичног дела, што значи: а) прављењем лажне јавне исправе, нпр. „окривљени је направио лажни чек у намери да га употреби као прави тако што је чек стране банке обрадио на рачунару и одштампао изглед чека на паус папиру, а затим сачинио матрицу и у штампарији штампао бланко чекове“ (ВСС Кж. 612/96)⁹⁶ и „кривично дело постоји када окривљени на бланко чекове, у намери да их употреби као праве, унесе неистините податке потребне за његову формалну ваљаност, као што су: место, датум издавања, наплаћени износ, назив корисника и потпис другог лица као власника и тако прикаже да је потписаном лицу те чекове издала означена банка“ (ОС у Београду Кж. 859/86),⁹⁷ б) преиначењем јавне исправе, нпр. „заменом у пасошу две странице које служе за издавање виза“ (ВСС Кж. I 1312/83),⁹⁸ „када окривљени у свом пасошу варикином као хемијским средством избрише податке о забрани уласка у Чешку“ (ОС у Пећи Кж. 37/96)⁹⁹ и „када окривљени у потврди привредне коморе избрише део текста и уместо тога на својој писаћој машини откуца да се таква роба не производи у земљи“ (ОС у Београду Кж. 576/92),¹⁰⁰ в) употребом лажне или преиначене јавне

90 *Избор судске праксе*, бр. 2/2012, Београд, стр. 43.

91 И. Симић, *Збирка судских одлука из кривичнојравне мајтерије, Четврта књига*, стр. 183.

92 И. Симић, А. Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичнојравне мајтерије, Шеста књига*, стр. 177.

93 *Избор судске праксе*, бр. 9/2008, Београд, стр. 42.

94 И. Симић, *Кривични закон Србије, Практична примена*, стр. 348.

95 *Збирка судских одлука Врховној војној суда*, бр. 3/2002, Београд, стр. 50.

96 И. Симић, *Збирка судских одлука из кривичнојравне мајтерије, Друга књига*, стр. 163.

97 *Билтен Окружној суда у Београду*, бр. 25–26/1986, Београд, стр. 51.

98 *Билтен Окружној суда у Београду*, бр. 21–22/1984, Београд, стр. 45.

99 *Избор судске праксе*, бр. 7–8/1996, Београд, стр. 32.

100 И. Симић, *Збирка судских одлука из кривичнојравне мајтерије, Прва књига*, стр. 55.

исправе, нпр. „када окривљени преда суду тестамент у коме се уместо оставиоца потписало друго лице“ (ОС у Београду Кж. 516/94);¹⁰¹ „када окривљени употреби лажну возачку дозволу као да је права на тај начин што је приликом контроле саобраћаја преда на увид радницима саобраћајне полиције“ (ОС у Ваљеву Кж. 175/99);¹⁰² „када окривљени на главном претресу предочи своју путну исправу у којој је утиснут лажни штампил граничног прелаза Хоргош“ (ОС у Београду Кж. 361/01);¹⁰³ „када окривљени у поступку за ванредно ублажавање казне уз поднети захтев приложи и отпусну листу са епикризом Ургентног центра, коју је прибавио на неутврђени начин, а која никад није издата од стране означене медицинске установе и чија је садржина неистинита“ (ОС у Београду Кж. 940/01);¹⁰⁴ „када окривљени у клубу за изнајмљивање сега игара презентује личну карту другог лица на којој је била залепљена његова фотографија“ (ОС у Београду Кж. 1205/00);¹⁰⁵ „када окривљени приликом сачињавања уговора о закупу стана са приватним закуподавцем употреби лажну личну карту“ (ОС у Београду Кж. 1921/05)¹⁰⁶ и „када окривљени у Окружном затвору у Београду поднесе лажни налаз конзилијума лекара ради одобрења за прекид издржавања казне затвора“ (ОС у Београду Кж. 3174/05)¹⁰⁷ и г) набављањем лажне или преиначене јавне исправе ради употребе, нпр. „када окривљени набави лажну италијанску боравишну дозволу на своје име“ (АС у Крагујевцу Кж. 559/11).¹⁰⁸

Кривично дело је довршено окончањем радње извршења.

Као и у претходном случају, и овде је могућа конструкција продуженог кривичног дела. Нпр. „када окривљени ради употребе набави преиначену личну карту и возачку дозволу“ (ОС у Београду Кж. 532/02);¹⁰⁹ „када окривљени ради употребе преиначи јавне исправе, и то личну карту и возачку дозволу“ (ОС у Београду Кж. 2126/05);¹¹⁰ „када

101 *Билијен Окружној суда у Београду*, бр. 43/1995, Београд, стр. 87.

102 *Правни информатор*, бр. 6/2002, Београд, стр. 46.

103 И. Симић, *Збирка судских одлука из кривичнојравне мајерије, Четврти књига*, стр. 181.

104 *Судска пракса*, бр. 1/2003, Београд, стр. 15.

105 *Судска пракса*, бр. 5/2001, Београд, стр. 20.

106 И. Симић, А. Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичнојравне мајерије, Седма књига*, стр. 179.

107 *Ibid.*, стр. 180.

108 *Избор судске праксе*, бр. 2/2012, Београд, стр. 43.

109 И. Симић, А. Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичнојравне мајерије, Пења књига*, стр. 161.

110 И. Симић, А. Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичнојравне мајерије, Седма књига*, стр. 183.

окривљени истовремено неовлашћено попуни више чековних бланкета“ (ОС у Београду Кж. 2375/03)¹¹¹ и „када окривљени сачини лажну личну карту и возачку дозволу на име другог лица и две личне карте на своје име“ (ОС у Београду Кж. 1346/01).¹¹²

Извршилац кривичног дела може бити свако лице.

Релевантан облик кривице је директни умишљај који претпоставља и постојање одговарајуће намере. У том смислу су и следећи ставови судске праксе: „неспорно је да постоји директни умишљај окривљеног у случају када је спорну фалсификовану исправу набавио од непознатог лица на аутобуској станици, а не од дипломатских службеника у службеним просторијама“ (ОС у Чачку Кж. 54/09) и „нема умишљаја окривљеног у случају када је био у уверењу да је у својој фотографској радњи израдио картицу као пробну војну легитимацију падобранске јединице, тј. узорак из разлога што картица није садржавала потпис и печат издаваоца“ (ОС у Београду Кж. 2618/05).¹¹³

Предвиђена казна је затвор од три месеца до пет година.

У ставу 3 прописано је да је кажњив покушај кривичног дела из става 1 овог члана.

По питању односа овог кривичног дела са другим кривичним делима судска пракса заузима следећа становишта: „постоји стицај кривичних дела фалсификовање исправе и проневере у случају када је окривљени као поштоноша у намери прибављања противправне имовинске користи присвојио новац који му је поверен у служби и направио лажне исправе које је потом употребио као праве на тај начин што се потписао на уплатницама оштећеног, који тај новац није примио и тако покушао да прикрије извршено присвајање“ (ВСС Кж. 33/89);¹¹⁴ „постоји стицај кривичних дела фалсификовања исправе и преваре у случају када окривљени преиначи личну карту тако што уклони фотографију власника и стави своју и преправи годину рођења, па ту личну карту користи за отварање штедне књижице у којој преправља и увећава улоге које подиже“ (ОС у Београду Кж. 42/96¹¹⁵ исто и ВСС Кж. I 1267/87¹¹⁶); „када окривљени попуњава туђе чековне бланкете и на

111 И. Симић, А. Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичнојравне мајтерије, Шестиа књија*, стр. 181.

112 И. Симић, *Збирка судских одлука из кривичнојравне мајтерије, Четвртиа књија*, стр. 47.

113 И. Симић, А. Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичнојравне мајтерије, Седма књија*, стр. 181.

114 *Судска пракса*, бр. 4/1993, Београд, стр. 37.

115 И. Симић, *Збирка судских одлука из кривичнојравне мајтерије, Друја књија*, стр. 126.

116 *Билтен судске праксе Врховној суда Србије*, бр. 1–2/1988, стр. 1.

њима потписује власника туђег рачуна и тако сачињене лажне исправе употреби као праве доводећи у заблуду примаоце чекова да му исплате износе наведене на чековима, у тим радњама стичу се обележја кривичног дела преваре, а не фалсификовања исправе, јер се фалсификовање чековних бланкета појављује као радња извршења кривичног дела преваре“ (ВСС Кзз. 6/96);¹¹⁷ „када се лажна диплома употреби приликом оверавања одговарајућих података у радној књижици, не постоји кривично дело фалсификовање исправе, већ само кривично дело навођење на оверавање неистинитог садржаја (АС у Београду Кж.1 7455/10),¹¹⁸ исто је и у случају „када се регистрациони лист за путничко возило неистините садржине искористи за издавање саобраћајне дозволе за то возило“ (ОС у Суботици Кж. 257/08)¹¹⁹ и „када окривљени набави лажну диплому на своје име о завршеној машинској школи, па код надлежног општинског органа за оверу потписа, овери фотокопију лажне дипломе, није извршио кривично дело навођење на оверавање неистинитог садржаја, већ само кривично дело фалсификовања исправе“ (ОС у Београду Кж. 1317/05).¹²⁰

Одредбом члана 356 КЗ предвиђено је пет посебних облика кривичног дела фалсификовања исправе. Како се истиче у судској пракси, „што се тиче посебних случајева фалсификовања исправе из члана 356 КЗ, ту је реч о посебним облицима кривичног дела фалсификовања исправе и отуда сва ова дела треба квалификовати као фалсификовање исправе из члана 355 КЗ са позивом на одговарајућу тачку члана 356 КЗ у којој је предвиђен посебан случај фалсификовања исправе“ (ВСС Кж. 671/08).¹²¹

У првом случају кривично дело чини ко хартију, бланкет или други предмет на којем је неко лице ставило свој потпис неовлашћено попуни изјавом која има вредност за правне односе.

Суштина кривичног дела је злоупотреба бланко датог потписа. За постојање кривичног дела није значајно из ког разлога је неко лице претходно ставило свој потпис на хартију, бланкет или други предмет. Битно је да се на бланко потписану хартију уноси одређена изјава. Изјава мора имати вредност за правне односе и мора бити унета неовлашћено. Кривично дело је довршено самим попуњавањем хартије, бланкета или

117 И. Симић, *Збирка судских одлука из кривичноправне мајерије, Друга књига*, стр. 125.

118 *Избор судске праксе*, бр. 9/2012, Београд, стр. 39.

119 *Избор судске праксе*, бр. 11/2008, Београд, стр. 41.

120 И. Симић, А. Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичноправне мајерије, Седма књига*, стр. 185.

121 *Избор судске праксе*, бр. 3/2009, Београд, стр. 37.

другог предмета, тј. уношењем изјаве која има вредност за правне односе. Не тражи се да је након неовлашћеног попуњавања хартије, бланкета или другог предмета дошло до његове употребе.

У другом случају кривично дело чини ко другог обмане о садржају исправе и овај стави свој потпис на ту исправу, сматрајући да се потписује под другу исправу или под други садржај.

Суштина кривичног дела јесте злоупотреба поверења неког лица. Кривично дело је довршено када лице које сматрајући да се потписује под другу исправу или под други садржај стави свој потпис на одређену исправу. Нпр. „када окривљени наведе оштећеног да потпише исправу означену као писани тестамент представљајући му да је реч о пуномоћју за банку“ (ОС у Београду Кж. 1328/89)¹²² и „када окривљена наведе оштећену која је стара 91 годину и неписмена да потпише предлог за повлачење тужбе коју је поднела суду за раскид уговора о доживотном издржавању са супругом окривљене као даваоцем издржавања, говорећи јој при томе да потписује сагласност да је окривљена одведе у Суботицу јер ће Београд бити бомбардован, што је оштећена потписала отиском кажипрста“ (ОС у Београду Кж. 2524/97).¹²³

У трећем случају кривично дело чини ко исправу изда у име другог лица без његовог овлашћења или у име лица које не постоји.

Овде се кривично дело остварује на два начина.

Први начин је када неко лице изда исправу у име другог лица без његовог овлашћења. Нпр. „када окривљени без знања и овлашћења свог директора, који је једини био овлашћен да то учини, потпише уговор о закупу стана“ (ОС у Београду Кж. 1942/99).¹²⁴

Други начин је када неко лице изда исправу у име другог лица које не постоји. Нпр. „када окривљени након смрти даваоца овлашћења потпише уговор у његово име, а даном смрти тог лица престала су сва овлашћења на основу пуномоћја“ (ОС у Београду Кж. 1726/98)¹²⁵ и „када окривљени потпише овлашћење којим овлашћује ауто-мото клуб да може да региструје путничко возило и потпише полису осигурања за регистрацију возила у име лица које је умрло“ (ОС у Београду Кж. 845/97).¹²⁶

122 Билићен *Окружној суда у Београду*, бр. 35–36/1991, Београд, стр. 79.

123 И. Симић, *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, Друга књига*, стр. 165.

124 И. Симић, *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, Трећа књига*, стр. 182.

125 Зоран Стојановић, Обрад Перић, *Кривично право, Посебни део*, Београд, 2011, стр. 307.

126 И. Симић, *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, Друга књига*, стр. 164.

У оба случаја за постојање кривичног дела потребно је да извршилац „потпише исправу својим именом, уз назначање да то чини по овлашћењу издаваоца исправе“ (ОС у Нишу Кж. 2/08).¹²⁷

Кривично дело је довршено када је исправа издата.

У четвртм случају кривично дело чини ко као издавалац исправе уз свој потпис стави да има положај, чин или звање иако нема такав положај, чин или звање, а ово има битан утицај на доказну снагу исправе.

Реч је о исправи која је права у погледу садржине, потписа и њеног издаваоца, али издавалац исправе нема положај, чин или звање које је у исправи навео. Потребно је да навођење положаја, чина или звања има битан утицај на доказну снагу исправе. Кривично дело је довршено када издавалац исправе уз свој потпис стави да има положај, чин или звање које нема. Нпр. „када се окривљени у одлуци о увођењу централног грејања у зграду потпише као председник скупштине станара, иако скупштина станара наведене зграде не постоји“ (ОС у Београду Кж. 3167/06¹²⁸ и Кж. 1286/01¹²⁹) и „када окривљени у трошковнику који је предао суду уз свој потпис стави да има звање адвоката и поред тога што је исписан из Адвокатске коморе, а то је имало битан утицај на доказну снагу исправе“ (ОС у Београду Кж. 1017/06).¹³⁰

У петом случају кривично дело чини ко исправу начини на тај начин што неовлашћено употреби печат или знак.

Кривично дело се састоји у прављењу исправе неовлашћеном употребом печата или знака. Печат или знак који се употребљавају приликом прављења исправе јесу прави, али је њихова употреба неовлашћена.

Иако као исправан треба узети став да кривично дело постоји „када окривљени на своје возило стави регистарске таблице које припадају другом возилу коме је истекла регистрација и на тај начин неовлашћено употреби прави знак о регистрацији возила“ (ОС у Београду Кж. 2209/91,¹³¹ исто и Кж. 2158/90,¹³² ОС у Суботици Кж. 504/02¹³³ и ОПС у Шиду К. 55/09¹³⁴), има и мишљења да „окривљени

127 *Избор судске праксе*, бр. 9/2008, Београд, стр. 42.

128 И. Симић, А. Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичнојравне мајерије, Осма књија*, стр. 215.

129 И. Симић, *Збирка судских одлука из кривичнојравне мајерије, Четврта књија*, стр. 184.

130 И. Симић, А. Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичнојравне мајерије, Седма књија*, стр. 175.

131 *Билтен Округној суда у Београду*, бр. 37–38/1992, Београд, стр. 64.

132 И. Симић, *Збирка судских одлука из кривичнојравне мајерије, Прва књија*, стр. 12.

133 З. Стојановић, *нав. дело*, стр. 936.

134 Необјављена судска одлука донета 18. маја 2009. године.

на тај начин није сачинио исправу, већ је употребио лажну јавну исправу као праву“ (ОС у Ужицу Кж. 419/95,¹³⁵ исто и Кж. 618/07,¹³⁶ ОС у Београду Кж. 293/96,¹³⁷ Кж. 1163/99,¹³⁸ АС у Нишу 5Кж.1 2113/11¹³⁹ и ВСС Кж. 622/08¹⁴⁰). Такође, присутан је став да кривично дело постоји „када окривљени монтира такси ознаку на путничко возило које није било регистровано за обављање такси делатности“ (ОС у Београду Кж. 2195/95,¹⁴¹ исто и Кж. 1724/00¹⁴²).

Будући да је реч о посебним облицима кривичног дела фалсификовања исправе из члана 355 КЗ, и овде важи све што је за то кривично дело речено у вези са радњом извршења, субјективним обележјима бића и предвиђеном казном.

Nataša DELIĆ, PhD

Associate Professor at the Faculty of Law, University of Belgrade

THE CRIME OF FORGING DOCUMENTS (ARTICLE 355)

Summary

In this paper the author discusses the criminal offence forging documents which is set in the group of criminal offences against legal transactions and that is provided for by article 355 the Criminal Code of Serbia. The legal nature and significance of these crime has determined the content and structure of the work in which the relevant basic and extended elements of these crime were shown and analyzed. In the given context special attention was paid to action perpetration. In the first part of work the author tried to solve some dilemmas concerning certain forms of action perpetration. After that, the author discusses the other relevant elements of crime. In the second part of work the author also

135 Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 4/1995, Београд, стр. 9.

136 Избор судске праксе, бр. 10/2008, Београд, стр. 37.

137 И. Симић, Збирка судских одлука из кривичноправне материје, Друа књиа, стр. 163.

138 И. Симић, Збирка судских одлука из кривичноправне материје, Трећа књиа, стр. 180.

139 Избор судске праксе, бр. 3/2012, Београд, стр. 45.

140 З. Стојановић, нав. дело, стр. 936.

141 Судска пракса, бр. 5/1996, Београд, стр. 23.

142 Судска пракса, бр. 6/2001, Београд, стр. 24.

discussed most important elements of crime special cases of forging documents which is provided for by article 356. Regarding certain issues discussed in the paper, the author points out the relevant case law and also deduces the appropriate conclusions.

Key words: *Criminal Code of Serbia, criminal offences against legal transactions, document, public document.*

ТРГОВИНСКИ ПОСЛОВИ

др Илија БАБИЋ
редовни професор Факултета за европске правно-политичке студије
у Новом Саду
Универзитет „Сингидунум“ у Београду

УГОВОР О ПРИЗНАЊУ ДУГА

Резиме

Уговор о признању дуга је уговор којим се се дужник обавезује повериоцу да ће му испунијти дуг из одређене раније ушуживе или неушуживе облијације. Ранија облијација остаје неизмењена и поверилац може захтевати њено испуњење или испуњење уговора о признању дуга.

Овај уговор води порекло из римској права. Неформално обећање једној лица да ће испунојећи дуг испулајити повериоцу (лат. *constitutum debiti*) представљало је у почетку пакт који није имао правну заштитиу, да би касније био заштићен са *actio de pecunia constituta*.

Уговор о признању дуга је, по правилу, неформалан, двострано обавезан, самосталан и именован. Закључује се под условима који важе за закључење уговора уопште. Он се разликује од уговора о обећању дуга, компензације, отпустања дуга, новације и поравнања.

Уколико дужник неформално призна дуг, пре него што је прошао рок засијарелости, засијаревање се прекида. Ако је дуг засијарео дужник се може одрећи засијарелости у писаној форми.

Кључне речи: признање дуга, *constitutum debiti*, прекид засијарелости, одрицање од засијарелости.

I Појам

Уговором о признању дуга обавезује се дужник повериоцу да ће му испунити дуг из одређене постојеће облигације, а поверилац такво признање прихвата. Овим уговором дужник признаје ранију облигацију (уговор, проузроковање штете, пословодство без налога, једностране изјаве воље итд). Ранија облигација, и у случају када је застарела, остаје неизмењена. Поверилац може захтевати испуњење на основу самог уговора о признању дуга, без позивања на ранију облигацију.¹ Признање дуга је самосталан уговор и када се позива на ранији уговор или другу облигацију.²

II Римско право

Корени уговора о признању дуга могу се пронаћи у преторским пактима (лат. *pacta praetoria*). Преторски пакти су били неформални споразуми који нису сматрани контрактима, а циљ им је био да (облигационо) обавезу једну страну.³ Страна која се позивала на пакт није имала право на тужбу (лат. *actio*). Доцније су преторским едиктом за поједина самостална пакта уведене посебне тужбе. Тако је, у почетку, неформално обећање једног лица да ће постојећи дуг исплатити повериоцу (лат. *constitutum debiti*)⁴ представљало пакт који није имао правну заштиту. Претор је овај пакт касније заштитио уводећи *actio de pecunia constituta*.⁵

Једно лице је могло дати обећање да ће испунити неки цивилни или природни свој дуг (лат. *constitutum debiti proprii*), најчешће онај коме је прошао рок,⁶ или туђи дуг (лат. *constitutum debiti alieni*). На тај начин је закључиван уговор у коме је обично био одређен и рок за плаћање. Поједини романисти истичу да је суштина посла у прво време била одлагање дужнику, из милости, рока за плаћање, с обзиром да су старе

1 Драгољуб Аранђеловић, *Основи облигационог права – општи гео*, Београд, 1929, стр. 153–154.

2 Глиша Богданфи, Никола Николић, *Општи приватно право које важи у Војводини*, Панчево, 1925, стр. 155.

3 Драгољуб Аранђеловић, *Предавања из римског права*, Београд, 1938, стр. 249.

4 Латинска реч – *constitutum* значи договор, споразум, наредба, а латинска реч *debiti*, од *debitum* значи дуг, обавеза, вид. Јован Ђорђевић, *Латинско-српски речник*, Београд, 1977, стр. 339 и 396.

5 Анте Ромац, *Рјечник римског права*, Загреб, 1975, стр. 131.

6 Карл Салковски, *Институције с историјом Римског приватног права*, Београд, 1894, стр. 406.

трансакције *ius civile*-а остављале рок по страни. Уколико дужник ни у том року не исплати дуг поверилац је имао право на *actio de pecunia constituta* која је имала за циљ да казни дужника који, и после одгађања рока није платио дуг.⁷ Стога би пакт *constitutum debiti* било исправније назвати *constitutum dei* (установљење рока).⁸ Овај уговор је био заштићен тужбом *actio de pecunia constituta*.

Посебан значај имао је *constitutum* кад је био уговорен поред природне облигације. Природне облигације су тако претваране у потраживања заштићена са *actio de pecunia constituta*.

Constitutum се у почетку односио само на испуњење у новцу, а касније и на друге заменљиве ствари.⁹ Јустинијаново право укида ово ограничење *constitutum*-а тако да је он могао имати за предмет било који дуг.¹⁰ Такође, *actio de pecunia constituta* Јустинијан проширује тако да је обухватала и случајеве *receptum argentarii* (сматра га као *constitutum debiti alieni*) и један сличан грчки институт.¹¹ Романисти су сагласни да је *constitutum debiti alieni* је имало карактер јемства.¹²

Давањем обећања да ће се постојећи дуг платити (лат. *constitutum*) није престајао ранији дуг. Поверилац је могао бирати: да ли ће захтевати исплату раније обавезе или испуњење које дугује дужник на основу *constitutuma*-а. На овај начин је, по једном мишљењу, настајала је алтернативна облигација – *duae res in obligatione, una res in solutione*.¹³ Поверилац је могао подети тужбу из првобитне обавезе или из *constitutum*-а све док дуг не буде намирен.¹⁴

III Решења појединих грађанских законика

Општи аустријски грађански законик из 1811. године (даље у тексту: ОАГЗ) није посебно регулисао уговор о признању дуга. Стога се на закључење овог уговора примењују правила ОАГЗ регулисана седамнаестом главом „О уговорима уопште“. Могућност неформалног закључења уговора о признању дуга проистиче из начела аутономије воље, консен-

7 Драгомир Стојчевић, *Римско приватно право*, Београд, 1985, стр. 283.

8 Обрад Станојевић, *Римско право*, Београд, 2004, стр. 385.

9 Маријан Хорват, *Римско право*, Загреб, 1974, стр. 289.

10 К. Салковски, *нав. дело*, стр. 406.

11 Д. Стојчевић, *нав. дело*, стр. 283.

12 К. Салковски, *нав. дело*, стр. 406; Д. Стојчевић, *нав. дело*, стр. 283; А. Ромац, *нав. дело*, стр. 131; М. Хорват, *нав. дело*, стр. 289.

13 Иво Пухан, *Римско право*, Београд, 1970, стр. 329.

14 М. Хорват, *нав. дело*, стр. 289.

суалисма и ограничења воље уговорних страна. Начело консенсуалисма изражено је у параграфу 863: „Воља се може изјаснити не само изречно речима или усвојеним знацима, већ и прећутно таким поступцима који, по расуђењу свију околности, не дају никаквог разумног разлога сумњати у изјаву воље.“ Кршење ограничења приликом закључења уговора има за последицу ништавост уговора – ако је предмет уговора „што је управо немогуће“ (пар. 878 ОАГЗ), или се уговор „огрешује о неку законску забрану или о благонравље“ (пар. 879 став 1 ОАГЗ). Параграф 1497 ОАГЗ, осим тога, одређује да се застарелост прекида и кад је дужник „право другог признао изречно или прећутно“. Дужник изјављује вољу „под таквим околностима или таквим начином, да се из истог закључити мора, да дужник држи да његова обвеза још постоји“.¹⁵

Српски грађански законик из 1844. године (даље у тексту: СГЗ) преузео је решења ОАГЗ и у односу на институт признања дуга. Одредбе пар. 531–560 СГЗ, обједињене у глави XVII „О уговорима уопште“ (као и ОАГЗ) омогућавају закључење уговора о признању дуга.¹⁶ Тако је према одредбама СГЗ „уговор закључен онда кад једна страна што обећа, а друга то прими, или се изјасни да прима“ (пар. 531); „Обећање ово и примање може се учинити не само речима, него и другим згодним знацима, а и самим делом, које вољу показује“ (пар. 532); „Уговор се може само о оним стварима учинити, које међу људима пролазе, и које су могуће и дозвољене.“ Параграф 945 СГЗ, такође, као и ОАГЗ, прописује да се време застарелости прекида ако је дужник „право другог било изреком или делом признао“.

Општи имовински законик Црне Горе из 1888. године (даље у тексту: ОИЗ), као ОАГЗ а ни СГЗ посебно не регулише уговор о признању дуга тако да се и на овај уговор примењују правила уговорног права. Уговор је закључен („углављен је“) тек кад се „уговорници сложе и погоде о битним састојцима посла о коме се договарају“ и да се „то може показати не само ријечима, него и дјелом и другим згодним начином“ (чл. 494). „Уопште је доста да је уговор правилно углављен, те не треба никакве особите вањске одјеће или облика, да би имао закониту снагу. Само ако закон нарочито наређује, за неку врсту уговора, одређени облик (напр. да је уговор писмен, да су му у суду одостовјерни потписи итд.) та наредба треба да се изврши“ (чл. 498 ОИЗ). Ограничење слободе уговарања прописане су чланом 538 ОИЗ: „Уговор се може само оним стварима учинити, које међу људима пролазе, и које су могуће и дозвољене.“

15 Адолфо Рушнов, *Тумач Обћем аустријском грађанском законнику*, књига друга, Загреб, 1891, стр. 881.

16 Д. Аранђеловић, *нав. дело*, стр. 154.

Одредбе које регулишу прекид одржаја и прекид застаревања предвиђају да признање неког стварног права или дуга прекида одржај, односно застарелост (чл. 952, а у вези са чл. 847 ОИЗ).

Уговор о признању дуга посебно регулише параграф 781 Немачког грађанског законика (даље у тексту: НГЗ). За пуноважност уговора којим се признаје постојање неког дуга „потребна је писмена изјава о признању дуга“. Када је за заснивање дуговинског односа, чија се пуноважност признаје, прописана другачији облик, уговор о признању дуга мора бити сачињен у том облику. Признање дуга које је учињено на тај начин прекида ток застаре потраживања (пар. 208 НГЗ).

Швајцарски законик о облигацијама из 1912. године (даље у тексту: ШвЗО) признање дуга регулише у оквиру застарелости. Застарелост се прекида кад је дужник признао дуг (чл. 135 тач. 1 ШвЗО). Начело консенсуалности омогућава странама да ову вољу изјаве изричито или прећутно (члан 1 ШвЗО), с обзиром да је за пуноважност уговора потребна нарочита форма само онда када је закон то прописао (чл. 11 ЗОО). Ипак, „ако је признање дуга извршено издавањем исправе о томе или је он утврђен у судској пресуди, нови рок застарелости увек износи десет година“ (чл. 137 ЗОО).

IV Разграничење

Поједини уговори имају неке заједничке особине са уговором о признању дуга. Ипак, односе превагу састојци који разграничавају уговор о признању дуга од осталих уговора.

1. Уговор о обећању дуга

Једно лице може обећати испуњење обавезе. Одредбе параграфа 780 Немачког грађанског законика из 1896. године (НГЗ) прописују: „За ваљаност уговора, којим се обећава чинидба на такав начин, да би обећање самостално засновало обавезу (обећање дуга), потребна је писмена изјава обећања, ако није прописан другачији облик.“

Уговор о обећању дуга пуноважан је ако заснован на сагласности воља обе уговорне стране. Он самостално заснива обавезу и не ослања се на неки већ постојећи облигациони однос. Тако треће лице може повериоцу (које није са њим у ранијем облигационом односу) обећати плаћање дуга који му дугује дужник (чл. 296 ЗОО). Уговор је закључен кад је постигнута сагласност страна о битним елементима уговора. Ако су стране уговором преузеле обавезу да доцније закључе други, главни

уговор, чије су битне састојке одредиле, закључен је предуговор (чл. 45 ЗОО).

Уговор о признању дуга може се закључити само ако је раније, између истих страна, настала облигација (цивилна или природна), а уговор „о обећању дуга“ самостално ствара обавезу и нема у виду раније насталу облигацију.¹⁷

2. Уговор о пребијању (компензацији – *compensatio*)

Две стране које су у узајамним облигационим односима могу закључити уговор са циљем да они у целини или делимично престану.¹⁸ Пребијање је уговор на основу кога престају најмање две истородне и узајамне облигације између истих лица. Дужник може према свом повериоцу стећи потраживање у истом, већем или мањем износу. Ако су остварене и друге претпоставке таква, потраживања могу престати пребијањем (потирањем, обрачуном – *compensatio*), тако да потраживање престаје у целости (ако су оба исте висине) или престаје потраживање у мањем износу, а потраживање у већем износу умањује се за износ мањег. Пребијањем престају раније облигације и ниједна страна не може захтевати њихово испуњење. Основ за потраживање уговорних страна је нови уговор – уговор о пребијању, а не раније постојећи основи који су се угасили пребијањем.

Уговор о признању дуга полази најчешће од већ постојећег једног уговора или друге облигације, без обзира да ли је утужива (цивилна) или неутужива (природна). Он учвршћује ранију облигацију која признањем дуга не престаје. Стога, поверилац закључењем уговора о признању дуга може од дужника захтевати испуњење потраживања из старе облигације или из нове (уговора о признању дуга).

3. Уговор о отпуштању дуга (лат. *pactum de non petendo*)

Отпуштање дуга је уговор повериоца и дужника да поверилац неће захтевати испуњење дуга од дужника. На тај начин престаје пуноважна обавеза дужника, без испуњења.

Дужник не само да има обавезу испуњења дуга, него и право да га испуни. Поверилас може да отпусти, по правилу, било који дуг и

17 Уговор о обећању дуга разликује се од уговора о приступању дугу. Уговор о приступању дугу закључује поверилац са трећим лицем. Треће лице се обавезује повериоцу да ће испунити његово постојеће потраживање које он има према дужнику (чл. 451 ЗОО).

18 Богдан Лоза, *Облигационо право, општи дио*, Београд, 2000, стр. 80; Бранко Мораит, *Облигационо право*, Бања Лука, 2010, стр. 131.

било ком дужнику. Уговором о отпуштању дуга може се отпустити и дуг који је везан за личност.¹⁹ Тако, наручилац портрета може отпустити дуг сликару – ослободити га обавезе да слику наслика.²⁰ Отпуштање потраживања које је учинио поверилац, иако је своје потраживање већ zaloжио, не производи дејство према залогопримцу.

Док се уговором о признању дуга две стране обавезују да ће дужник испунити потраживање (цивилно или натурално) и тиме учвршћује првобитно потраживање повериоца и појачава уговорна дисциплина, уговором о отпуштању дуга, напротив, ранија облигација престаје, тако да није више могуће захтевати њено испуњење.

4. Новација, пренов (лат. *novatio*)

Новација²¹ је начин престанка једне пуноважне облигације споразумом уговорних страна уз истовремени настанак нове облигације. Нова пуноважна облигација настаје на основу уговора страна из постојећег, пуноважног неиспуњеног облигационог односа. Вољом само једне стране новација се не може извршити.²²

Новацијом престаје једна облигација, али настаје друга због чега је она начин престанка раније облигације, али и начин настанка нове облигације. У новацији се поверилац намирује тако да уместо угашеног потраживања стиче ново потраживање против истог дужника.²³

Признањем дуга ранија облигација не престаје, она се још више учвршћује и поверилац има право да захтева њено испуњење. Постоје у овом правном односу две облигације. Једна која је раније настала и чија се важност признањем потврђује и друга која ствара нови, повољнији и неспоран правни основ повериоцу, а заснива се на првој облигацији. Поверилац може захтевати испуњење раније облигације или уговора о признању дуга. Уговор о новацији, супротно томе, доводи до гашења једног неиспуњеног облигационог односа, уз стварање нове облигације

19 Супротно: Коменџар Закона о облигационим односима, њом први, у: Слободан Перовић и Драгољуб Стојановић (уредници), Београд, 1980, стр. 344.

20 Отпуштање дуга не производи међутим, дејства ако се противи природи дуга или закону. Тако, не производи дејство уговор повериоца законског издржавања о отпуштању тог дуга. Због природе законског издржавања ништаво је одрицање од тог права (чл. 8 ст. 2 ПЗ), оно не може престати пребијањем (чл. 341 тач. 5 ЗОО), нити застарети (чл. 373 ст. 3 ЗОО).

21 Израз „новација“ настала је од латинске речи *novus* – нов.

22 Лазар Марковић, *Облигационо право*, Београд, 1997, стр. 403; Б. Лоза, *нав. дело*, стр. 86; Б. Мораит, *нав. дело*, стр. 135.

23 Драгољуб Аранђеловић, *Основи облигационог права – општи гео*, Београд, 1929, стр. 183.

која има различит предмет или различит правни основ од угашене (чл. 348 ст. 1 ЗОО).

5. Уговор о поравнању

Уговор о поравнању је уговор две или више страна, између којих постоји спор или неизвесност о неком правном односу, којим се међусобно обавезују да, помоћу узајамних попуштања, преузму права и обавезе друкчије садржине од оне у ранијем правном односу и на тај начин разреше спор или уклоне неизвесност.²⁴

У уговору о признању дуга ниједна страна (поверилац и дужник) не попушта у свом потраживању за разлику од поравнања. Уговор о поравнању има другачију садржину од раније облигације између истих страна, иако његовим закључењем не престаје ранија обавеза. Ранија обавеза само мења садржину, али без промене предмета или правног основа.²⁵ Тако се уговором о поравнању може одредити други рок плаћања или другачији начин испоруке робе.²⁶ Због заједничких особина уговора о признању дуга и поравнању поједини правни писци тврде да уговор о признању дуга није ништа друго него поравнање без накнаде, а „поравнање као признање дуга са накнадом“.²⁷

V Закључење уговора

1. Појам и форма

Уговор о признању дуга је закључен кад су се две стране (дужник и поверилац из неке раније утуживе или неутуживе облигације) сагласиле о битним састојцима уговора (чл. 26 ЗОО). Битни састојци овог уговора су споразум страна о постојању ранијег потраживања и обавезивање дужника да ће то потраживање повериоцу испунити. Уме-

24 Упореди: Боривоје Познић, *Поравнање*, у: Светислав Ристић, Обрен Станковић, Слободан Перовић, Миодраг Трајковић (уредници), одредница у *Енциклопедији имовинској права и права удруженог рада*, том II, Београд, стр. 1005; Борислав Благојевић, Врлета Круљ (уредници), *Коментар Закон о облигационим односима*, Београд, 1980, стр. 679; Б. Лоза, *нав. дело*, стр. 183.

25 Стеван Јакшић, *Облигационо право – ојшћи дио*, Сарајево, 1953, стр. 412.

26 „Потписивањем вансудског поравнања, које има карактер двострано – обавезног уговора, странке уређују своја међусобна потраживања, динамику плаћања и доспелост дуговања које дужник треба да плати, те повериоцу у том случају припада право на затезну камату од доспелости која је утврђена вансудским поравнањем, а не од првобитно уговорене доспелости из основног посла“, Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 1834/2010 од 9.6.2010, *Paragraf Lex*.

27 Д. Аранђеловић, *нав. дело*, стр. 155.

сто дужника, а без његовог овлашћења, треће лице не може закључити уговор о признању ранијег дуга тј. изричито или на посредан начин (давањем отплате, плаћањем камате, давањем обезбеђења – чл. 387 ст. 2 ЗОО).²⁸

Уговор о признању дуга има у виду раније настали утуживи или неутуживи дуг. Дуг може потицати из било које облигације. Најчешће је ранији дуг настао из неког уговора. Ранији уговор, о којем стране постижу сагласност да ће га дужник испунити повериоцу, може бити теретан (дужник дугује продајну цену, накнаду из уговора о делу, накнаду из уговора о остави, износ закупнине итд.) или бестеретан (дужник се обавезује повериоцу да ће испунити обећање поклона, да ће му предати обећану ствар на послугу итд.).²⁹

Да би пуноважно настао уговор о признању дуга мора обухватити битне састојке ранијег (утуживог или неутуживог) дуга. Споразум повериоца и дужника о споредним састојцима ранијег уговора или друге облигације није уговор о признању дуга. Није, стога, закључен уговор о признању дуга ако су у ранијем уговору промењене одредбе тако да је одређен нови рок плаћања, нижа или виша камата, предвиђа неки услов или налог.³⁰

Уговор о признању дуга је неформалан, једнострано обавезан, комутативан и именован. Овим уговором дужник преузима обавезу да ће платити ранији (утуживи или неутуживи) дуг. Поверилац је сагласан са признањем и не преузима никакву обавезу. Сходно начелу аутономије воље и консенсуализма (чл. 10 и 28 ст. 1 ЗОО) уговор о признању може бити закључен неформално – изричито или посредно,³¹ што недвосмислено произлази из члана 387 става 2 ЗОО. Пуноважан је и усмени уго-

28 У том смислу је заузет и став у судској пракси: „Признање дуга учињено од трећег лица не представља признање које доводи до прекида застарелости, а тиме и да рок почиње изнова тећи, јер признање дуга може учинити само дужник, изјавом повериоцу или на посредан начин, а само признање мора бити јасно, недвосмислено, безусловно и учињено од стране овлашћеног лица дужника“, Пресуда Вишег трговинског суда, VIII Пж. 1540/2006 од 12.10.2006.

29 Д. Аранђеловић, *нав. дело*, стр. 155.

30 Сличан став прихваћен је и у судској пракси: „Када уговорне стране продуже рок плаћања дуга купопродајне цене то не значи и прекид тока застарелости, односно не значи да је померена доспелост обавезе за исплату купопродајне цене, већ исто има утицаја само на питање доцње, односно дана од када купац уколико не плати купопродајну цену трпи последицу у смислу обавезе плаћања затезне камате“, Пресуда Вишег трговинског суда, В Пж. 2284/2006 од 7.9.2006, *Paragraf Lex*. „Писмено признање застареле обавезе сматра се као одрицање од већ наступеле застарелости, а ваљано признање обавезе, тј. дуга може дати само законски заступник, његов овлашћени пуномоћник, као и пуномоћник по запослењу“, Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 6716/2005 од 20.2.2006.

31 Илија Бабић, *Облигационо право*, Београд, 2009, стр. 95–98.

вор о признању дуга који је формалан.³² Дужник се једнострано може одрећи застарелости, ако је она већ наступила. Једнострано одрицање од застарелости мора бити изражено у писаној форми (чл. 366 ст. 1 ЗОО), што усваја судска пракса.³³ Ако дужник једнострано писмено признао застарелу обавезу, члан 366 став 1 ЗОО сматра ту изјаву дужника као одрицање од застарелости.³⁴

2. Постојање раније (утуживе или неутуживе) обавезе

Стране најчешће закључују уговор о признању раније засноване пуноважне и утуживе обавезе, али то може бити и уговор о признању дуга из неутуживе обавезе. То, ипак, мора бити одређени утуживи или неутуживи дуг.³⁵ У случају да је ранија обавеза (која постаје неспорна између уговорних страна закључењем уговора о признању дуга) ништава или рушљива поставља се питање пуноважности уговора о признању дуга. Уговор о признању дуга мора имати могућ, допуштен, одређен, односно одредив предмет обавезе, те имати допуштен основ (чл. 45–52 ЗОО).³⁶ Ако је предмет ранијег уговора немогућ, недопуштен, неодређен или неодредив, уговор је ништав. Свака уговорна обавеза мора имати и допуштен основ. Дефинише се и као разлог постојања уговора у одговору на питање „зашто је он потребан“?³⁷ Основ је недопуштен ако је противан принудним прописима, јавном поретку и добрим обичајима. Претпоставља се да уговор има основ иако он није изражен. Али, уко-

32 „Ако тужени у првостепеном поступку није оспорио непостојање писмене форме уговора о грађењу већ је изричитом изјавом прихватио усмену обавезу дужан је да је изврши и плати цену, јер она произлази из његове изјаве о признању дуга“, Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 8518/2005 од 7.9.2005, *Paragraf Lex*.

33 „После истека рока за застарелост, признање дуга се може учинити само писменим путем“, вид. „Решења Врховног суда Србије“, Прев. 28/01 од 21.3.2001. године, *Право и привреда*, бр. 1–4/2002, стр. 231.

34 Параграф 781 НГЗ прописује да је писана форма уговора о признању дуга услов за његову пуноважност.

35 Ово је истакнуто и у судској пракси: „Давање отплате се мора јасно и недвосмислено односити на одређени дуг да би имало карактер признања дуга који прекида застарелост, па само отплата извршена на основу правила из члана 312 Закона о облигационим односима о урачунавању испуњења, по коме се намирује обавеза одређена споразумом повериоца и дужника или одређена изјавом дужника учињеном најдоцније приликом испуњења, може имати овакво својство“, Решење Вишег трговинског суда, Пж. 2904/2006(1) од 28.12.2006, *Судска пракса трговинских судова – Билџен*, бр. 2/2007.

36 Такав став је изражен и у судској пракси: „Изјава о признању дуга мора имати основ. Ако основ не постоји у изјави о признању дуга, таква изјава је ништава“, Решење Вишег трговинског суда, Пж. 10192/2004 од 21.2.2005, *Paragraf Lex*.

37 Porchy-Simon Stephanie, *Droit civil – les obligations*, Paris, 2010, стр. 108.

лико у уговору нема основа или је он недопуштен, уговор је ништав (чл. 51 и 52 ЗОО).³⁸

Када је закључен уговор о признању ранијег ништавог дуга (противан је принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима) облигација из које дуг потиче не може се на тај начин конвалидирати. Тако се не може конвалидирати зеленашки уговор, симуловани или фиктивни уговор и други ништави уговори. Основ за закључење уговора о признању дуга јесте ранија (утужива или неутужива) облигација. Уколико не постоји ранија облигација уговор о признању дуга нема правног основа.³⁹ Када стране знају да није заснована ранија облигација (која претходно није настала, независно од тога да ли је утужива или неутужива) уговор о признању дуга је фиктиван и стога ништав. Уговор о признању дуга је фиктиван и кад стране закључе један уговор, а затим уговор о признању дуга којим признају неки други, а не стварно закључени уговор.

Када је уговор о признању дуга закључило треће неовлашћено лице, неовлашћено заступани га може га накнадно одобрити (чл. 88 ЗОО). У случају да неовлашћено заступани овај уговор не одобри он је, и по оправданом ставу судске праксе, ништав.⁴⁰

У случају да је уговор о признању дуга рушљив, он се може поништити у законом одређеним роковима. Право да се захтева поништење уговора престаје истеком субјективног рока од једне године од сазнања за разлог рушљивости, односно од престанка принуде, а у објективном року истеклом три године од дана закључења уговора (чл. 117 ЗОО). Протеком рока у коме није захтевано поништење рушљивог уговора, он се конвалидира на основу самог закона и производи дејство као да је од самог настанка био пуноважан.⁴¹ Дужник може бити у заблуди о

38 Такав је и став судске праксе: „Изјава о признању дуга мора имати основ. Ако основ не постоји у изјави о признању дуга, таква изјава је ништава“, Решење Вишег трговинског суда, Пж. 10192/2004 од 21.2.2005, *Paragraf Lex*.

39 Д. Аранђеловић, *нав. дело*, стр. 156.

40 „Признањем дуга прекида се застарелост само ако је изјава којом се дуг признаје јасна, одређена и безусловна и ако је потписана од стране овлашћених лица“, Решење Вишег трговинског суда, Пж. 39/2008 од 26.2.2009, *Paragraf Lex*.

„Извод отворених ставки потписан од стране књиговође, не значи признање дуга и не прекида ток рока застарелости потраживања“, Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 2435/2009 од 27.5.2009, *Paragraf Lex*.

Писмено признање застареле обавезе сматра се као одрицање од већ наступеле застарелости, а ваљано признање обавезе, тј. дуга може дати само законски заступник, његов овлашћени пуномоћник, као и пуномоћник по запослењу, Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 6716/2005 од 20.2.2006, *Paragraf Lex*.

41 Илија Бабић, *Грађанско право, књига 1. Увод у грађанско право*, Београд – Нови Сад, 2011, стр. 231.

околности да ли постоји или не постоји ранији дуг. Од дана сазнања за заблуду дужник може захтевати поништење уговора. Ако ранији дуг не постоји, а стране су закључиле уговор о признању дуга, такав уговор је фиктиван и ништав.⁴²

3. Природа и дејство признања дуга

Слобода уговарања омогућава странама да признају и застарело потраживање. Застарелост не престаје само потраживање, него право захтевати испуњење обавезе (чл. 360 ст. 1 ЗОО). Застарела обавеза постаје неутужива (природна). Сматра се да се дужник одрекао застарелости ако писмено призна застарелу обавезу (чл. 366 ст. 1 ЗОО). Уколико дужник призна дуг пре него што је протекао рок застарелости, застаревање се прекида (чл. 387 ст. 1 ЗОО).⁴³

Поједини правни писци истичу да је признање дуга једностранни правни посао и да за његову пуноважност није потребан прихват повериоца,⁴⁴ односно да поверилац не мора предузимати „никакве радње за наступање правних учинака признања, тј. за прекид застареле“.⁴⁵

Уговор о признању дуга је једнострано обавезан уговор. Без обзира на ту особину уговор ће настати и произвести дејство ако је постигнута потпуна сагласност воља између повериоца и дужника из раније, а и садашње облигације – да дужник признаје ранију облигацију. Наиме, „ако дужник чини једнострано обећање, без прихватања повериоца (...) не настаје тржбина“.⁴⁶ Осим тога, дужник обавезу може признати делимично, те је и због тога нужна сагласност повериоца. Поверилац није дужан примити делимично испуњење, осим ако природа обавезе друкчије налаже (чл. 310 ст. 1 ЗОО). Уговор о признању дуга је закључен кад дужник „изјави да признаје већ постојећи дуг, а поверилац ту изјаву прими и са њом се сагласи“.⁴⁷

Аргументи да за признање дуга није потребан прихват повериоца могу се само делом наћи у непотпуној формулацији члана 387 став 2 ЗОО: „Признање дуга може се учинити не само изјавом повериоцу, него и на посредан начин, као што су давање отплате, плаћање камате, давање обезбеђења.“ Било које од ових радњи су, у ствари, конклу-

42 Упор. Д. Аранђеловић, *нав. дело*, стр. 156.

43 Арсен Чубински, *О застарелости у грађанском праву*, Београд, 1927, стр. 80 и 121.

44 Слободан Перовић (уредник), *Коментар Закона о облигационим односима*, књига прва, Београд, 1995, стр. 795.

45 Звонимир Слакопер, Вилим Горенц, Маја Буковац Пувача, *Обвезно право, ошћини дио*, Загреб, 2009, стр. 145.

46 Г. Богданфи, Н. Николић, *нав. дело*, стр. 154.

47 Д. Аранђеловић, *нав. дело*, стр. 153.

дентне радње, којима се воља дужника изјављује посредно – да дужник признаје дуг.⁴⁸ Ако се поверилац не противи овим радњама дужника сматра се да је прихватио признање дуга и да је на тај начин постигнута сагласност воља. Наиме, воља за закључење уговора може се изјавити речима, уобичајеним знацима или другим понашањем из кога се са сигурношћу може закључити да она постоји (члан 28 став 1 ЗОО). Ово становиште прихвата и судска пракса.⁴⁹

Уговором о признању дуга признаје се раније настали дуг из било које облигације. Уговорне стране се најчешће позивају на одређени уговор, који је уједно основ за закључење уговора о признању дуга. Дуг може бити признат у целини – уз навођење основа из кога потиче, ствари која се предаје, износа новца који се дугује или без навођења основа из кога потиче или делимично. Делимичним признањем дуга прекида се застарелост (чл. 387 ст. 2 ЗОО), а рок застарелости за преостали део дуга почиње тећи изнова.⁵⁰ Када је у уговору о признању дуга наведено да дужник испуњава у целини свој ранији дуг тада не настаје прекид застаревања за преостали спорни износ.⁵¹ Уколико дужник признаје основ обавезе – да ће, на пример, исплатити накнаду из одређеног уговора о закупу такво признање је пуноважно, јер уговорне стране знају своје међусобне обавезе.⁵² Пуноважно је признање дуга до одређене висине и у случају да није наведен основ раније обавезе.⁵³

48 Андрија Распор, *Застара*, Загреб, 1982, стр. 108.

49 „Под посредним признањем дуга којим се прекида ток застарелости сматра се свако понашање дужника које према правилима савесности и поштења представља несумњиву потврду постојања његове обавезе према повериоцу“, Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 142/2005 од 14.4.2005, *Paragraf Lex*.

50 „Плаћањем дела дуга по факури прекида се застарелост за цело потраживање по тој факури и рок застарелости почиње да тече изнова за неплаћени део дуга“, Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 2265/2007(3) од 12.4.2007. године – *Судска пракса трговинских судова – Билџен*, бр. 4/2007.

„Ако је плаћање дела дуга по рачуну извршено са јасном назнаком да се плаћа део дуга који је неспоран, такво плаћање не значи посредно тужениково признање дуга и не доводи до прекида застарелости за спорни део потраживања“, Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 5958/2005 од 5.9.2005, *Paragraf Lex*.

51 Ово је истакнуто и у судској пракси: „Уколико уплатом износа који је нижи од дугованог, тужени – дужник нема намеру да измири само део дуга, већ цео дуг јер преостали износ дуга повериоцу оспорава, он то при уплати мора нагласити, да би тиме спречио прекид застарелости потраживања за преостали оспоравани износ – део дуга, који због оспоравања не жели платити“, Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 7546/2006 од 9.11.2006.

52 Б. Благојевић, В. Круљ (уредници), *нав. дело*, стр. 838; Д. Аранђеловић, *нав. дело*, стр. 156.

53 Такав став усвојен је и у судској пракси: „Признање одређеног новчаног износа, дато кроз ИОС образац представља признање обавезе из одређеног правног по-

Признањем главног дуга, док тече рок застарелости, обухвата и признање затезних камата. У том случају камате заједно са главним дугом чине једно потраживање. У уговору о признању дуга стране могу изричито уговорити да се признање односи само на главни дуг. Међутим, признање већ застарелог главног дуга не односи се на признање плаћања затезних камата, јер је потраживање камата застарело престанком захтева за испуњење главног потраживања. Стране могу у уговору о признању дуга признати и постојање камата.⁵⁴

После прекида застаревања на основу уговора о признању дуга, застаревање почиње тећи изнова. С обзиром да члан 366 став 1 ЗОО писмено признање застареле обавезе сматра као одрицање од застарелости, правне последице су исте било да су стране закључиле уговор о одрицању од застарелости или о признању дуга. Дужник се једнострано може одрећи застарелости у писаном облику. Време које је протекло пре прекида не рачуна се у законом одређени рок за застарелост. У овом случају застаревање почиње тећи изнова од закљученог уговора о признању (види чл. 392 ст. 1 и 2 ЗОО).

сла, али не искључује право дужника да оспорава само висину неизмирене обавезе или да доказује да та обавеза проистиче из неког другог, а не утуженог правног односа“; Одговори на питања трговинских судова који су утврђени на седницама Одељења за привредне спорове Вишег трговинског суда одржаним дана 28.10.2009. и 24.11.2009. и на седници Одељења за привредне преступе и управно-рачунске спорове одржаној дана 29.10.2009, *Судска пракса трговинских судова – Билџен*, бр. 3/2009. Одговор на слично формулисано питање дат је у *Билџен судске праксе трговинских судова*, бр. 3/08, стр. 41–42. Супротан став усвојен је раније у пресуди Врховног суда Србије, Прев. 416/2006 од 27.6.2007. године, *Судска пракса трговинских судова – Билџен*, бр. 4/20: „Извод из отворених ставки не представља писмену изјаву о признању дуга, па се стога достављањем истог не прекида застарелост.“ Овом пресудом потврђен је ранији идентичан став истог суда: „Извод из отворених ставки не представља признање дуга којим се прекида застаревање, већ је у питању преписка којом се тражи сагласност за књиговодствено стање“, Пресуда Врховног суда Србије, Пзз. 48/2004 од 4.11.2004, *Судска пракса трговинских судова, Часопис за привредно право*, бр. 1/2005, стр. 159.

54 А. Распор, *нав. дело*, стр. 108–109.

Ilija BABIĆ, PhD

**Professor at the Faculty of European Legal and Political Studies
in Novi Sad
Singidunum University in Belgrade**

DEBT-RECOGNITION AGREEMENT

Summary

A debt-recognition agreement is an agreement where a debtor is obligated to meet the debt to the creditor out of a previous enforceable or non-enforceable obligation. The previous obligation remains unchanged and the creditor may require its fulfillment or performance of the debt-recognition agreement.

*This contract originated in Roman law. An informal promise of a person to pay off existing debt to the creditor (lat. *constitutum debiti*) represented in the beginning a pact that had no legal protection, but was later protected by *actio de pecunia constituta*.*

As a rule, a debt-recognition agreement is informal, bilaterally binding, autonomous and appointed. It is entered into under conditions that apply to entering into agreements in general. It differs from the debt deferral agreement, compensation, non-enforcement of debt, novation and settlement.

If the debtor acknowledges the debt informally before the period of prescription is over, the prescription is cancelled. If a debt is prescribed, the debtor can renounce the prescription if they acknowledge the debt in written form.

Key words: *debt recognition, *constitutum debiti*, interruption of the period of prescription, renunciation of prescription.*

др **Иванка СПАСИЋ**
професор Правног факултета Универзитета „Привредна Академија“,
Нови Сад

УГОВОРИ О ДИСТРИБУЦИЈИ

Резиме

У савременим тржишним условима привређивања као једно од кључних питања се јавља питање како најуспешније и најбрже продајни већ створени производ. Непосредни облик продаје робе, од произвођача директно купацу, веома је редак у пословној пракси, нарочито када је реч о међународној продаји. Уобичајено је у трговинском пословању да се између продавца и купаца јављају и други привредни субјекти који формирају специфичан дистрибутивни ланац, повезујући произвођаче са крајњим корисницима (поштомашима). Дистрибуција робе се може обављати на различите начине па аналогно постоји и више облика дистрибутивних споразума (ексклузивна дистрибуција, ексклузивна куповина, селективна дистрибуција, ексклузивно заступање а, у најширој варијанти, и франшизини). Ако изузмемо франшизини који, по својим карактеристикама и значају, чини посебну категорију споразума, ексклузивна дистрибуција се јавља као најважнији и најзаступљенији дистрибутивни споразум. Сви дистрибутивни споразуми се реализују путем уговора о дистрибуцији, неименованих, типичних уговора пословног права.

У раду се анализирају специфичности дистрибутивних уговора, њихове врсте, садржина и правна природа као и начин њиховог правног регулисања.

Кључне речи: ексклузивна дистрибуција, селективна дистрибуција, генерални уговор, појединачни уговор, вертикални споразуми, право конкуренције.

I Дистрибутивни споразуми: појам, врсте и значај

Једно од најзначајних питања савремене економије представља питање како најбрже и најисплативије стићи до потрошача и продати му одређени производ. У фокусу, дакле, није проблем продуктивности већ проблем како успешно продати оно што је (већ) произведено. Модерно тржишно пословање се често суочава са проблемима хиперпродукције и велике конкуренције; такве пословне околности изискују од произвођача неминовно усвајање нових пословних метода и модификовање постојећих како би се, лакше и ефикасније, освојила нова тржишта и придобио што већи број потрошача за своје производе. Идентични принципи и законитости важе и када се ради о услугама.

У све сложенијем тржишном устројству, какво постоји у савременом свету, доста је редак случај да произвођач сам продаје своју робу, нарочито се то односи на међународне (дистанционе) продаје робе. Много чешћи је случај да се произвођач повезује са другим привредним субјектима у поступку продаје својих производа крајњем кориснику (потрошачу). Више привредних субјеката који, својом активношћу, повезују производњу са потрошњом, чине својеврстан „дистрибутивни ланац“. Дистрибутивни ланац, према томе, представља систем специфичног повезивања привредних субјеката чија активност доприноси успешнијем дистрибуирању производа од произвођача ка крајњим корисницима. Могућност формирања специфичног „дистрибутивног ланца“ повезана је са чињеницом да између произвођача и потрошача може постојати више нивоа пласмана робе у којима учествује више различитих учесника.¹ У новијој пословној пракси настали су, до тада непознати, модели пласмана робе којима се на особен начин премошћује проблем повезивања понуде са тражњом, односно произвођача са крајњим корисницима. Сви ови (различити) модели пласмана робе (или услуга) засновани су специфичним уговорима и реализују се између самосталних привредних субјеката. Код ових (различитих) модела повезивања, степен сложености посла односно обим права и обавеза уговорних страна као и пословне повезаности привредних субјеката учесника, није изражен у подједнаком степену.

1 По степену сложености облици дистрибуције могу бити различити: директни – код којих произвођач (сам) продаје свој производ кориснику (потрошачу); једноступени – код којих се појављује и трговац на мало, као посредник између произвођача и потрошача; двоступени – који обухватају и велетрговца и трговца на мало, као посреднике. Код троступених, који се јављају код извозних послова, фигуришу извозник, увозник и малопродавац. Опширније код Милан Париводић, *Уговор о ексклузивној дистрибуцији* (магистарска теза), Београд, 1995, стр. 3. О облицима дистрибуције и учесницима у њеној реализацији в. и код Славко Царић, Јелена Вилус, Душанка Ђурђевић, Драго Дивјак, *Међународно пословно право*, Нови Сад, 2007, стр. 324.

У савременој пословној пракси дистрибуирање односно пласман робе (и услуга) може се обављати на више различитих начина; путем ексклузивног заступања (*agency*), ексклузивне или селективне дистрибуције, ексклузивне куповине, франшизинга.² Сви поменути споразуми, без изузетка, спадају у категорију тзв. вертикалних споразума, односно споразума између привредних субјеката који се (у свом пословању) налазе на различитим нивоима дистрибутивног ланца,³ што има значаја нарочито кад се ради о начину њиховог регулисања. Сви дистрибутивни споразуми садрже одредбе о искључивости (у неком од облика) те могу доћи под удар правила о заштити конкуренције. Када би се одредбе о заштити конкуренције спроводиле стриктно и без изузетака већина дистрибутивних споразума била би забрањена; не би требало посебно наглашавати каква би штета настала по привреду од такве праксе. Имајући у виду изузетан значај одредаба права конкуренције у привреди било је неопходно пронаћи механизме за превазилажење овог проблема; стога је, првенствено комунитарно право својим одредбама о конкуренцији, а потом и национална права земаља чланица као и нечланица, пронашло ефикасан начин да одређене категорије споразума изузме од строгих правила конкуренције а да се, при том, не наруши цео систем заштите основних принципа на којима оно почива. Судска пракса, са своје стране, доста успешно превазилази поменуте потешкоће и решава спорове који настају у пословању.

Када се говори о различитим облицима споразума о дистрибуцији производа и услуга њиховом значају и фреквентности требало би издвојити (поједине) облике, пре свега ексклузивне дистрибуције као и франшизинг.⁴ Ексклузивна дистрибуција се појавила (а и данас је веома заступљена) у сектору продаје аутомобила; поред аутомобилске индустрије ексклузивна дистрибуција је у значајној мери заступљена и у областима продаје горива и продаје пива. Осим ових већ „традиционалних“ области, примена дистрибутивних метода проширила се и на

2 V. V. D. G. Goyder, *EC Competition Law*, third ed., Oxford, 1998, стр. 177.

3 Привредни субјекти у вертикалном односу имају различит положај на тржишту, те стога не конкуришу једни другима (рецимо снабдевач, трговац на велико и трговац на мало нису конкуренти, већ се њихово пословање међусобно допуњује и чини један систем – специфичан систем дистрибуције. Поред вертикалних, постоје и хоризонтални споразуми код којих се сви партиципирајући субјекти налазе на истом нивоу ланца пословања. За разлику од вертикалних споразума, хоризонтални споразуми закључују се између субјеката који међусобно конкуришу на тржишту. У пракси се здрава тржишна конкуренција може нарушити и једним и другим споразумима.

4 Франшизинг посао само у најширем смислу речи спада у категорију дистрибутивних споразума (нарочито његови старији облици); бројне специфичности које имају савремени облици франшизинга издвајају овај посао у засебну категорију и засебан пословни систем.

области снабдевања тржишта пољопривредним машинама, апаратима за домаћинство, тв апаратима, фото опремом, компјутерима и електронском опремом. Због значајних и бројних предности (ексклузивни) дистрибутивни споразуми су брзо стекли пословну афирмацију те су, код појединих категорија роба, постали доминантни облици пласмана робе на тржиштима.⁵ Код послова ексклузивне дистрибуције постоји (трајни) пословни однос између произвођача (испоручиоца, снабдевача) и дистрибутера (дилера). Произвођач испоручује робу искључиво дистрибутеру. Дистрибутер, који је уговором добио ексклузивно право продаје, самостално организује пласман и продају робе. Дистрибутер послује у своје име, за свој рачун и искључиво дистрибутер сноси ризик успешности посла.

Поред ексклузивне дистрибуције, као њена специфична „подваријанта“, постоји и ексклузивна куповина; код ексклузивне куповине дилер (препродавац) купује уговорену робу искључиво од (уговором) одређеног снабдевача и не може користити услуге других снабдевача.

Поред ова два вида ексклузивне дистрибуције од пословног значаја је још и тзв. селективна дистрибуција. Код селективне дистрибуције се не ради о ексклузивности (било које врсте) већ о лимитирању круга дистрибутера који су укључени у дистрибутивни систем, односно броја и врсте продајних објеката где се (пре)продаја може вршити.⁶ Лимитирање спроводи произвођач (снабдевач) и оно има за циљ да се дистрибутивни систем затвори за „неподобне“ дистрибутере. Произвођач једини утврђује критеријуме за „пријем“ у дистрибутивни систем. Селективна дистрибуција се проширила у областима потрошње одређених врста производа, углавном се ради о скупљим и луксузнијим производима.⁷ Произвођачи ових нестандартних и скупих производа имају нарочити пословни интерес да стално одржавају висок степен увида у дистрибуцију својих производа одређеним клијентима, чиме одржавају свој пословни углед (*goodwill*).

У групу дистрибутивних споразума спадају и облици ексклузивног заступања (*agency*) принципала од стране његовог агента (заступника). Код овог облика дистрибуције класичне дилере замењују заступници;

5 Многе велике и познате компаније у различитим привредним областима користе облике (ексклузивне) дистрибуције као погодан начин пословања и успешан метод експанзије на нова тржишта. Дистрибутивни метод се показао погодним за пласман трајнијих потрошних добара, за производе заштићене жигом као и за робу која захтева професионални приступ и знање о рукавању, како за време, тако и након продаје (сервисирање).

6 D. G. Goyder, *нав. дело*, стр. 214.

7 По селективном методу дистрибуирају се одређени технички производи као што је електронска опрема, моторна возила, као и тзв. „брендирани“ производи (сатови, драгуљи, камере, фотоапарати, парфеми, козметика, порцелан).

заступници су, у великој мери, интегрисани у организациони систем принципала.

Ако се послови дистрибуције посматрају у најширем контексту онда је, од свих модалитета дистрибуције, најзначајнији франшизинг; то је најсложенији пословни облик вертикалних односа кооперације засноване на уговору.⁸ Франшизинг је због својих несумњивих пословних предности изузетно брзо освајао различите области привредног пословања; појавио се у области дистрибуције безалкохолних пића и аутомобилској индустрији⁹ одакле се проширио на области малопродаје, туризма, хотелијерства, привредних услуга.¹⁰ Данас је изузетно мало привредних области у којима франшизинг посао није нашао своје место (тешка индустрија, пољопривреда). Може се рећи да франшизинг посао, имајући у виду неке његове аспекте, такође припада групацији послова дистрибуције,¹¹ то се нарочито односи на „ране“ облике франшизинг послова (франшизинг роба и услуга); савременији облици франшизинг пословања, какав је *business format* франшизинг, у приличној мери су се удаљили од једноставнијих дистрибутивних облика творећи веома сложен и специфичан франшизинг систем пословања. Франшизинг пословни систем има извесних сличности са дистрибутивним али је од њега много сложенији и свеобухватнији, те га извесно треба одвојено и посматрати. Извесна забуна око тога да ли франшизинг спада у групу дистрибутивних послова може настати због могућег начина посматрања овог питања; уколико се проблем разматра са економског становишта и франшизинг посао је несумњиво један од облика дистрибуције производа (и услуга) на тржишту. Уколико се, пак, посматрају правне карактеристике уговора о франшизингу и дистрибуцији уочљиве су веће разлике које оправдавају сврставање франшизинга у посебну категорију (вертикалних) споразума. Имајући у виду бројне специфичности и при-

8 Франшизинг се развио у америчкој пословној пракси средином прошлог века, од почетних једноставних облика пословања под фирмом даваоца франшизинга и уз коришћење његових жигова, посао се постепено усложњавао до данашњих веома софистицираних облика *business format* франшизинга. О концепту франшизинга детаљније Младен Драшкић, *Уговор о франшизингу*, Београд, 1983, стр. 13–26; исто Иванка Спасић, *Франшизинг и посао*, Београд, 1996, стр. 13–16; исто Луција Спировић-Јовановић, *Уговори њеројинској љрава*, Београд, 2006, стр. 116; исто Martin Mendelsohn, *The guide to franchising*, 1992, стр. 11.

9 Ови првобитни облици франшизинг посла највише га повезују са уобичајеним карактеристикама посла дистрибуције.

10 В. Здравко Глушица, *Франшизинг*, Ноби Сад, 1991. стр. 29.

11 Видети класификацију дистрибутивних послова код G. M. Wejer, *Commercial Agency and Distribution Agreements: Law and Practice in the Member States of EC*, Graham and Trotman, 1990, стр. 21; исто Радован Вукадиновић, *Међународно љословно љправо*, Крагујевац, 2009, стр. 248.

вредни значај франшизинг пословног система, који превазилази остале послове дистрибуције, у овом тексту се питања франшизинга неће разматрати.

II Уговори о дистрибуцији

Сви облици дистрибутивних послова правно се реализују путем уговора о дистрибуцији. Будући да постоји више врста дистрибутивних споразума и правни инструменти за њихову реализацију могу се донекле разликовати. Без обзира на евентуалне мање разлике, заједничко свим уговорима о дистрибуцији је да су то генерални уговори којима се дистрибутер обавезује да периодично купује робу од снабдевача у чију је (дистрибутивну) мрежу укључен и да продаје ту робу корисницима (потрошачима), у своје име и на свој ризик. Генерални споразум између снабдевача и дистрибутера ефектуира се путем индивидуалних продајних уговора. Дистрибутер остварује зараду на разлици између куповне и продајне цене дистрибуиране робе.¹² Послови ексклузивне дистрибуције имају у пракси највећи значај те ће овде првенствено бити речи о овом облику уговора. Код ексклузивне дистрибуције изузетно важан елемент посла представља (уговорено) тржиште продаје; снабдевач се обавезује да неће, робу која је предмет уговора, испоручивати (и) другим продавцима или дистрибутерима, као и да је неће сам стављати у промет на уговореном тржишту (клаузуле о ексклузивитету).¹³ Уговорено тржиште може бити различито (географски, политички или на други начин) одређено.¹⁴ Потребно је и препоручљиво да се, у уговору, што прецизније утврди продајно тржиште, како не би долазило до спорних ситуација у пракси.

Како је већ наведено посао ексклузивне дистрибуције се реализује посредством једног генералног (оквирног) и једног или више индивидуалних (појединачних) уговора. Оквирним споразумом се утврђују само битни елементи будућег појединачног уговора (или више њих), без прецизирања детаља везаних за испуњење уговора. На основу

12 В. Valentine Corah, *Exclusive Distribution and the EEC Competition Rules*, London, 1992, стр. 6; исто С. Schmitthiff, *Export Trade*, London, 1990, стр. 260; исто М. Париводић, *нав. дело*, стр. 28.

13 Код ексклузивне куповине такође постоје клаузуле о ексклузивитету, на основу њих дистрибутер се обавезује да ће робу набављати искључиво од одређеног испоручиоца и само од њега.

14 Није неопходно да се уговорено тржиште поклапа са укупном територијом једне земље, напротив, може то бити и уже подручје (одређени градови или области) као и шири регион, рецимо више земаља (европске земље) или све земље одређеног подручја (рецимо источне Европе или средње Америке итд.).

постојећег генералног споразума уговорне стране ће касније закључити појединачни уговор којим ће прецизирати детаље испоруке. Појединачни уговор мора бити у складу са одредбама генералног. У пракси се, иначе, не закључују посебни формални (индивидуални) уговори већ се то чини најчешће наруџбеницама дистрибутера као и писмима или обавештењима снабдевача о испорученој роби.¹⁵

Уговором се дистрибутер обавезује да (на основу појединачног уговора) реализује пласман и дистрибуцију робе друге уговорне стране, у своје име, за свој рачун и на свој ризик, интегришући се у пословну, продајно-организациону мрежу снабдевача. Специфичности уговора одређује неколико елемената, то су уговорне стране, битни елементи уговора, форма, уговорна садржина (права и обавезе странака) и правна природа.

Уговорне стране су произвођач односно снабдевач (испоручилац) и дистрибутер. Обе уговорне стране су самостални и правно независни привредни субјекти који послују у своје име, за свој рачун и на свој ризик. Снабдевачи су најчешће велики произвођачи робе специјализовани за одређене врсте производа. У улози дистрибутера могу се појавити компаније као и индивидуални трговци; дистрибутери по правилу имају добро разрађен систем продаје и маркетинга, најчешће су специјализовани за продају одређених врста производа. Дистрибутивни однос је (углавном) трајнији однос међусобне пословни сарадње који мора почивати на узајамном поверењу обеју страна.

Роба и цена представљају битне елементе уговора о дистрибуцији и, посматрано са тог аспекта, евидентно постоји велика сличност овог уговора са уговором о продаји, ипак, постоје и неке битне разлике које су специфичне за природу дистрибутивног односа. Предмет уговора о ексклузивној дистрибуцији је одређена роба, то може бити свака роба која је у масовној употреби. Роба мора бити прецизно индивидуализирана (утврђена) уговором, што значи да морају бити тачно утврђене њена врста, количина и квалитет; у погледу уговорног утврђивања својстава и количине робе важе општа правила уговорног права.¹⁶ Будући да се уговор о дистрибуцији може односити и на део производног програма снабдевача потребно је тачно утврдити конкретну робу на коју се аранжман односи; уобичајени начин да се то постигне је коришћење списка такве робе са каталожним бројем продавца.¹⁷ У пракси се често користе

15 Видети Р. Вукадиновић, нав. дело, стр. 250.

16 Видети Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, Београд, 2006, стр. 47; исто Владимир Капор, Славко Царић, *Уговори робној промеша*, Београд, 1990, стр. 107 и 127–138; У вези са решењима Бечке конвенције о питањима својстава робе видети *Understanding the CISG in Europe*, Kluwer, 1997, стр. 51–61.

17 Александар Ђирић, Радомир Ђуровић, *Међународно трговинско право*, Ниш, 2005, стр. 195.

и уобичајени привредни термини како би се прецизирала роба која је предмет споразума.¹⁸ Када се ради о техничкој, електронској и сличној робе (са посебним карактеристикама) потребна је и њена детаљна спецификација. Да би се избегли спорови у пракси најоптималније је да уговорне стране прецизно утврде детаље у вези са испорукама и врстом робе; то је нарочито значајно у ситуацијама када произвођач у току трајања уговора измени производни програм или унесе модификације у постојећи. Дистрибутер, како је већ речено послује у своје име и за свој рачун; он купује робу коју ће продавати (препродавати) потрошачима. Дистрибутер набавком стиче својину на роби, што значи да мора платити (испоручиоцу) њену куповну цену; ту се појављују специфичности дистрибуције, наиме, имајући у виду да се ради о трајнијем пословном односу (између снабдевача и дистрибутера) могуће је да количина робе не буде прецизно одређена већ „само“ одредива.¹⁹ У том случају, пошто се одреди јединична цена, укупна цена ће бити одредива (а не прецизно утврђена уговором). Плаћање се може вршити сукцесивно (пословни односи дистрибуције трају обично дуже време) или у ратама зависно од испорука. Уговором се може предвидети динамика плаћања у зависности од продаје. Дистрибутер је самосталан привредни субјекат који, послујући у оквиру дистрибутивне мреже, сам сноси ризик пословног подухвата (не дели га са снабдевачем). Дистрибутер „зарађује“ на разлици која постоји између набавне и продајне цене робе коју продаје. За разлику од „обичне“ продаје, код посла дистрибуције се успоставља одређени степен трајне међусобне пословне сарадње у оквиру „дистрибутивне мреже“, ова сарадња се огледа у узајамном информисању о продаји, стању на уговореном тржишту, евентуалним модификацијама производа и асортимана, планираној новој производњи, детаљном упознавању са техничким карактеристикама производа, рекламирању и слично.

Што се тиче форме дистрибутивних уговора они су начелно неформални; имајући, пак, у виду чињеницу да се ради о уговорима пословног права уобичајено је да се уговори састављају писмено, у складу са општим условима пословања фирми дистрибутера. У пракси постоје бројни формулари за закључење ових уговора. Не треба посебно наглашавати да је оваква оваква (писмена) форма „само“ доказна („*ad probationem*“).

18 Користе се термини уобичајени у привредном пословању, на пример „целокупни производни асортиман продавца“ и сл.

19 Могуће је и често се уговара клаузула да испоручилац (снабдевач) испоручује дистрибутеру рецимо „укупну произведену количину“ одређене робе у распону „од–до“ назначених јединица.

III Садржина дистрибутивних уговора

Код уговора о дистрибуцији уговорну садржину чине права и обавезе уговорних страна-снабдевача (испоручиоца) и дистрибутера. Основна обавеза снабдевача је да, искључиво дистрибутеру, испоручује робу у одређеном, у правилу дужем временском периоду, на уговорени начин.²⁰ У складу са тим снабдевач је обавезан да прихвата поруцбине дистрибутера пратећи уговорну динамику и да га уредно снабдева робом. Снабдевач гарантује да испоручена роба нема материјалних и правних недостатака. Уколико то захтева природа испоруке снабдевач ће бити у обавези и да обучи службени кадар дистрибутера. Основна обавеза дистрибутера је да набави робу (постоје одредбе о минимуму робе која се мора набавити) и стави је у промет (продају) као и да плати цену за испоручену робу (коју ће препродавати). Поред тога дистрибутер има обавезу да врши наруцбине (у складу са уговором), да поседује одређене залихе робе и резервних делова, да пружа пост-продајни сервис корисницима, да врши промоције и рекламира производ који дистрибуира, да организује излагање робе на сајмовима, да чува пословну тајну снабдевача (ако му је позната) као и да штити жиг и лого под којим робу продаје. Дистрибутеру се уговором не уступа жиг али он продаје робу која носи жиг и остале ознаке произвођача (снабдевача). Дистрибутер је, у сваком случају, у обавези да штити углед снабдевача. Дистрибутер је, такође, у обавези да обавштава снабдевача о текућим прописима и стандардима и њиховим изменама (када се ради о послу међународне дистрибуције).²¹ Поред ових основних, могу се уговорити и неке споредне обавезе, обично у виду додатних погодности које снабдевач одобрава дистрибутеру. За дистрибутивне уговоре су карактеристичне и неке пост-уговорне обавезе чије дејство настаје престанком уговора; ту би спадале обавеза снабдевача да изврши откуп робе преостале на залихама, затим обавеза дистрибутера да не конкурише снабдевачу у продаји робе која је била предмет дистрибуције извесно време по окончању уговора, обавеза дистрибутера да врати сав заостали рекламни материјал и слично.

Посао ексклузивне дистрибуције одређује елемент искључивости; клаузулама о ексклузивности (искључивости) снабдевач се, са једне стране, обавезује на вршење уговорених испорука робе, а са друге, на уздржавање од вршења испорука исте робе другим дистрибутерима као и од самосталног дистрибуирања исте робе на уговореном тржишту.

20 Испоруке се врше у време, на месту, у количини и на начин предвиђен уговором.

21 Информације ове врсте нарочито се односе на здравствене прописе, техничке стандарде, правила о амбалажирању и сл.

На тај начин снабдевач омогућава дистрибутеру да ужива (уступљено) право искључиве продаје. Овакво становиште је у складу са пословном праксом, међутим обавеза искључивости се не тумачи идентично када су у питању различити правни системи; у Белгији (која једина има пропис о дистрибуцији), као и у коминитарном праву²² под искључивошћу се подразумева и уступање права на дистрибуирање робе неколицини дистрибутера као и задржавање права дистрибуције и за снабдевача.²³ Уколико постоје обе (искључиве) клаузуле о забранама (продаје другим дистрибутерима и дистрибуирања од стране испоручиоца) уговорни дистрибутер је тада једини (пре)продавац на уговореном тржишту. И у случају постојања (обе) клаузуле о искључивости уживање искључивог права дистрибуције ограничено је одредбама права конкуренције.²⁴ Што се тиче дистрибутера он, на основу клаузула о ексклузивности, има обавезу да набавља робу само од уговореног снабдевача али и да се уздржи од дистрибуирања друге робе која би била конкурентна уговореној.

Када се ради о уговорној одговорности она настаје у складу са општим правилима уговорног права. Што се тиче одговорности према трећима (потрошачима) снабдевачи ће настојати да сву одговорност (уговором) пренесу на дистрибутера. Будући да је дистрибутер, у овом послу, независни трговац он ће бити у обавези да накнади претрпљену штету својим директним купцима, у случају да је штета настала као резултат недостатака робе.²⁵ Прописи појединих земаља, у овом случају, предвиђају солидарну одговорност испоручиоца и дистрибутера.²⁶ Дистрибутер може бити одговоран (и) трећим лицима за штету по основу вануговорне одговорности, осим ако не докаже да је робу прегледао са „дужном пажњом“ пре стављања у промет.

22 У складу са тумачењем одредаба Уредбе бр. 1983/83 (Regulation 1983/83(1983), OJ L 173/1).

23 Пресуда белгијског Врховног суда од 11. III 1971, код G. M. Weijer, *нав. дело*, стр. 111.

24 Конкретни споразум се увек посматра у контексту права конкуренције; клаузуле унете у уговоре не смеју бити супротне одредбама картелног права као и одредбама о забрани доминантног положаја; в. Valentine Korah, *EC Competition Law and Practice*, Oxford-Portland Oregon, 2000, стр. 237–238; исто Р. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 255.

25 У Европској унији (Директивом од 25. јула, 1985, чл. 3) увозник у ЕУ се изједначава са произвођачем по одговорности за робу; опширније код М. Париводић, *нав. дело*, стр. 177.

26 Закон о облигационим односима у чл. 501 предвиђа солидарну одговорност произвођача и продавца за исправно функционисање робе када је издат гарантни лист.

IV Правна природа дистрибутивних уговора

Расправе о правној природи „нових“ послова генерално указују на сличности и разлике које послови настали у пракси имају са већ постојећим („класичним“) пословима (и њима пратећим уговорима). Понекад се компарација врши и између више „нових“ послова, који обично припадају истој групи и имају одређене заједничке карактеристике. Такав је случај са дистрибутивним споразумима који имају значајне сличности са уговорима о продаји, са једне стране, као и са уговорима о франшизингу, са друге. Код дистрибутивних споразума дистрибутер јесте купац али не купац у класичном смислу; он купује робу од испоручиоца (продавца) како би је даље стављао у промет, без обзира што су обе стране независни трговци међу њима постоји трајни пословни однос коме је првенствени циљ дистрибуција одређене робе. Без обзира што је дистрибутер самосталан у пословању и сам одређује цену дистрибуиране робе (зарађујући на разлици између куповне и продајне цене), он је бројним пословим обавезама повезан у специфичну пословну мрежу са снабдевачем робе (обавезе поправке и сервисирања, маркетинга, рекламирања, информисања и сл.). Дистрибутивни уговори садрже у себи елементе продаје²⁷ али се од ње и разликују по већој ширини и обиму права и обавеза као и по циљу самог уговора.

Са друге стране дистрибутивни споразуми имају сличности и са франшизингом. И франшизинг је, у најширем смислу речи, један вид дистрибуције; давалац франшизинга снабдева корисника робом али то је само један од елемената франшизинг посла. Оно што је суштина франшизинга то је уступање права продаје и вршења услуга под фирмом даваоца, уз коришћење даваоцевих жигова и дистинктивних знакова, уз пренос пословног знања и искуства (*know-how*), уз коришћење даваоцевих метода маркетинга, а уз обавезу даваоца франшизинга да обучава кадрове корисника и пружа кориснику помоћ у пословању.²⁸ Корисник франшизинга плаћа током трајања уговора накнаду даваоцу за сва уступљена права и знања. Корисник франшизинга уговором ступа у пословни систем даваоца (*business format franchising*), послујући у његовим оквирима, под фирмом даваоца, као самосталан привредни субјекат, у своје име за свој рачун и на свој ризик. Дистрибутивни споразуми немају све ове карактеристике, код њих нема ни наканде, ни уступања *know-how*-а, нити уступања фирме, жигова, дистинктивних знакова, ни коришћења права из интелектуалне својине. Дистрибутивни системи очигледно имају доста заједничких карактеристика са франшизним,

27 О битним елементима и карактеристикама уговора о продаји в. М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 43–61.

28 В. И. Спасић, *нав. дело*, стр. 60.

али су од њих ипак знатно „једноставнији“. Сам уговор о дистрибуцији генерално спада у неименоване, типичне уговоре, двострано обавезне и теретне, са трајним извршавањем престације. Без обзира на бројне сличности са продајом и франшизингом (знатно мање са другим уговорима) ови уговори спадају у *sui generis* категорију.

V Правно уређење дистрибутивних споразума – упоредноправна и комунитарна регулатива

Дистрибутивни споразуми су настали у пословној пракси,²⁹ стога су још увек у фази правног уобличавања, што утиче и на начин њиховог правног регулисања. Док у већини земаља дистрибутивни споразуми добро функционишу, следећи уобичајену пословну праксу као и правила аутономног пословног права,³⁰ претежни део тих истих земаља нема специјалне и конзистентне правне прописе који детаљније регулишу уговоре о дистрибуцији. На ове уговоре се (поред аутономног права) првенствено примењују опште одредбе грађанског (облигационог) права³¹ као и одредбе права конкуренције. Када се ради о позитивним прописима Белгија је једина европска земља која је 1961. год. донела посебан пропис,³² који се односи на послове ексклузивне дистрибуције, при чему се овај пропис односи на веома узак круг питања. Пропис је, наиме, експлицитно уредио два питања – питање отказа уговора (отказног рока)³³ као и питање дистрибутерове накнаде за клијентелу (коју је дисатрибутер придобио послујући) по престанку уговора.³⁴

29 Првенствено у пракси САД које су развиле послове дистрибуције нафтних деривата, аутомобила и неких других производа заштићених жигом, опширније в. Р. Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 247.

30 Изворе аутономног пословног правачине модел уговори, општи услови пословања, типски и адхезиони уговори, типизирани клаузуле и слични извори, масовно и успешно, коришћени у пословној пракси.

31 Скоро све европске државе третирају уговоре о дистрибуцији као неименоване уговоре.

32 Закон о једностраном престанку уговора о ексклузивној дистрибуцији закључених на неодређено време, објављен у службеном гласилу Белгије, октобра 1961; пропис је измењен априла 1971. год.

33 Питање споразумног престанка уговора, разуме се, није спорно; овде се ради о (једностраном) отказу уговора. Уколико једна од страна не раскида уговор услед озбиљних узрока поставља се питање накнаде дистрибутеру. Питање могућности плаћања и износа „правичне накнаде“ утврђиваће се у сваком конкретном случају.

34 Дистрибутер, без обзира што иступа као самосталан привредник, доприноси продаји производа снабдевача и ширењу утицаја његовог брэнда на тржишту. Аутор *Bricmont* наводи пресуде које сведоче о евидентном увећању клијентеле за

Дејство поменутог прописа проширено је изменама од 1971. год. и на остале облике дистрибутивних споразума.³⁵

Француска нема посебан правни пропис који би детаљније регулисао уговоре о дистрибуцији већ се на њих примењују опште одредбе *Code Civil*-а које се односе на уговоре. Сем поменутих општих одредаба као и правила аутономног права, судска пракса у области дистрибутивних споразума у Француској је прилично богата, што доста доприноси разјашњавању евентуалних спорних питања и доприноси успешнијем функционисању посла дистрибуције. Поред одредаба облигационог права примењују се и правила конкуренције; поред комунитарних правила конкуренције (која су заједничка за све земље чланице ЕУ) у примени је и национална Ордонанса из 1986. год. (која се примењује у случајевима када конкретни споразум између странака не утиче на трговину између земаља чланица, те тако ови споразуми немају шири комунитарни значај, већ искључиво национални).

Италија, такође, нема посебних прописа који би се односили директно на дистрибутивне споразуме, већ се примењују опште норме уговорног права као и одредбе права конкуренције. Конкретно, на дистрибутивне уговоре примењују се одредбе чл. 1559 италијанског Грађанског законика (*Codice civile*); овај члан се иначе односи на све уговоре о снабдевању, који се сматрају модалитетима уговора о продаји.³⁶ И одредбе права конкуренције, такође, уређују одређен корпус питања везаних за дистрибутивне споразуме; ове одредбе су садржане у националном закону о конкуренцији (бр. 287, из октобра 1990. год.). Поред одредаба националног права примењују се наравно и одредбе комунитарног права конкуренције. Могло би се рећи да, у Италији, послови дистрибуције у пракси добро функционишу а судска пракса успева да хармонизује посредне правне изворе као и изворе аутономног права и тако допринесе несметаном и успешном функционисању овог посла у пракси.

У Немачкој и Аустрији такође нема специјалних прописа о дистрибутивним споразумима. У Немачкој је пракса судова да, на ове споразуме, примењују опште одредбе облигационог права као и одредбе о заступништву (које се односе првенствено на престанак уговора и наканду за клијентелу).³⁷ Од одредаба права конкуренције (сем

време трајања пословног односа, в. Bricmont, *La realisation unilaterale des concessions de vente*, Bruxelles, 1972, стр. 72.

35 Дејство прописа је проширено на све дистрибутивне споразуме, подједнако оне закључене на неодређено као и на одређено време.

36 В. Roberto Baldi, *Distributorship, Franchising, Agency (Community and National Laws and Practice in EEC)*, Kluwer, 1987, стр. 59.

37 У земљама германског правног корпуса (осим Швајцарске) на послове дистрибуције се примењује аналогија са пословима трговинског заступања. Немачки Савезни

оних комунитарних) примењује и национални Закон о ограничавању конкуренције (који уређује споразуме који својим дејством не премашују националне оквире, односно не утичу на питања конкуренције у комунитарним оквирима). Што се тиче Аустрије примењују се опште одредбе грађанског права садржане у Аустријском грађанском закону као и одредбе комунитарног права конкуренције и националног Антитрстовског закона.

У Србији не постоји посебан пропис који би изричито уређивао дистрибутивне споразуме; ови споразуми се међутим, помињу у (неким) прописима који уређују друга правна питања, на тај начин ови прописи постају „посредни“ извори права за област дистрибутивних споразума. Поред општих одредаба уговорног права у Србији се на дистрибутивне споразуме могу применити и одредбе Закона о трговини (који помиње право продаје „ексклузивне“ робе) као и одредбе Закона о заштити конкуренције. Овај потоњи, као вертикалне споразуме, изричито наводи и споразуме о ексклузивној продаји или набавци, ексклузивној дистрибуцији, ексклузивном заступању, селективној дистрибуцији и ексклузивној додели клијената. Одредбе закона о конкуренцији утврђују допуштеност ових споразума са становишта права конкуренције, нарочито се то односи на питања изузећа по врстама (споразума). Садржина уговора о дистрибуцији, права и обавезе уговорних страна и остала важна уговорна питања нису директно и изричито регулисана ниједним од постојећих прописа; стога би ову област требало правно уредити користећи се аналогijом са неким именованим уговорима.³⁸ У пословима међународне дистрибуције закључују се уговори који се правно третирају као генерални уговори о продаји, ови уговори, сходно томе, морају бити у складу са одредбама прописа о спољнотрговинском пословању.

Када се ради о међународним пословима дистрибуције не постоји међународна конвенција која би унифицирала ову област али постоје и изузетно су значајни аутономни извори права који (у пракси) регулишу овај посао, то се, најпре односи на модел уговоре, опште услове пословања, стандардне, типске (адхезионе) уговоре. МТК је сачинила Модел уговора о искључивој дистрибуцији;³⁹ овај Модел уговор у потпуности одражава постојећу пословну праксу и као такав се препоручује привредним субјектима. Постојање модел уговора је изузетно значајно

суд је, у својим пресудама, стао на становиште да се наканда за увећану клијентелу може дати и код уговора; пресуде немачког Савезног суда видети код М. Париводић, *нав. дело*, стр. 40.

38 Опширније о томе М. Париводић, *нав. дело*, стр. 41.

39 ICC Model Distributorship Contract (Sole Importer Distributor) *ICC Publication n. 518*, Paris, 1993.

јер уговорним странама обезбеђује сигурност да ће, следећи овај модел, закључити уговор који садржински и формално најбоље одговара суштини овог посла. За међународне дистрибутивне послове релевантни су и позитивни прописи који се односе на спољнотрговинско пословање⁴⁰ (увоз, царински прописи, плаћање). Ови прописи уређују област дистрибуције на посредан начин уређујући примарно неко друго питање (плаћање, царине, итд.). У спољнотрговинским пословима дистрибуције потребно је наравно и познавање и поштовање и (локалних) прописа тржишта на којима ће се дистрибуција одвијати (прописи о квалитету и његовом утврђивању, стандарди, итд.).

У Европској унији област дистрибутивних споразума уређена је одредбама које се односе првенствено на право конкуренције. Дистрибутивни споразуми могу угрозити конкуренцију најпре присуством клаузула о искључивости али и тиме што овакви споразуми могу имати одлике рестриктивних (ограничавајућих) споразума или пак подпадати под одредбе о забрани доминантног положаја. Одредбе комунитарног права које се односе на рестриктивне споразуме садржане су у члану 81 Уговора о оснивању. Овај члан утврђује начелну ништавост оваквих споразума али и могућност изузећа оваквих споразума од строгих начелних одредаба, у одређеним случајевима. Одредбе о забрани доминантног положаја садржане су у чл. 82 Уговора о оснивању. Поред одредаба Уговора о оснивању, за уређење дистрибутивних споразума, као правни извор, значајне су и бројне уредбе Комисије и Савета којима се конкретизује примена (као и изузеци од примене) начелних правила конкуренције. У поступку изузећа споразума Комисија је доносила најпре појединачна (поступак нотификације) а касније и групна „блок изузећа“.⁴¹ Да би се могла доносити групна изузећа донето је низ општих⁴² и појединачних правила за одређене категорије споразума, како хоризонталних тако и вертикалних.⁴³

Када се ради о дистрибутивним споразумима, као врстама вертикалних споразума, комунитарно право је донело неколико уредаба о примени изузетака садржаних у чл. 81 (3) Уговора о оснивању, на ове категорије споразума. То су Уредба бр. 1983/83, која се односи на

40 Нарочито је то од значаја када се ради о земљама које имају посебне прописе који се односе на спољнотрговинске послове (царињење, плаћање, увоз-извоз).

41 Из практичних разлога Комисија није била у могућности да размотри сваки појединачан споразум (нити је то потребно). Увођењем групних изузећа за поједине категорије споразума споразум се сматрао изузетим од строгих правила када је садржао предвиђене елементе (клаузуле са „дозвољене листе“).

42 Уредба Савета бр. 19/65.

43 В. Иванка Спасић, Дистрибутивни споразуми у праву конкуренције ЕУ, *Сјрани правни живои*, 2007, бр. 3, стр. 12–14.

споразуме о ексклузивној дистрибуцији, Уредба бр. 1984/83, која се односи на споразуме о ексклузивној куповини и Уредба бр. 4087/88, која се односи на франшизинг. После неколико година примене ових уредби, 1999. је донета јединствена Уредба Савета бр. 1215/99, којом су прописана јединствена правила за све ове три врсте споразума. Овим уредбама посао ексклузивне дистрибуције је утврђен, као дозвољен, са становишта комунитарног права конкуренције.

Будући да се област права конкуренције веома брзо мења, 2003. год. је донета нова Уредба Савета 1/2003, којом је уведен систем директне примене комунитарних одредаба од стране националних судова, надлежних за послове конкуренције. У области вертикалних споразума (у које спадају и споразуми о дистрибуцији), дошло је до измена у погледу уређивања групних изузећа у том смислу што су појединачна правила за одређене (горе наведене) категорије вертикалних споразума замењена једним јединственим изузећем за све вертикалне споразуме.⁴⁴ Ово изузеће, које се односи на све споразуме за које се, са довољним степеном сигурности, може закључити да испуњавају услове садржане у чл. 81(3) Уговора о оснивању, садржано је у Уредби бр. 2790/99. Ова Уредба је дефинисала вертикалне споразуме као споразуме или договорну праксу два или више предузећа од којих свако послује на различитом нивоу производног или дистрибутивног ланца, при чему, споразум уређује услове под којима стране могу куповати, продавати или препродавати робу и услуге; ако такви споразуми садрже клаузуле којима се (у смислу чл. 81(1)) ограничава конкуренција, таква ограничења се означавају као вертикална ограничења. Уредба бр. 2790/99 се примењује на сву робу у свим фазама дистрибуције као и на услуге.

Ivanka SPASIĆ, PhD

Professor, Faculty of Law, University Business Academy, Novi Sad

DISTRIBUTION CONTRACTS

Summary

One of the most important questions of modern market trade is how to reach the consumers and sell them already existing product. Direct connection between the producer and the consumer is very rare in modern business prac-

⁴⁴ Ту спадају уговори о ексклузивној дистрибуцији, ексклузивној куповини, уговори о дистрибуцији моторних возила, као и уговори о франшизингу.

tice, especially when international sale is concerned. It is usual in business practice that, between the seller and the buyer, (very often) appears more business subjects. These business subjects make a special distributive channel, connecting the producers with consumers. Distribution of goods can be done in many different manners. According to this fact many different distribution contracts exist in practice (exclusive distribution, exclusive buying, selective distribution, agency, and franchising). If we exclude franchising, because it is a very special and very sophisticated technique of trading, most important of all distributive contract is the exclusive distribution. All distribution contracts are typical and unnamed.

This article analyses the specialties of distribution contracts, their types, essence, contents (rights and obligations of the parties), their legal nature, as well as the way of their regulation.

Key words: *exclusive distribution, selective distribution, general contract, individual contract, vertical agreements, competition law.*

др **Марко БУРЂЕВИЋ**
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

ТУМАЧЕЊЕ УГОВОРА ИСТРАЖИВАЊЕМ ЗАЈЕДНИЧКЕ НАМЕРЕ УГОВОРНИХ СТРАНА^{*}

Резиме

Истраживање заједничке намере уговорних страна је субјективни критеријум тумачења уговора. Аутор у раду анализира примену овог критеријума као прву фазу тумачења. У првом делу, праћи његово порекло и развој од римској до савременој права, пошом указује на засиуљеност у појединим странним правним системима и сриском праву и констаиује да је субјективно тумачење принцип који је усвојила оиромна већина права евројско-континенталној правној круа. У другом делу рада, исац одређује границе домашаја овог критеријума, а у трећем се бави средствима која суд користи приликом истраживања заједничке намере. У закључку је истакнуто да Закон о облиационим односима разликује две фазе у тумачењу уговора. У првој фази, суд уврђује смисао нејасне и двосмислене уговорне одредбе применом субјективног критеријума, а тек уколико ово тумачење не да резултат, суд примењује објективни критеријум. Аутор закључује да је субјективно тумачење главни, а објективно сусидијарни принцип тумачења.

Кључне речи: тумачење уговора, субјективни критеријум тумачења, објективни критеријум тумачења, средства тумачења.

^{*} Овај рад израђен је у оквиру факултетског пројекта „Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске уније“.

I Увод

Тумачење уговора пролази кроз две етапе. У првој етапи, тумач (суд или неко треће лице) истражује заједничку намеру уговорних страна. Ова фаза назива се субјективним тумачењем, због тога што тумач настоји да до смисла нејасне или двосмислене уговорне одредбе дође применом критеријума који је заснован на стварној вољи лица која су закључила уговор.¹ Ако у овој етапи буде пронађен прави смисао спорне одредбе, тумачење се окончава. Али, уколико резултат изостане, јер није могуће утврдити шта је била заједничка намера уговорних страна, тумач мора одредити смисао спорног уговорног углавка на основу неких уговору спољних елемената. То је друга етапа, која се назива објективним тумачењем. У њој суд користи критеријуме који садрже елементе независне од воље правних субјекта у конкретном случају.² Овакав редослед у тумачењу данас јесте прихваћен у великој већини правних система европско-континенталног правног круга и у енглеском праву.³

II Порекло и развој субјективног критеријума тумачења

1. Римско право

а) Прејкласични период

У формалистичким правима, какво је било римско у архаичном периоду свог развоја, проблем тумачења није постављан пред тумача у оном виду у коме се данас појављује. У преткласичном праву, да би једном акту воље била призната правна дејства било је неопходно да су биле испуњене детаљне и бројне формалности једног најчешће, богослужбеног обреда. Обред је био услов за правну важност акта и истовремено средство којим је потврђивано његово правно дејство. Правну обавезу су стварале формалности које су морале бити испуњене у току ритуала, покрети тела или руку или изговорене свечане речи без обзира шта је била њихова садржина. Форма је имала апсолутну превласт над садржином.⁴ Због тога нису ни постојале разлике међу уговорима,

1 Boris Stark, Henri Roland, Lauren Boyer, *Droit civil. Obligations. 2. Contrat et quasi – contrat. Régime general*, 2^e édition, Paris, 1986, стр. 55.

2 Eugene Gaudement, Henri Desbois, Jean Gaudement, *Théorie générale des obligations*, Paris, 1990 (réimpression de l'édition de 1937), стр. 307.

3 Упор. Christian von Bar, Eric Clive (gen. eds). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, Vol. I, Outline edition, Munich, 2009, стр. 556–559.

4 Jacques Flour, Jean-Luc Aubert, *Les obligations. 1. L'acte juridique*, 6^{ème} édition, Paris, 1994, стр. 299.

на пример између две размене или две продаје. У случају потребе за тумачењем они нису били интерпретирани тако што би се трагало за вољом уговорника у сваком конкретном случају, у једној односно другој размени (продаји), већ објективно, онако као што су тумачени законски акти. Пажња није поклањана намери уговорних страна, већ речима које су оне употребиле.⁵

Ипак, треба приметити да је постојала и другачија мисао, да *voluntas* треба да има превагу над *verba*. Она се појавила у моралној филозофији Цицерона. Њен утицај растао је упоредо са повећавањем значаја улоге *bona fides* у уговорима. Да би се тачно знало на шта се једно лице обавезало својом изјавом, по овој замисли требало је, ослањајући се на *fides* открити шта је истина, односно шта је била његова намера, независно од речи које су изговорене.⁶ Исто је требало да важи и за тумачење закона, које је морало бити према *voluntas* законодавца, а не везано за *verba* или *scripta*.⁷

б) Класично право

Цицеронове идеје продрле су у римско право класичног периода. Класични римски правници почели су се све више занимати за питања везана за тумачење уговора и улогу намере у том поступку, али њиховом решавању нису приступали систематично, већ од случаја до случаја. Водило су рачуна најпре, о природи акта, односно о томе да ли он има конститутивно дејство за настанак правне обавезе или је важио као доказ. У овом другом случају, формални акти су се додатно појмовно одвајали од осталих. Тако, ако је акт био формалан, поступак његовог тумачења морао је одговарати врсти обреда и режиму који је био одређен објективним правом. Насупрот томе, за консенсуалне уговоре, било је прихваћено да у њима, у случају нејасности и двосмислености, треба истраживати вољу уговорника. Утицај воље, који се испољавао у томе што се све чешће уговор тумачио *ultra verba*, понекад чак и *contra verba*, постајао је више присутан упоредо са снажењем *bona fides* у уговорима и потребом да се поведе рачуна и о околностима сваког појединачног случаја.⁸ Због тога, Цимерман оцењује да је најистакнутија и карактеристична особина овог периода била гибкост у приступу и одлучивању о питањима интерпретације.⁹

5 Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, стр. 623.

6 Marcus Tullius Cicero, *De officiis* (енглески предвод Walter Miller), Cambridge, London, 1913, I, 10; I, 13; I, 32. Извор наведен према: <http://www.perseus.tufts.edu/hopper>.

7 Вид. Marcus Tullius Cicero, *De inventione*. Наведено према: David Deroussin, *Historie du droit des obligations*, Paris, 2007, стр. 446.

8 Вид. D. Deroussin, *нав. дело*, стр. 453.

9 R. Zimmermann, *нав. дело*, стр. 627.

в) Посйкласично йраво

У посткласичном периоду римског права, субјективни метод је преовладао. То је лако уочљиво из Дигеста у којима је репродукован следећи Папинијанов исказ: „*In conventionibus contrahentium voluntatem potius quàm verba spectari placet.*“¹⁰ Сентенца је исказивала очигледну усмерност ка заједничкој вољи страна као примарном циљу тумачења.¹¹ У Јустинијановом кодексу, такође садржано је правило да треба истраживати вољу пре него речи које су коришћене.¹² Ипак, супрематију овог критеријума не би требало схватити тако да је објективно тумачење потпуно ишчезло из правног живота. На његову присутност указује Паулусов исказ који одређује границе тумачења: „*Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio.*“¹³

2. Средњевековно право

Принцип да уговор треба тумачити у складу са намером уговорних страна задржао се и у средњевековном праву. У неким правима, попут француског, трагању за заједничком намером био је придодат и допунски критеријум, који је примењиван у случају када заједничку намеру није било могуће утврдити. Тада је предност има смисао који је одређиван према намери оне стране која се могла узети као страна чија се воља сматрала одлучујућом. У прво време, владало је схватање да треба да претегне намера творца акта, то јест стране која је преузела иницијативу да до њега дође. Још од римског доба то је био стипулант, поверилац или код поклона, поклонодавац.¹⁴ Потом је то гледиште кориговано. Уместо интерпретације која је давала превагу намери стипуланата, поред истраживања намере уговорних страна, уведен је

10 „При тумачењу уговора треба више водити рачуна о ономе што су странке хтеле, него о речима којима су то изразиле.“ D. 50, 16, 219; превод Драгомир Стојчевић, Анте Ромац, *Dicta et regulae juris* (Латинска правна правила, изреке и дефиниције са преводом и објашњењима, 2 издање, 1971). Упор. Robert-Joseph Potiher, *Traité des obligations*, Paris, 2011 (прво издање 1821, библиотека Tomine et Frontic), стр. 43.

11 R.-J. Potiher, *нав. дело*, стр. 44.

12 „*In contractibus rei veritas potius quam scripta perspicere debet*“ *Codex Justinianus* – C. J. 4, 22, 1, упор. D. Deroussin, *нав. дело*, стр. 454. „Код уговора треба да је важније оно што су стране заиста закључиле, него оно што је написано“ (превод са латинског: Д. Стојчевић, А. Ромац).

13 Наведено према: R. Zimmermann, *нав. дело*, стр. 622 „Кад су речи јасне, не треба дискутовати о вољи (оставиоца).“ „Када су речи писане исправе јасне, не може се доказивати да је воља њеног састављача била другачија“ (превод са латинског: Д. Стојчевић, А. Ромац). D. 32, 25, 1.

14 Упор. Emmanuelle Chevreau, Yves Mause, Claire Bougle, *Historie du droit des obligations*, 2^e édition, Paris, 2011, стр. 164.

принцип да уговор треба тумачити у прилог дужнику. Он је изведен из становишта које је постојало много раније, по коме стипуланту, који је употребио нејасне речи, не може бити дозвољено да искоришћава њихову двосмисленост. На тај начин је касно средњовековно право, у освит доношења прве велике кодификације грађанског права, француског Грађанског законика, уз субјективни критеријум добило и један објективни и апстрактни критеријум тумачења.¹⁵

3. Упоредно право

Теорија аутономије воље промовисала је субјективно тумачење као основни принцип. Насупрот формализму преткласичног и доброг дела класичног римског права, по овој теорији сваки уговор је целина за себе и мора се посматрати одвојено од других, јер имају различиту садржину. Слобода уређивања садржине уговора је једна од компоненти слободе уговарања. Критеријум интерпретације уговора требало би да буде такав да може да осигура да слобода коју стране имају у уређењу његове садржине не буде нарушена. Чак и када њихова воља није изражена јасно и прецизно, па дође до спора, тај критеријум би требало да обезбеди да важе дејства уговора која су уговорници стварно хтели. С друге стране, пошто аутономија воље подразумева да се принцип да уговор обавезује као закон примењује на оно што су уговорне стране заиста желеле, тумачење мора бити ограничено на истраживање њихове унутрашње, стварне, психолошке, а не изјављене воље.¹⁶ Под снажним утицајем ове теорије субјективно тумачење је први међу модерним кодификацијама усвојио француски Грађански законик. У његовом основном правилу о тумачењу изражено је да се мора у споразумима истраживати која је била заједничка намера страна уговорница, уместо зауставити се на дословном значењу израза.¹⁷

За разлику од француског, немачко право тежи ка објективнијем приступу. Прва одлика такве оријентације је да је у центру пажње тумача изјављена, а не унутрашња воља. Циљ тумачења је одређивање објективног смисла изјаве која изражава постигнуту сагласност.¹⁸ Сагласношћу, која је настала тако што је једна страна прихватила по-

15 E. Chevreau, Y. Mausen, C. Bougle, *нав. дело*, стр. 165.

16 Gabriel Marty, Pierre Raynaud, *Droit civil. Les obligations*, Paris, 1962, стр. 198.

17 Упор. Code civil, art. 1156. Доступно на адреси: <http://www.legifrance.gouv.fr>. Правило је преузето, готово од речи до речи, у Италијанском грађанском законнику (упор. Il Codice civile, art. 1362; доступно на адреси: http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib4.htm) и Грчком грађанском законнику (упор. Code civil hellénique, art. 173, Éditions A. N. Sakoulas, 2^e édition, Athènes, 1981).

18 G. Marty, P. Raynaud, *нав. дело*, стр. 199.

нуду друге стране, утврђено је једно уговорно правило о понашању уговорника и том правилу тумач треба да одреди значење.¹⁹ Отуда се поступак утврђивања смисла и домаћаја нејасне или двосмислене уговорне одредбе квалификује као нормативно тумачење.²⁰ Да би дошли до правога смисла спорног углавком немачки судови не трагају за заједничком вољом уговорних страна. Становиште судова јесте да не треба истраживати ни значење које је својој изјави приписала страна која је изјавила намеру да уговор закључи, нити који смисао је њеној изјави придала страна којој је изјава била упућена. Битно је утврдити како би страна којој је предлог за закључење уговора упућен могла или морала разумети изјаву, имајући у виду околности сваког конкретног случаја, захтев за савесним и поштеним поступањем у правном промету и обичаје.²¹ Од тог принципа у тумачењу се одступа само када је страна којој је изјава упућена знала или морала знати шта је стварно желела страна која је изјавила вољу. У том случају, заједничка воља односи превагу над смислом који је изјави придао дестинатар.²²

III Субјективни критеријум тумачења уговора у српском праву

1. Правила тумачења према Скици за законик о облигацијама и уговорима

Српски грађански законик није садржао правила о тумачењу. На подручјима државе на којима је пре уједињења важио аустријски Грађански законик, његови принципи тумачења наставили су да се примењују у предратном праву и, као општа правна правила, у послератном праву. Њима је предвиђено: прво, да уговор треба тумачити испитивањем намере странака; и друго, да уколико није могуће установити заједничку намеру, уговор би требало интерпретирати онако како би разумно лице схватило изјаву воље друге стране, односно „како то схватању поштеног промета одговара“.²³ По општим правили-

19 Основна правила која одређују тумачење смештена су у §§ 157 и 133 немачког Грађанског законика. Упор. Bürgerliches Gesetzbuch, 49. Auflage 2001, Beck – Texte im dtv, München, 2001.

20 Michel Pédamon, *Le contrat en droit allemande*, 2^e édition, Paris, 2004, стр. 127.

21 M. Pédamon, *нав. дело*, стр. 128.

22 Упор. Henri, Leon, Jean Mazeaud, François Chabas, *Leçons de droit civil. Obligations, théorie générale*, 9^e édition par François Chabas, Paris, 1998, стр. 343.

23 Упор. Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, § 914; електронска адреса: <http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622>; српски пре-

ма аустријског Грађанског законика, утврђивање смисла уговора према схватању које произлази из поштеног промета изричито је предвиђено тек пошто се покаже да тумачење испитивањем заједничке воље није дало резултат.²⁴

Прво заокружено теоријско схватање о тумачењу и критеријумима тумачења уговора у српском праву изложио је професор Михаило Константиновић. Из Бележака са предавања које је држао студентима Правног факултета у Београду види се да се његово гледиште заснива на две идеје. Прва је да је полазна тачка тумачења утврђивање (правног) циља које су уговорне стране хтеле да постигну уговором. Одређивање циља уговора је плод заједничке намере уговорника и због тога, прво што судија треба да уради је да одреди заједничку намеру странака.²⁵ Друга идеја је да се приликом тумачења мора водити рачуна о начинима понашања и начинима изражавања у средини у којој се уговор закључује и извршава. Ову замисао образлаже то што уговор није само средство за постизање индивидуланих циљева, него и друштвена појава коју оквирују обичаји и навике средине која са уговором сачињава целину, јединствен контекст у чијем оквиру речи или изрази добијају нарочити смисао. Начини изражавања и начини понашања у тој средини могу помоћи да се уговор схвати „нарочито ако се не може постићи никакав резултат тумачења помоћу заједничке намере странака“.²⁶

Мисли професора Константиновића биле су нормативно уобличене у Скици за законик о облигацијама и уговорима, у предлогу решења правила о тумачењу уговора. Замисао да се до смисла уговорне одредбе долази утврђивањем заједничке намере уговорних страна изражена је у правилу које је гласило: „При тумачењу спорних одредби не треба се држати дословног значења употребљених израза, него истраживати заједничку намеру уговорника и одредбу тако разумети како се најбоље слаже са сврхом коју су уговорне стране имале у виду закључујући уговор.“²⁷ Она је даље разрађена у другом правилу, које следи, и уређује начин на који суд поступа када утврђује заједничку намеру уговорника: „Заједничка намера уговорника утврђује се према ономе што је једна

вод: „При тумачењу уговора не треба се држати дословног смисла израза, већ треба испитивати намеру странка и уговор тако разумети како то схватању поштенога саобраћаја одговара.“ Вид. *Аустријски Грађански законик*, (Драгољуб Аранђеловић, прев.), 2. издање, Београд, 1921.

24 С. von Bar, E. Clive, *нав. дело*, стр. 559.

25 Михаило Константиновић, *Облигационо право према белешкама са предавања*, Издање студената Правног факултета – Београд, 1957, стр. 65.

26 М. Константиновић, *нав. дело*, стр. 65.

27 Вид. Михаило Константиновић, *Облигације и уговори. Скица за законик о облигацијама и уговорима*, Београд, 1996, стр. 63 (чл. 77 ст. 2).

страна стварно изјавила и како је требало да друга страна ово разуме, према ономе што бива у поштену промету“.²⁸

Очигледно је да је опредељење аутора Скице било да постави правило о трагању за смислом изјављене, а не унутрашње воље. На тој тачки се овај критеријум тумачења разлика са критеријумом који је заступљен у француском праву и приближава оном који је усвојен у немачком праву. Такође, слично као у пракси немачких судова, овим критеријумом суд тежи да открије како је страна којој је упућена изјава могла или морала да разуме оно што је стварно изјавила друга страна, придржавајући се начела поштеног поступања у заснивању уговорног односа. Најзад, у Скици је био предложен објективни критеријум тумачења, изричито када уопште није могуће утврдити заједничку намеру уговорника. Према решењу професора Константиновића, тада треба истражити намеру коју би редовно имала разумна лица истог својства када би била у истој ситуацији.²⁹ Реч је дакле, о трагању не за стварном него претпостављеном намером, о једном објективном приступу. Наиме, у случају неуспеха субјективног тумачења, када констатује да утврђивање заједничке намере није могуће, суд треба да спроведе тумачење независно од стварне намере уговорних страна и дође до закључка о томе како би у датим околностима изјаву схватило разумно лице истих својстава као страна којој је изјава упућена.³⁰

Из увида у правила које је предложила Скица за законик о облигацијама и уговорима може се закључити да она јасно распознају две фазе. Суд треба да тумачи уговор најпре, субјективно, тако што ће настојати да утврди стварну заједничку намеру уговорних страна. У том смислу, проблем тумачења се пред судом поставља као чињенично питање.³¹ Тек потом, и само уколико утврђивање заједничке намере није могуће, суд приступа објективном тумачењу, примењујући законом прописани критеријум. Овај критеријум не упућује суд да у одсуству заједничке намере истражује шта је била намера ове или оне стране у уговору у конкретном случају. Он га управља ка примени

28 М. Константиновић, *Облигације и уговори. Скица за законик о облигацијама и уговорима*, стр. 63 (чл. 78 ст. 1).

29 М. Константиновић, *Облигације и уговори. Скица за законик о облигацијама и уговорима*, стр. 63 (чл. 78 ст. 2).

30 Објективни метод тумачења био је у Скици формулисан врло слично као принцип тумачења у Бечкој конвенцији о међународној продаји робе. Упор. Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о међународној продаји робе, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 10–1/84, чл. 8.

31 Упор. Весна Ракић–Водинелић, „Тумачење уговора – чињенично или правно питање“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 6/1984, стр. 862; Боривоје Познић, *Коментар Закона о парничном поступку (Према тексту Закона из 1976 са доцнијим изменама и дојунама)*, Београд, 2009, стр. 965–970.

једног апстрактног критеријума, намере коју би у датим околностима редовно имало разумно лице које има иста својства. Због тога, у овој етапи проблем тумачења се испољава као питање примене права.³² Објективно тумачење постављено је у Скици као супсидијарни у односу на субјективно као главни принцип. Наравно, оно може да изостане, уколико се већ на основу примене главног начела тумачења може одредити смисао.

2. Правила тумачења према Закону о облигационим односима

У одлукама судова пре доношења ЗОО може се запазити неколико карактеристичних црта које обележавају њихово становиште. Прво, судови су у недостатку правила српског Грађанског законика, као општа правна правила у овој материји примењивали принципе тумачења из аустријског Грађанског законика. Потврду да је такво било опредељење судова налазимо у ставу из образложења одлуке Савезног Врховног суда у коме стоји: „Код тумачења уговора, тј. код утврђивања и оцене околности које су за ово тумачење важне, суд се мора руководити правилима материјалног права и да се не ограничава само на објашњавање речи или израза у уговору, него да испитује намеру странака и да уговор мора разумети онако како то одговара поштењу у правном саобраћају.“³³ Друга црта овог становишта била је да је објективни критеријум имао значајан утицај на одлуке судова.³⁴ Они су се понекад само формално позивали на субјективни принцип, а у суштини су прелазили преко њега. Његово треће карактеристично обележје је да су примену објективног критеријума судови схватили као средство које омогућава да се обезбеди поштовање друштвених циљева у приватноправним односима. Оно би се могло објаснити тиме што је одражавало мишљење да у регулисању односа који настају из уговора индивидуална воља мора бити покорна друштвеним интересима и да тај критеријум треба да послужи ограничавању слободе воље уговорних страна.³⁵

ЗОО није у целини преузео правила о тумачењу из Скице. Уместо заокруженог система, Закон је тек делимично прихватио решења из свог неслужбеног нацрта и то само онај део у коме је субјективни метод

32 Pierre Tercier, Karine Devaud, *Le droit des obligations*, 4^e édition, Paris, 2009, стр. 203.

33 Пресуда Савезног Врховног суда Рев. 887/62 од 26. јуна 1962. године. Наведено према: Милован Дедијер, „Тумачење уговора“, у: *Уговорно и одишјеино право по Закону о облигационим односима (Зборник радова)*, 1979, стр. 206. Упор. Решење Савезног Врховног суда Рев. 355/60 од 25. августа 1960. године (одломак из образложења одлуке наведен према М. Дедијер, *нав. чланак*, стр. 206).

34 М. Дедијер, *нав. чланак*, стр. 205.

35 М. Дедијер, *нав. чланак*, стр. 205.

постављен као принцип тумачења. При том је користио исту формулацију коју је садржала Скица.³⁶ На другој страни, усвојио је једну проширену варијанту објективног критеријума који су, по узору на општа правила о тумачењу из аустријског Грађанског законика, примењивали судови до његовог доношења. Наиме, уместо ка разумевању уговорне одредбе „како то схватању поштеног промета одговара“, израза који користи аустријски предложак, ЗОО упућује да спорну одредбу треба „тако разумети како то одговара начелима облигационог права“. О начину на који би требало утврђивати заједничку намеру Закон не говори, нити се из његовог текста може извести поуздан закључак о односу субјективног и објективног тумачења.

О том последњем питању постоје три различита мишљења у теорији. Према првом, Закон познаје један критеријум тумачења састављен из елемената и субјективног и објективног карактера. Елементи објективног карактера су „општа начела облигационог права“ у складу са којим треба, приликом тумачења, разумети спорну одредбу уговора. Ова начела оцртавају границу, сачињену од јавног поретка и добрих обичаја, одређених правних или моралних правила, према којима је потребно испитивати заједничку вољу страна и циљ уговора.³⁷ Према другом мишљењу, правила облигационог права предвиђају два критеријума, поред субјективног, заједничке намере, и објективни, који није заснован на правој, него на хипотетичкој вољи. Хипотетичку вољу суд открива када утврди како би изјаву требало или морало разумети разумно и коректно треће лице у датим околностима.³⁸ Најзад, по трећем мишљењу, критеријум тумачења према Закону о облигационим односима је двоструко објективизиран, јер примена законских начела облигационог права даје објективни ослонац истраживању заједничке намере уговарача.³⁹

Несагласности у правној теорији које су последица недоречености ЗОО о односу између два метода тумачења и елементима из којих је сачињен објективни критеријум отклонила је донекле пракса судова. У једној одлуци бившег Вишег трговинског суда јасно је дефинисан однос субјективног и објективног критеријума као однос главног и супсидијарног принципа.⁴⁰ У истој одлуци суд је потврдио раније прихваћено схватање

36 Упор: ЗОО, чл. 99. ст. 2.

37 Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1986, стр. 371.

38 Јаков Радишић, *Облигационо право*, Београд, 1993, стр. 113.

39 Оливер Антић, *Облигационо право*, 3. издање, Београд, 2009, стр. 357.

40 Упор. „Иако се од заједничке воље полази као од примарног критеријума тумачења, заједничка воља странака не може бити апсолутни критеријум тумачења уговора. У случају да се дође при тумачењу до две солуције на основу заједничке воље странака, узмеће се оно тумачење као адекватније које је у складу са друштвеним интересима израженим кроз начела облигационог права“. Вид. Решење Вишег трговинског суда, Пж. 6301/05 од 28. новембра 2005. године, наведено према: Драгослав

да је истраживање заједничке намере откривање стварно изјављење, а не унутрашње воље. Међутим, начин објективног тумачења појмљен је другачије него у већем делу правне теорије и предлогу учињеном у Скици за законик о облигацијама и уговорима. Наиме, принцип поверења, који се налази у основи правила о тумачењу,⁴¹ природно подразумева да се изјава воље једне стране разуме и схвати из угла њеног дестинатара, у моменту пријема, као поштеног и разумног човека.⁴² Суд је ипак, у овој пресуди парадоксално узео да је релевантни смисао онај који је својој изјави приписала страна која је вољу изјавила.

3. Правила тумачења према Преднацрту грађанског законика

Комисија за израду грађанског законика, увиђајући недостатке у основном правилу о тумачењу из чл. 99 ЗОО, предложила је његове корените измене. У Преднацрту друге књиге грађанског законика која уређује облигационе односе објављеном 2009. године ова комисија је понудила две варијанте решења које би могло да замени постојећи став 2 члана 99 ЗОО, а једна од њих је преузета из Скице за законик о облигацијама и уговорима.⁴³ Осим тога, према предложеној концепцији, основном правилу о тумачењу из ЗОО требало би да буду придодата још два нова. Прво уређује начин истраживања заједничке намере⁴⁴ и, уколико се заједничка намера не може утврдити, примену објективног критеријума тумачења.⁴⁵ Друго регулише средства тумачења, то јест „околности од значаја за тумачење уговора“.⁴⁶ Требало би запазити да је решење које је понуђено за прво правило комбинација решења из пројекта професора Константиновића и неких пројеката униформних европских правила облигационог права.⁴⁷

IV Домашај истраживања заједничке намере уговорних страна у тумачењу уговора

Уговор је резултат слободно постигнуте сагласности изјављених воља. Због тога, према ЗОО, тумачење се мора обавити тако да буде

Вељковић, *Облигациони односи кроз њравне сџавове, закључке и судску њраксу највиших судова*, Београд, 2009, стр. 132.

41 J. Радишић, *нав. дело*, стр.113.

42 Упор. Pierre Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, Berne, 1997, стр. 239.

43 Вид. *Преднацрт њрађанској законика*. *Облигациони односи*, стр. 43 (чл. 109).

44 Вид. *Преднацрт њрађанској законика*. *Облигациони односи*, стр. 44 (чл. 110 ст. 1).

45 Вид. *Преднацрт њрађанској законика*. *Облигациони односи*, стр. 44 (чл. 110 ст. 2).

46 Вид. *Преднацрт њрађанској законика*. *Облигациони односи*, стр. 44 (чл. 111).

47 Упор. C. von Bar, E. Clive, *нав. дело*, стр. 553 (II–8:101).

утврђено шта је била заједничка намера странака. То значи да судови не би могли тумачити уговор ослањајући се на изјаву воље само једне стране. Заједничка намера означава сагласност изјављених воља која је неопходан услов за настанак уговора.⁴⁸ Таква сагласност постоји када су њоме обухваћени објективно битни елементи уговора, који су потребни да би постојао уговор одређене врсте.⁴⁹ Мада Закон изричито не напомиње, суд мора тежити ка откривању изјављене, а не унутрашње воље. То становиште заузето је у судској пракси.

Да би открио заједничку намеру суд би требало прво да изврши анализу усменог споразума који су уговорници постигли или, ако се ради о уговору који је састављен у писменом облику, текст око кога су се они сложили. Међутим, најчешће овај посао неће бити довољан да би се дошло до смисла неке уговорне одредбе, због тога што су се стране изразиле невешто, нејасно, двосмислено или погрешно. Трагање за смислом онда мора бити настављено. То је дужност суда предвиђена у првом делу правила из члана 99, став 2 у коме стоји да се „при тумачењу спорних одредаба не треба држати дословног значења употребљених израза“.

У принципу, заједничка намера уговорних страна мора се оцењивати на дан закључења уговора.⁵⁰ Ипак, да би је утврдио, суд може узети у обзир и елементе који су се појавили после закључења уговора (на пример, понашање уговорних страна током извршења уговора). Такав приступ је могућ, иако у ЗОО није посебно истакнут. Наиме, да би утврдио превару или заблуду у моменту закључења уговора, суд може да се ослони и на чињенице које су се појавиле после закључења. Имајући то у виду, суду би и у погледу истраживања намере страна у моменту постизања сагласности воља, требало да буде допштено да утврђује чињенице које су се појавиле после тог момента. Подразумева се да би ради остварења циља тумачења могао да узме у обзир и раније понашање уговорника.⁵¹

Заједничка намера потребна је да би уговор настао и производио дејства. Она је неопходна само ако се односи на битне елементе уговора. Када се ради о споредним тачкама уговор ће постојати и ако о њима нема сагласности, то јест ако не постоји заједничка намера. Одсуство сагласности о њима не спречава настанак уговора.⁵² Упркос одсуству

48 Миодраг Орлић, *Закључење уговора*, Београд, 1993, стр. 315.

49 М. Орлић, *нав. дело*, стр. 261.

50 Jacques Ghestin, Christophe Jamin, Marc Billiau, *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin. Les effets du contrat*, Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, 2^e édition, Paris, 1994, стр. 40

51 G. Marty, P. Raynaud, *нав. дело*, стр. 198

52 М. Орлић, *нав. дело*, стр. 263.

заједничке намере о секундарним тачкама, уговор обавезује уговорне стране. С обзиром на то да је за његов настанак довољна сагласност о битним елементима, а да заједничка намера не мора постојати када се ради о споредним тачкама, поставља се питање како треба уговор да буде тумачен када о споредним тачкама нема заједничке намере. У том случају о некој секундарној тачки постоји празнина, због чега би се у одговору на ово питање морало размотрити да ли је ту реч о примени института употпуњавања уговора⁵³ или о допуњујућем тумачењу.⁵⁴

V Средства тумачења

ЗОО није одредио која средства стоје суду на располагању да би утврдио заједничку намеру уговорних страна. Уосталом, она нису одређена ни у другим грађанским законима у упоредном праву. Ретке примере у којима су средства субјективног тумачења уређена представљају Предлог заједничког референтног оквира, пројекат будућег европског грађанског законика објављен 2009. године под насловом „Принципи дефиниције и модел правила европског приватног права“ и Преднацрт друге књиге грађанског законика Републике Србије из исте године. Ипак, у науци и упоредној судској пракси ова средства су дефинисана на мање више јединствен начин. Она би се могла поделити на примарана и допунска.

1. Примарна средства

Под условом да је воља за закључење уговора изјављена непосредно или посредно, али не и ћутањем, примарно средство тумачења јесу употребљени изрази и поступци. Историјски посматано још од посткласичног римског права, намера лица која су закључила уговор идентификована је посредством слова уговора. Речи су до данас остале најчешћи, мада не и једини начин да се воља појединца, унутрашња појава, изрази и учини доступном другима. Будући да правни субјекти самостално и слободно бирају речи којима ће се изразити, претпоставља се да оне верно одражавају њихову стварну намеру. Речи су прва индиција воље,⁵⁵ први знак на основу којег се може просуђивати о томе шта су уговорне страна стварно изјавиле.

53 Вид. ЗОО, чл. 32, ст. 2. О употпуњавању уговора споредним тачкама, вид. М. Орлић, *нав. дело*, стр. 267–268; Р. Tercier, К. Devaud, *нав. дело*, стр. 204; Р. Engel, *нав. дело*, стр. 243–244.

54 О допуњујућем тумачењу вид. Ј. Радишић, *нав. дело*, стр. 115.

55 Р. Engel, *нав. дело*, стр. 6.

Изрази могу имати уобичајени (редовни) смисао и нарочити смисао.⁵⁶ У принципу, приликом тумачења се узима у обзир уобичајени смисао који један израз има у свакодневном говору, у народном језику. Али, ако су стране употребиле један израз којем обе придају исти посебан смисао, онда тај смисао има предност над уобичајеним. Слично је када је један израз употребљен у техничком смислу у формуларном уговору односно у општим условима пословања који служи као модел за закључење уговора између лица које припадају одређеном кругу⁵⁷ (на пример, стручњака у некој области који су чланови неког удружења или коморе, итд.). У том случају технички смисао би требало да има предност над уобичајеним. Обрнуто, ако један уговорник не припада кругу лица која користе исте опште услове пословања, предност би имао уобичајени смисао.⁵⁸ Ако је смисао неког израза одређен у закону (нпр. „текућа цена“ у ЗОО, чл. 464) онда тумач узима у обзир „законски“ смисао. Најзад, уговорне стране, могу саме, својим споразумом, унапред прецизирати смисао појединих израза посредством одредаба око којих су се договориле да ће их се придржавати у тумачењу. Постоји више врста таквих одредаба.⁵⁹ Уколико су стране одредиле смисао који приписују једном изразу онда тај „уговорени“ смисао има предност.⁶⁰

2. Допунска средства

Допунска средства тумачења не доприносе тумачењу директно, него посредно. То су елементи који на основу околности које су окруживале уговор у моменту закључења омогућавају суду да прецизира заједничку намеру уговорних страна. Тај појам произлази из наслова („Околности од значаја за тумачење“) и садржине текста одговарајућег правила предложеног у члану 111 Преднацрта друге књиге грађанског законика Републике Србије. У њему су набројани: претходни преговори, понашање уговорних страна и после закључења уговора, међусобно успостављена добра пословна пракса између сауговорача, природа и општа сврха уговора.

56 Вид. М. Константиновић, *Облигационо право према белешкама са предавања*, стр. 65.

57 Преднацрт грађанског законика техничке изразе наводи међу околностима од значаја за тумачење уговора, под називом „изрази у одговарајућој пословној делатности“. Вид. *Преднацрт грађанског законика. Облигациони односи*, стр. 44 (чл. 111).

58 Bénédicte Winiger, у: Luc Thévenoz, Franz Werro (ed.), *Code des obligations I, Comenative*, Genève, 2003, стр. 86.

59 Beatrice Fauvarque-Cosson, „L' interpretation du contrat: observations comparative“, *Revue des contrats*, бр. 2007/2, стр. 481; Muriel Fabre-Magnan, *Droit des obligations. I – Contrat et engagement unilateral*, PUF, Paris, 2008, 483.

60 Bertrand Fages, *Droit des obligations*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 3^e édition, Paris, 2008, стр. 251.

Под *ирейходним ирејоворима* треба подразумевати изјаве, предлоге, противпредлоге, нацрте уговора које су уговорне стране у фази припремања закључења уговора размењивале и сву њихову међусобну кореспонденцију који могу да пруже суду податке о њиховим намерама. У исту категорију спадало би *јонашања ујоворника у време закључења ујовора*. Она могу такође, указати на одређену вољу.

Исто би требало да важи и за *јонашање ујоворних стјрана јосле закључења ујовора*. Наиме, понашања страна после закључења која се узајамно приближавају могу бити знак да између њих постоји сагласност. Обрнуто, уколико се њихови поступци у периоду настанка уговора и после тога разилазе, она пружају основ за просуђивање да сагласности нема. Промене у понашању које се десе после закључења могу указивати на то да је код страна постојала намера да измене уговор.

Добра јословна јракса у трговини и другим делатностима такође може пружити суду индиције за тумачење. За трговце важи претпоставка да се редовно понашају у складу са добром пословном праксом. То се односи и на субјекте у другим делатностима, а нарочито у онима у којима је извршена кодификација принципа и норми понашања, као на пример, у банкарству.⁶¹ Претпоставка би требало да важи само ако су обе уговорне стране субјекти који обављају исту делатност. Поред пословне праксе, допунско средство тумачења могу бити и *обичаји*, посебно обичаји у трговини, мада их Преднацрт грађанског законика није поменуо међу околностима које су од значаја за тумачење уговора. Ипак, они су прихваћени у упоредној судској пракси. С обзиром да је ЗОО упутио суд да приликом употпуњавања уговора споредним тачкама, осим преговора и утврђене пословне праксе између уговорника, води рачуна о обичајима, могућност њиховог коришћења ради утврђивања заједничке намере постоји.⁶² Нарочито значајне за интерпретацију спорних израза могу бити узансе. У некима од њих одређен је смисао појединих израза који се користе у уговорима у привреди (на пример, изрази „франко“, „из“, „са“, „ех“, „аб“ из узансе 100 Општих узанси за промет робом итд.). Када је смисао одређен обичајем односно узансом, онда тај смисао има предност.

„Природа и ойишта сврха ујовора“, које је напоменуо Преднацрт грађанског законика су средство телеолошког тумачења уговора. Од њега треба разликовати *„сврху уговора“*. Сврха уговора упућује на циљ који стране хоће директно да остваре уговором (на пример, куповина тачно одређене ствари, закупуљивање просторија за одређену намену,

61 Вид. *Кодекс јпрофесионалној банкарској јонашања*, Удружења банака Србије од фебруара 2007. год. Доступно на адреси: <http://www.ubs.asb.com>.

62 У погледу примене локалних, месних обичаја, вид. М. Константиновић, *Облиационо јправо јрема белешкама са јредавања*, стр. 65.

добијање лиценце, итд.). Она је непосредни правни циљ,⁶³ према којем би, по предлогу основног правила о тумачењу учињеном у Скици за законик о облигацијама и уговорима и поновљеном у чл. 109 ст. 2 (*I варијанта*) Преднацрта грађанског законика, суд требало да разуме спорну уговорну одредбу, да би исправно утврдио заједничку намеру уговорника. У оба предлога сврха уговора је међутим, постављена као примарно средство тумачења. То значи да његовом применом суд може доћи до сазнања која му омогућавају да прецизира, допуни, чак и исправи буквални смисао израза који су употребљени.

Појмови природа и општа сврха подразумевају да суд приликом тумачења води рачуна о врсти уговора и циљу уговора те врсте. На пример, једно лице је са другим закључило уговор на основу кога му је пренело право својине на свом стану, а друго лице се обавезало да му до краја његовог живота периодично исплаћује одређени новчани износ. Након тога, лице А тражи од лица Б да му у свом домаћинству обезбеди становање, исхрану и брине о њему. Уговор међутим, не може бити тумачен тако да обухвата и издржавање (становање, исхрану, бригу, итд.), јер природа уговора упућује да је конкретном случају реч о доживотној ренти.

VI Закључак

У тумачењу уговора примењују се два критеријума: субјективни и објективни. Субјективни критеријум, утврђивање заједничке намере уговорних страна, био је у српском праву прихваћен још пре доношења Закона о облигационим односима. Скица за законик о облигацијама и уговорима јасно га је раздвојила од другог, објективног критеријума, утврђивања смисла према претпостављеној намери разумних лица истог својства у датој ситуацији, и успоставила редослед: објективни критеријум суд примењује када коришћење субјективног није могуће. У Закону о облигационим односима та дистинкција није очигледна. Ипак, наглашена је у одлукама судова. Нејасност постојећег законског текста отклоњена је у предлогу правила о тумачењу у Преднацрту грађанског законика Републике Србије, враћањем на решења из Скице. У овом предлогу, истраживање заједничке намере постављено је као главни принцип, а истраживање намере коју би редовно имала разумна лица истог својства у датим околностима, као супсидијарни принцип тумачења уговора.

63 М. Константиновић, *Облигационо право према белешкама са предавања*, стр. 65.

Marko ĐURĐEVIĆ, PhD

Associate Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

INTERPRETATION OF A CONTRACT BY THE RESEARCH OF MUTUAL INTENTION OF PARTIES

Summary

The research of mutual intention of parties is a subjective criterion in a contract interpretation. In this paper, the author analyses the application of that criterion as the first stage of the interpretation. In the first part, he monitors the origin and the development from the Roman law until the current law, then he points at the representation in individual foreign legal systems and Serbian law and he ascertains that the subjective interpretation is a principle which was adopted by a large majority of laws in European – continental legal circle. In the second part of the paper, the writer sets the limits of the scope of this criterion and in the third part, he deals with the means which are used by court in the research of mutual intention. It is emphasized in the conclusion that there are two different stages in the interpretation of a contract in Law about contractual relations. In the first stage, court establishes the meaning of a vague and ambiguous contracting provision by the application of a subjective criterion and only if this interpretation does not give any result, court applies an objective criterion. The author concludes that a subjective interpretation is the main principle of interpretation and the objective interpretation is a subsidiary one.

Key words: *contract interpretation, subjective criterion of interpretation, objective criterion of interpretation, means of interpretation.*

др Тамара МИЛЕНКОВИЋ-КЕРКОВИЋ
ванредни професор Економског факултета Универзитета у Нишу

Жељко АТАНАСКОВИЋ, М.А.
менадер огранка „ПРВИ ФАКТОР“, Ниш

УГОВОР О ФАКТОРИНГУ У СРБИЈИ – ЗБОГ ЧЕГА ЈЕ ПОТРЕБНО РЕГУЛИСАТИ ФАКТОРИНГ?

Резиме

Факторинг је савремени финансијски инструмент настао у правном окружењу *common law*-а и данас је веома прихваћено средство финансирања, најлакше, обезбеђења најлакше и преноса приказивања. Као инструмент облигационог и банкарског права, неименован је у већини националних законодавстава, а у себи садржи елементе бројних трансакција попут цесије приказивања, исплате са суброацијом, есконтна меница, индосирања фактура, и др. У домаћој пракси карактеристичан је по све већој присутности и значају који има за привредне субјекте у Републици Србији, међутим, као и у већини савремених законодавстава, није адекватно правно регулисан законом или било којим подзаконским актом. Непостојање ефикасне правне регулативе не оштравава, али ипак у значајној мери отежава, развој услуге на домаћем тржишту, па се из тог разлога још од 2005. године у стручним круговима заговара доношење закона који би обласи факторинга у целости и адекватно решио. Испрживање се бави анализом постојеће правне регулативе, као и потребе доношења и солуција најновије Нацрта Закона о факторингу из 2013. године.

Кључне речи: факторинг, цесија, приказивања, Нацрт закона.

I Увод

Уговор о факторингу је правни трансплант који је због својих предности а упркос сложеној правној природи и техници закључивања посла, из земље свога порекла, САД, своју експанзију у земљама *civil law*-а доживео након седамдесетих година века који је за нама. Настао је у *common law* правном систему као посао откупа права потраживања уз дисконтовану откупну цену, након чега је створена и друга уговорно-правна солуција кроз технику преузимања потраживања које је било обезбеђење авансиране исплате клијенту. У првом случају, након закључења уговора о факторингу долазило је до тренутног преноса власништва на потраживању (*out-right-sale of receivables*) са клијента на фактора, па је износ финансирања клијента, у износу од 100% од вредности потраживања умањеног за провизију и трошкове фактора, представљао исплату дисконтоване цене потраживања. У другом случају, се авансирана уплата, од стране фактора клијенту, у износу од 80% од вредности потраживања, обезбеђивала преносом потраживања које је служило као гаранција за уплаћени аванс, а фактор је у оба случаја преузимао ризик наплате. Факторинг се у САД на основу специфичног стварно-правног третмана преузимања потраживања (*transfer of receivables in rem approach*) развијао као посао у коме је читав ризик преузимао фактор, без права регреса према клијенту (*non-recourse factoring*).¹

Међутим, са ширењем факторинга у Европу дуалитет уговорно-правне и стварно-правне структуре факторинг посла, пред пословну праксу земаља *civil law*-а поставио је бројна и сложена правна и практична питања. Најтеже од свих било је како, услед немогућности ефективног уговора о продаји потраживања (услед непостојања *modusa* који би за потраживања као бестелесне ствари био адекватан) омогућити ефикасну правну заштиту и приоритет у наплати фактора. Уговор о уступању потраживања (цесији – *assignment of receivables*) је у већини европских земаља, уз сва своја ограничења у техници факторинг посла, коришћен као *iustus titulus* факторинг посла. Међутим, *modus acquirendi* је даље недостајао за ефективан пренос потраживања на новог пријемника у лику фактора. Потраживање, по својој природи, представља облигационо право па стога уговорни пренос потраживања не може да произведе *per se* стварно-правне ефекте. Стога се пословна пракса у националним законодавствима *civil law* земаља, веома различито опходила према овом правном проблему. То је и био разлог да је цесији потраживања, као правном основу факторинга, додаван и неки

1 О настанку и специфичном својинско-правном режиму факторинга видети J. Dalhuisen, *Dalhuisen on International Commercial, Financial and Trade Law*, Oxford, 2004, стр. 885–906.

други елемент али увек инструмент који би својим стварно-правним капацитетима омогућио приоритет у наплати и заштиту фактора као новог повериоца. Управо су ови проблеми у пословној пракси европских земаља довели до развоја својеврсног факторинга, који се разликовао од тзв. старинског факторинга (*full-line factoring*) у коме је читав ризик, у виду гаранције, преузимао фактор, и где је читава трансакција почивала на тројству услуга финансирања, наплате и обезбеђења наплате. У Европи се и развио факторинг са правом регреса (*recourse factoring*) у коме је одговорност за наплату у крајњој линији сносио уступилац потраживања – клијент.

Факторинг се у Србији развија од 2007. год. и данас више од 14 банака и факторинг кућа веома успешно послује, користећи при томе најчешће меницу и њене стварно-правне капацитете ефикасности наплате и заштите повериоца.

Значај факторинг тржишта Србије препознало је и међународно удружење за факторинг – *International Factoring Group (IFG)* које је 10. априла ове године у Београду одржало Прву Конференцију факторинга за Југоисточну Европу на којој је значајан део посвећен потреби правног регулисања овог сложеног посла, како у Србији тако и у другим земљама *civil law*-а.²

У раду се полази од става да је дуалитет правне природе факторинг посла, изражен у облигационо-правној природи његовог основног предмета – а то је потраживање, заједно са потребом његове стварно-правне заштите основни разлог за изражену потребу нове факторинг регулативе.

II Порекло и правна природа факторинга као уговора нове *lex mercatoria*

Факторинг (енгл. *factoring*) представља посебну финансијску технику есконтног карактера, која се заснива на облигационом уговору између *повериоца* (извозника, клијента – *the supplier*) и *фактора* (банка или друга специјализована финансијска институција – факторинг компанија) при чему је суштина овог посла *пренос недосјелих пошраживања* (*assignment of receivables*) и преношење ризика наплате са клијента на фактора. Овај производ англоамеричке трговачке праксе је свој почетак имао у развоју текстилне индустрије крајем 19. века у САД. Како су ти првобитни агенти, услед царинских ограничења за увоз робе из Енглеске, изгубили могућност да зарађују на увозу робе,

2 International Factoring Group Sub-Regional Conference on Factoring in SEE, 10th April, 2013, Serbia.

ови су трговачки посредници почели да финансирају и кредитирају домаће, америчке произвођаче текстила, како би омогућили да се делатност продаје текстилне робе, коју су добро познавали, одвија и даље. Произвођачи су, ради своје сигурности од агената све више захтевали гаранцију наплате, и то кроз давање предумја (аванса). Временом су агенти уместо посредовања у продаји, све више прелазили на финансирање производње, па су тзв. фактори, уместо да дају предумјам, почели да откупљују потраживања свог клијента (будућа и постојећа) по нижој цени. Тако је из уговора о комисиону, који је најчешће био у форми *del credere* комисиона, уношењем кредитних елемената, настао нови посао – уговор о факторингу, који је временом, поред наплате и обезбеђења потраживања, почео да добија и услужну функцију.³

Ова се техника наплате, кредитирања и обезбеђења плаћања веома брзо проширила, како на остале земље *common law* правног система (Велике Британије, САД, Канаде, Аустралије и др.) тако и на земље чији се правни састав базира на грађанском праву (*civil law – ius civile*) попут Француске, Немачке, Италије и других европских земаља, али и на земље ван европског континента, чији се правни систем темељи на постулатима система европског грађанског права, попут Јапана, Турске,⁴ и др.

Правни посао факторинга представља уговорни однос чији је предмет специфично краткорочно финансирање или преузимање права на наплату потраживања која доспевају у будућности са максималним роком доспећа од 180 дана. Поред тога, овај финансијски инструмент има и специфичну кредитну функцију јер представља значајну технику финансирања привредних субјеката, па се све више јавља као алтернатива кредитним пословима.⁵ Клијент – поверилац из основног посла уступа фактору право наплате потраживања, која има према трећим лицима, и тиме се одриче свих права према својим дужницима, али задржава обавезу да гарантује за постојање (веритет) потраживања.

Стереотипно схватање о факторингу као о методу наплате потраживања, далеко комплекснијим чине његове бројне функције. Поред

3 F. R. Salinger, *Factoring: The Law and Practice of Invoice Finance*, 3rd ed., London, 1999; R. Goode, „Some Aspects of Factoring Law“, *Journal of Business Lawyer*, No. 240, 1982, стр. 73–92; Т. Миленковић-Керковић, Л. Спиновић-Јовановић, *Облијације и уговори њрговинској љрава*, Економски факултет, Ниш, 2013, стр. 316–330; И. Спасић, „Продаја недоспелих потраживања као један од могућих облика финансирања у привреди“, *Право и љрвреда*, бр. 7–10/2010, стр. 87–88.

4 Видети извештај Istanbul International Rating Services Inc, *The Turkish Factoring Industry*, Istanbul, 2012.

5 Р. Ковачевић, „Значај и улога факторинга као инструмента финансирања извоза – искуства нових чланица Европске Уније“, *Економски Анали*, бр. 165, април 2005 – јун 2005, стр. 81–104.

карактера кредитног посла, факторинг у себи садржи четири основне функције, и то: финансирање клијената, вођење књиговодства („*outsourcing*“ функција факторинга), осигурање најлакше (што представља *del credere* функцију факторинга јер ризик наплате преузима фактор) као саму најлакшу њихову обраду. И најзначајнији међународни извор права који регулише овај посао – Конвенција UNIDROIT о међународном факторингу (Отава, 28. мај 1988. год.)⁶ дефинишући уговор о факторингу указује да се ради о преносу потраживања из закљученог базичног уговора о продаји између клијента и његовог дужника, код кога фактор обавља најмање две од следећих функција: 1. финансирање клијената кроз кредитирање или авансну исплату пренетог потраживања, 2. вођење књиговодства које се односи на потраживање, 3. наплату потраживања, и 4. обезбеђење клијената од ризика неисплате потраживања. Пословна пракса, а поготову инострана, указује да фактори обављају и друге услуге за рачун клијента, које се односе на пренето потраживање, попут анализе, испитивања кредитне способности дужника, обрачуна пореза, статистичке евиденције и др. али у садржај овог уговора могу да уђу и друге услуге, које су само посредно везане за факторинг посао, примера ради, истраживање тржишта, саветодавне услуге и др. Ове допунске услуге, које фактор врши, омогућавају клијенту да се посвети свом правом послу, продаји производа и вршењу услуга на тржишту. Факторинг се најчешће примењује код краткорочних потраживања (30 дана до три месеца) док провизија фактора варира у зависности од бонитета потраживања и врсте уговора о факторингу, и износи 2,5% до 5,5% за авансно финансирање. Међутим, у пословној пракси се могу срести уговори, код којих се факторинг накнада уговора у промилима, примера ради 0,27% од номиналног износа прихваћене фактуре укључујући и на њој исказани ПДВ.⁷ Такође, обзиром да је плаћање ПДВ на износ факторинг накнаде у домаћој пословној пракси још увек отворено

6 UNIDROIT Convention on International Factoring – ова Конвенција, чији је депозитар на основу чл. 23 ст. 1 Канада, усвојена је 1988. год. дипломатској конференцији у Отави, па је на снагу ступила 1995. год. након треће ратификације (чл. 14 ст. 1). Конвенцију је до сада ратификовало седам земаља, и то Француска, где је ступила на снагу 1995. год уз резерву према чл. 6 ст. 2 Конвенције, Немачка (на снази од 1998. год.), Мађарска (на снази од 1996. год.) Летонија (на снази од 1998. год уз резерву према чл. 6 ст. 2 Конвенције), Нигерија (на снази од 1995. год.) и Украјина (на снази од 2007. год). Према незваничним информацијама добијеним од Секретаријата UNIDROIT очекује се скорашње приступање и Руске Федерације. Доступно на адреси: <http://www.unidroit.org/english/implement/i-88-f.pdf>, приступ 10. април 2013. год.

7 Примера ради, у неким од европских земаља је факторинг провизија ограничена императивним прописима, видети: EU Federation, Factoring & Commercial Finance, *Factoring, Receivables Finance & ABL, A Study of Legal Environments across Europe*, 2011.

питање, најчешће се уговара да је плаћање пореза на накнаду обавеза клијента тј. повериоца.

III Техника структурирања и тренд раста факторинг посла

У зависности од структурирања уговорних обавеза, у факторинг послу могућа су два начина финансирања, и то путем тзв. авансног финансирања, где се износ потраживања клијенту уплаћује унапред и путем дисконтног финансирања. *Авансним финансирањем* фактор држава између 5%–30% износа потраживања на посебном рачуну као покриће за евентуалне приговоре дужника по основу квалитета испоручене робе или услуга и тај задржани износ обезбеђења уплаћује назад уступиоцу или по доспелости фактуре или по наплати, већ у зависности од модалитета пружања факторинг услуге. Код *дисконтног финансирања*, фактор уплаћује комплетну суму умањену за накнаде (камате, ризик плаћања, управљање потраживањима...). Висина ових накнада обично износи између 4,5%–5,5%. Спецификум српске пословне праксе факторинга је да се као најчешћи облик оваквог финансирања појављује есконт меница.

Тренд пораста примене факторинга на међународном плану је веома евидентан, па је према подацима IFC (*Factors Chain International*)⁸ који окупља 257 факторинг кућа из 68 земаља, промет факторинга на глобалном нивоу од 557 милијарди еура у 1999. год. до данас порастао на близу 1.500 милијарди еура, од чега је највећи раст факторинг посла забележио у Великој Британији (240 милијарди евра обрта). Факторинг у Србији бележи константни раст па је у протеклој години укупан промет факторинга близу 900 милиона еура, а да и поред ових тенденција у Србији, учешће овог посла у бруто друштвеном производу износи свега 1,5%, док би потенцијално тржиште факторинга требало да износи 5% БДП, а што износи око 1,5 милијарди евра.⁹

8 Увидом у списак чланица из Европе може се уочити да у погледу положаја и статусно-правног облика субјеката који се баве факторингом у неким земљама претежу факторинг јединице у оквиру одељења банака док у другим, као што је то случај у Србији број субјеката који се баве факторингом је подељен између самосталних фактор кућа у разним статусно-правним облицима (попут примера ради, А фактор, Финера факторинг, Први фактор) и банака (па су то у Србији Банка Интеса, Reiffeisen банка, Societe Generale банка и др. а и има и банака, које оснивају посебне јединице за послове факторинга, попут, примера ради Marfin factors & forfaiters д.о.о). Поред тога, постоје ситуације, где се факторингом баве посебна јавно-приватна партнерства и агенције попут ситуације у нашој земљи где се факторингом бави и Агенција за финансирање и осигурање извоза (АОФИ). Видети: <http://fci.nl/home>.

9 Према подацима Секције за развој факторинга Удружења финансијских организација Привредне коморе Београда, видети: <http://www.kombeg.org.rs/Slike/UdrFinansijskeOrganizacije/2013/Izvestaj%20faktoring%202012.pdf>, приступ 10.4.2013.

IV Стање и перспективе факторинг посла у Републици Србији

Уговор о факторингу као правна празнина српске легислативе, побуђује бројна питања, почев од оних да ли је за одвијање међународних факторинг трансакција корисно извршити ратификацију Конвенције UNIDROIT о међународном факторингу, и тиме њена решења инкорпорирати у унутрашње право, да ли је потребна специфична факторинг легислатива и ако јесте, каква би била решења тог законодавства, да ли је потребно предвидети обавезу регистрације закључених уговора о факторингу или регистровати само уступљена потраживања и др. До доношења регулативе, пословна пракса ће и даље заједно са постојећим правним оквиром бити од пресудног значаја за развој овог инструмента финансирања привреде.

Правни аспекти факторинг посла су, како на националном, тако и на међународном плану, од значајног утицаја на примену и заступљеност ових трансакција, пре свега због различитих концептуалних ставова које су према факторингу имали правни системи земаља *common law*-а, у коме је правном окружењу факторинг настао, и земаља са римском правном традицијом, које су морале да ускладе специфичности факторинга са постулатима и одредбама свога права. Највећи проблем земаља *civil law*-а била је немогућност уступања будућих и укупних потраживања (*bulk assignement*) тзв. глобална цесија, као и проблем забране преноса потраживања (*pactum de non cedendo*). Ову последњу забрану познаје и домаће облигационо право (видети чл. 436 ст. 2 ЗОО). Стога је у већини ових земаља, била створена обимна пословна пракса. Упоредно-правна регулатива показује да су законодавства која су факторинг регулисала, то чинила тек након дуге примене овог института у привредном животу и адекватне судске праксе (САД, Француска, Италија, Руска Федерација, Молдавија).¹⁰

Привредна кретања у Републици Србији карактеришу константни проблеми како са ликвидношћу и солвентношћу, тако и са веома великим процентом ненаплаћених потраживања, што доводи велики број предузећа у поступак принудне наплате и блокаде рачуна, због чега је факторинг посао,¹¹ заједно са есконтовањем меница постаје у Србији

10 Т. Миленковић-Керковић, „Промена субјеката у облигацији и потребе законског регулисања уговора о факторингу“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2006, стр. 458–472.

11 Н. Добрић, М. Михајловић, „Лингвистичка анализа стручних термина факторинг пословања“, *Сѝрани љравни живоѝ*, бр. 3/2009, стр. 143–159. Анализа лингвистичких питања везаних за факторинг, где се на основу компаративне анализе стручне терминологије факторинг пословања на енглеском и српском језику препоручују термини „фактор“, „уговор о факторингу“, „уступилац потраживања“,

све значајнији финансијски производ. У 2012. год. факторинг тржиште у Србији је генерисало обрт од близу 900 милиона евра, при чему факторинг са правом регреса бележи учешће од 50,2% у укупном износу, док је есконт меница заступљен са приближно 40% у свим факторинг пословима.¹² Домаћи факторинг остварио је чак 93% од тог промета, према подацима из Упитника Секције за факторинг у оквиру Удружења финансијских организација ПКС. Ова структура факторинг производа у Србији, као пад иностраног факторинга за преко 60% у односу на 2012. год. говори и о стању домаћег правног контекста факторинг послова који због неприлагођености позитивног права овој финансијској услузи доводи до коришћења регреса, као и менице као средства обезбеђења наплате у преко 90% свих факторинг послова. Упркос томе, општи тренд пораста факторинга у Србији евидентан је, не само по повећању броја факторинг компанија, којих је тренутно четрнаест, већ је и број банака које се баве факторингом све већи, тако да ова кретања све више оправдавају коришћење термина „српска факторинг индустрија“.

У оквиру Удружења финансијских организација Привредне коморе Београда основана је једина формална организација која окупља факторинг компаније и банке које се баве овим пословима. Тако је Секција за развој факторинга постала ауторитативна организација која окупља 14 активних чланова, како факторинг кућа тако и одељења банака која се баве факторингом. Улога ове струковне организације је од великог значаја, пре свега, у погледу откривања проблема у факторинг пословању и указивања на могућа решења. Такође, значајан је и утицај Секције на законске иницијативе за регулисање факторинг посла, које су последњих година све чешће. Секција је последњих година била иницијатор и предлагач више законских иницијатива, као и последњих неколико верзија Закона о факторингу, а решења последње верзије Нацрта Закона о факторингу приказано у наставку рада.

У Потребе и покушаји регулисања факторинга у Србији

Факторинг послови у Србији бележе значајан пораст упркос правном амбијенту, који и поред тога што не превенира ове послове, због непостојања специфичне регулативе и доследних правних решења, веома често ограничава пренос и уступање појединих категорија потраживања, као што је то пренос и наплата иностраних девизних

„дужник“, „пренос потраживања“, „факторинг посао“ као условно оправдани у српској стручној и научној литератури везаној за факторинг, веома је корисна за уједначавање терминологије пословне праксе а и законодавства *de lege ferenda*.

12 Видети фусноту бр. 11.

потраживања, а такође су и многа питања у оквиру ових послова отворена, попут проблема који се односе на рачуноводствени и порески третман факторинг компанија, статусно-правна питања, облигационо-правна дејства уговора, приоритет наплате потраживања у стечајном поступку, технику закључења уговора, примену и сигурност средстава којима се наплата обезбеђује, и др.

Послови факторинга се заснивају на уговору о факторингу који је неименован правни посао, тако да је од 2005. год. до данашњих дана било више иницијатива за законско регулисање ових правних инструмената. Поред иницијатива из 2005. год.¹³ и 2010. год.¹⁴ за доношење *lex specialis*, од изузетног значаја је протекла вишегодишња активност Комисије Владе Републике Србије и њен Рад на изради Грађанског законика Републике Србије, који је сада у форми Преднацрта будућег Грађанског законика,¹⁵ а сви ови предлози законског уређења факторинг посла *de lege ferenda* у Србији имају за циљ да за факторинг посао и уговор који га регулише створе у Србији амбијент правне сигурности, који ће омогућити развој ових послова. Приликом разматрања потреба, специфичности али и опасности законског регулисања нових врста уговора, путем посебних закона у земљама у транзицији, у делу правне литературе се истиче да ово законодавство, веома често, поред основне нормативне, треба да има и додатну функцију, а то је промоција ових врста уговора, као и образовна и маркетиншка функција.

Потреба за законским уређењем факторинг послова у Републици Србији присутна је већ дужи низ година. Иницијатива за доношење Закона о факторингу покренута је још 2005. године, иницијатор је био „Центар за развој предузетничког друштва (ЦРПД)“ Београд. Предлог је достављен Министарству финансија Републике Србије и поред осталих решења предвиђао је постојање јавног регистра факторинг уговора и фактура и прописивања обавезе регистрације уговора о факторингу кроз јавни регистар. Стручна комисија Министарства финансија у сарадњи са осталим регулаторним органима и представницима Народне банке Србије (НБС), израдила је Предлог нацрта Закона о факторингу 2006. године, и добила позитивно мишљење Савета за регулаторну реформу. Предлог нацрта Закона о факторингу урађен је на основу међународног искуства, а као подлогу користио је и решења UNIDROIT Конвенције о међународном факторингу. Нацрт је дефинисао основне

13 „*Development of factoring in Serbia*“, Roundtable, Feb. 2005, Belgrade, I Foreign Investors Council, March, 2005, стр. 28.

14 Препорука за усвајање Закона о факторингу, поднета од стране Центра за развој предузетничког друштва 2006. год.

15 Преднацрт Грађанског законика Републике Србије (2009), који се односи на Облигационе односе (књига друга), Београд, 2009.

елементе факторинга као савремене финансијске услуге, права и обавезе странака у факторинг пословима, изложио је детаљну регулативу оснивања и регистрација факторинг кућа, али исто тако и оснивања јединственог јавног регистра факторинг уговора и фактура као предмета факторинг послова, непознатог до тада у Републици Србији. Постојање јавног регистра предложено је по угледу на земље *common law* система, а у циљу отклањања могућности злоупотреба и правне несигурности за учеснике у факторинг пословима. Предлог је предвиђао могућност оснивања факторинг друштава као самосталних привредних друштава или пак инкорпорираног дела пословних банака. Процедура оснивања је подразумевала доношење одговарајућих одлука о оснивачким правима, достављање података о лицима која су предложена за чланове управног одбора и њихове референце, достављање података за одговорна лица у факторинг друштвима која су овлашћења за управљање и заступање друштва и њихове референце, пословни план за трогодишњи период са фокусом на главне активности друштва, изворе финансирања, утицај пословних активности друштва на делатност банке, управљање ризицима. Предлогом је уређена контролна процедура, као интерна и екстерна ревизија рада друштва. Минимални оснивачки капитал новооснованог друштва, као специјализоване факторинг куће, према истом предлогу, износио је 250.000 ЕУР, а уколико би друштво било регистровано и за услуге међународног факторинга, оснивачки улог би у том случају износио 2.000.000 ЕУР а додатни услов је да факторинг друштво буде и члан међународног факторинг удружења (IFG или FCI).

Предлог нацрта Закона о факторингу из 2006. године никада није ушао у скупштинску процедуру, па је област факторинга до данас остала без конкретног законског решења.

Стручна јавност, представници факторинг компанија и пословних банака, али и представници Међународног монетарног фонда делегирани у Србији, суочени са изузетно повећаном неликвидношћу привредног и финансијског сектора, а посебно државног сектора који заправо и генерише велики ланац неликвидности читавог финансијског система Републике Србије, током 2010. године, интензивирају активност и траже од регулаторних органа хитно доношење Закона о факторингу. Предлог могућег законског решења за послове факторинга поднела је и Секција за развој факторинга, која делује као удружење при Привредној комори Београд (ПК Београд). На Округлом столу који је организован на тему развоја и унапређења факторинг услуга у Републици Србији 2010. године, затражено је од Министарства финансија и НБС хитно доношење Закона о факторингу и понуђен је предлог и нацрт законског решења. Убрзо након тога формирана је у оквиру ове асоцијације и Радна гру-

па за израду предлога Закона о факторингу. Сачињена од представника Секције за факторинг, Министарства финансија Републике Србије, НБС, Удружења банака Србије, Агенције за осигурање и финансирање извоза (АОФИ), и представници USAID. Било је више предлога овог законског текста, који су садржали различита решења, након јавне расправе организоване маја 2012. год. у Београду, било је још неколико верзија, од којих је последња понуђена марта 2013. год. а чија решења износимо у наставку рада.

VI Солуције последњег Нацрта Закона о факторингу

Новим Нацртом Закона о факторингу¹⁶ на целовит и универзалан начин решено питање факторинга и факторинг послова. Законом се дефинишу права и обавезе учесника која проистичу из сложених факторинг односа, при чему су очито уважаване примедбе пословне праксе и заинтересованих страна (банака и факторинг кућа). Многе одредбе закона прилично су прилагођене пословној пракси, а посебно је флексибилно дефинисан сам поступак оснивања и организације факторинг компанија.

Основна разлика у односу на поменути Предлог из 2006. год. је елиминисање оних одредби које регулишу увођење јавног регистра уговора о факторингу и фактура, систем дозволе и надзора факторинг кућа од стране НБС, те права фактора за случај стечаја дужника. То су уједно и основни недостаци овог текста, који ће, уколико Нацрт буде усвојен умногоме умањити ефикасност уговора о факторингу и његових стварно-правних ефеката услед немогућности евидентирања пренетих потраживања.

Основна карактеристика уговора о факторингу је заправо дуалитет његове природе, односно раскорак који постоји између облигационо-правног и својинско-правног аспекта уговора о факторингу. У свом уговорном дискурсу уговор о факторингу се може појавити у три могућа облика, и то као:

1. уговор о наплати потраживања,
2. уговор којим се обезбеђује плаћање (са или без права на регрес), и
3. уговор о финансирању (кредитни однос).

Уобичајено је да се уговорна структура факторинга најчешће заснива на фузији сва ова три посла, што се истиче и у Конвенцији

16 Доступно на адреси: <http://mfp.gov.rs/UserFiles/File/predlozi/2013/Nacrt%20zakona%20o%20faktoringu.pdf>.

UNIDROIT (вид. чл. 1(2) Конвенције). Уговорна структура факторинга и поред фузионисања три правна посла у оквиру једног уговора не ствара правне проблеме у земљама чије је грађанско право потекло са римских темеља, односно у земљама *civil law*-а.

Међутим, својинско-правна структура уговора о факторингу захтева прилагођавање овог посла европској правној традицији, која не познаје аутоматско својинско-правно дејство закљученог уговора, већ је поред уговора неопходан и модус (*modus acquirendi*) у виду предаје или одређеног вида регистрације. У својинско-правном смислу факторинг увек подразумева пренос потраживања (*transfer of receivables*), и то не само ради обезбеђења авансираног финансирања већ и у случају наплате потраживања као и у случају преноса ради обезбеђења наплате. Овај је пренос могуће постићи, такође на три начина, и то:

1. уговором о продаји потраживања (*outright sale of receivables*),
2. цесијом потраживања (*transfer conditioned – fiduciary*) – фидуцијарни пренос – који је увек условљен (како кроз захтеве за писаном формом уговора о преносу, обавештењем дужника, сагласношћу дужника, забраном преноса будућих или укупних потраживања, могућношћу да се основним уговором забрани пренос – *pactum de non cedendo* и др.),
3. средствима обезбеђења потраживања (меница, залога, хипотека).

Иако се у својинско-правној структури факторинг уговора ови начини никада не комбинују, парадоксално, овај аспект факторинга ствара највећу конфузију, пре свега у земљама у чији је правни систем уговор о факторингу трансплантиран.

Док год се преносу потраживања путем уговора, не обезбеде и стварно-правни ефекти путем регистрације преноса (како је то, примера ради у домаћем праву учињено путем правног института залог на потраживањима уписаним у Регистар),¹⁷ уговор о факторингу ће морати да своје својинско-правне ефекте остварује кроз комбинацију три инструмента, како је то и до сада била специјалност српско пословне праксе. Уз уговор о факторингу, редовно се закључује и уговор о преносу потраживања (двострана или тространа цесија), а уз ова два уговора се редовно захтева и меница, којом се заправо фактор обезбеђује за случај ненаплате. Ово је обезбеђење управо и неопходно јер фактор заправо нема положај приоритетног повериоца, па се недостатак приоритета компензира предностима меничног посла и њеном ефикасношћу коју има у српском праву и пословној пракси.

17 Закон о заложном праву на покретним стварима уписаним у Регистар (Сл. гласник РС, бр. 57/2003, 61/2005, и 64/2006), чл. 7 и 10.

Овај концепцијски проблем који факторинг послови стварају, али који има своје директне последице у пословној пракси указују и на потребу адекватног својинско-правног приступа уговору о факторингу, којим би се обезбедила правна сигурност учесника у факторинг трансакцијама. Тај приступ подразумева регистрацију преноса потраживања што је овај текст пропустио да учини.

Нацрт у уводним одредбама дефинише појам и предмет факторинга, као и учеснике у факторинг односима. За разлику од ограничења присутних у неким националним законодавствима Нацрт дозвољава да предмет факторинга буду сва постојећа или будућа, цела или делимична недоспела краткорочна потраживања (која доспевају до годину дана од дана продаје робе односно пружања услуге), као и потраживања из уговора са корисницима буџета Републике Србије (чл. 2). Међутим, будућих потраживања могу бити предмет факторинга само ако су одредива, као у погледу потраживања тако и у погледу дужника, с тим што одредба у уговору производи правно дејство тек моментом настанка тог потраживања. Нацрт не пружа дефиницију уговора о факторингу већ у га у дефиницијма омеђује као: „финансијска услуга купопродаје постојећег недоспелог или будућег краткорочног новчаног потраживања, насталог по основу уговора о продаји робе или пружања услуга у земљи и иностранству.“¹⁸

Под врстама факторинга Нацрт подразумева домаћи и међународни (увозни и извозни факторинг, као што дефинише и тзв. једнофакториски и двофакторски систем, за који прописује услове), као и факторинг са регресом и без права на регрес. Поред тога Нацрт уводи и терминолошки дефинише нову факторинг функцију која није примењивана у пословној пракси у Србији – тзв. *обрнути факторинг* који се заправо своди на преузимање дуга.¹⁹ У упоредном праву и пракси факторинг кућа овај термин је препознатљив као *добављачки факторинг*, а ова функција факторима даје више простора за пословне аранжмане, те унапређује квалитет понуде самих фактора на тржишту, јер за њих представља нову услугу.

За учеснике у факторинг односима предлагач уводи термин *уступилац* којим означава клијента, тј. правно лице које уступа потраживања фактору од својих дужника, корисника услуга, што само по себи говори

18 Чл. 2 (1) Нацрта.

19 Видети чл. 18 Нацрта по коме је обрнути факторинг „посебна врста факторинга између фактора и уступилаца – дужника из уговора о продаји робе или пружања услуга у земљи и иностранству, на основу кога фактор, преузимањем фактура од уступилаца – дужника, преузима његову обавезу плаћања према добављачима, а има право наплате од дужника у року из уговора о продаји робе или пружања услуга у земљи и иностранству“.

да предлагач жели да и на овај начин направи разлику у односу на банкарске услуге где је одомаћени термин за ова лица *клијенџи*. Уступиоци као корисници услуга факторинга могу бити искључиво правна лица и предузетници, док је физичким лицима и овим Нацртом онемогућено да се појављују у овим односима. Са друге стране, фактори могу бити пословне банке (где се фактор појављује као саставни део пословног система банке у виду засебног одељења или сектора) или пак самостална привредна друштва која су у обавези да претходно прибаве одобрење надлежног министарства финансија за послове факторинга. Нацрт закона прописује и да је минимални оснивачки капитал за обављање послова факторинга 40.000.000 динара. Оснивачи су дужни да уз захтев приложе оснивачки акт друштва, податке о одговорном лицу, изјаву да ће новчани део основног капитала бити уплаћен на рачун код пословне банке, те изјаву о пореклу средстава. Претходни нацрт из 2006. године предвиђао је много ригорознију процедуру оснивања факторинг компанија, те се може уочити да либералнији приступ из новог Нацрта треба да представља заправо подстицајну меру инвеститорима да се лакше одлуче на улагања у факторинг индустрију Србије.

Нацрт закона преточио је из праксе и два основна облика самих уговора о факторингу, па је тако предвидео да реализација наплате потраживања, и обавеза преузимања ризика, може имати два облика: *а) факторинџ са реџресним њравом и б) факторинџ без реџресног њрава*. Као посебна врста факторинга појављује се: *в) обрнути факторинџ*. Оно што је остало недоречно и овим текстом предлога закона, је дефинисање власништва над пренетим потраживањима код сва три облика уговора. Наиме, пренос потраживања се не може регистровати на самим фактурама које су предмет посла, па је тако фактор онемогућен да у евентуалном судском поступку извршења, на основу преузетих (откупљених) фактура као веродостојних исправа, доказује и своје власништво над њима, из разлога што по Закону о извршењу и обезбеђењу,²⁰ фактура као веродостојна исправа, може бити подобна за извршење, само ако су на њој означени извршни поверилац и извршни дужник. Фактор на откупљеној фактури није означен као извршни поверилац, те истом једино у случају спора преостаје покретање парничног поступка који подразумева знатно дужи, сложенији и неизвеснији судски поступак.

Квалитет законског решења је свакако регулисање факторинга у међународним оквирима и међународној трговини. Нацрт дефинише да међународни факторинг може да се обавља у *једнофакторском сисџему* (када домаћи фактор сам сноси ризик и терет наплате до предузећа нерезидента), али и *двофакторском сисџему* (осим домаћег фактора постоји

20 Закон о извршењу и обезбеђењу (*Службени џласник РС*, бр. 31/2012).

и коресподентни – инострани фактор који преузима потраживање или дуговање за нерезидента за кога носи и ризик или га додатно осигурава у иностранству). Значај међународног факторинга је изузетно велики са аспекта подстицаја српске извозне привреде јер извозницима обезбеђује сигурност, наплативост и извесност аранжмана у међународној трговини, а такође и финансирање трансакција путем преузимања недоспелих фактура, било на бази реализације потраживања или пак на бази преузимања дуга извозника.

Нацрт прописује и обавезну форму (писану или електронску) као и битне елементе уговора о факторингу (чл. 20 Нацрта), а важење уговора ограничава роком на који је уговор закључен а у случају да рок није одређен, уговор не може престати пре наплате свих продатих потраживања односно њиховог регреса од стране утупиоца у случају да потраживања не буду наплаћена од дужника (чл. 21 Нацрта). Императивним путем забрањује се вишструка продаја потраживања, која један уступилац преноси различитим факторима, тако што се уређује ништовост сваког накнадно закљученог уговора. Нацрт пропушта, за разлику од Закона о облигационим односима да одреди приоритет пренетог потраживања која су пренета различитим факторима. И наш ЗОО као и UNCITRAL Конвенција о преносу потраживања у међународној трговини, приоритет преноса утврђују на основу првенства у обавештавању дужника.²¹ Нацрт Закона о факторингу пропустио је да уреди ово важно питање.

Јасно је дефинисан и сам поступак преноса потраживања и тренутак важности тог преноса. Следећи интенцију из Закона о облигационим односима, Нацрт прихвата усвојену пословну праксу да уговор о факторингу може производити правна дејства и без сагласности дужника на пренос потраживања. Према Нацрту продаја потраживања се сматра правно ефективном уз истовремену предају фактору уговора или фактура и обавештења дужнику, чија је садржина прописана (чл. 25 Нацрта) чиме се доследно стоји на систему нотификације коју је усвојио и ЗОО (чл. 438).

За разлику од неких претходних верзија, најновији нацрт Закона о факторингу оставља без правног дејства клаузулу о забрани уступања потраживања из основног посла, кога предвиђа и ЗОО (чл. 436 ст. 2) и на тај начин Нацрт следи модерне правне тековине међународних инструмената којима се регулише факторинг и пренос потраживања, пре свега Конвенције UNIDROIT као и Конвенције UNCITRAL о преносу потраживања.

21 Видети ЗОО, чл. 439 и UNCITRAL Конвенција, чл. 27.

Предвиђена је и одговорност уступиоца за веритет потраживања (за њихово постојање) али и за квалитет (чињеница да су потраживања слободна од права трећих чица – залог, приговора и терета, а у случају залог на потраживању о којој уступилац није обавестио фактора, предвиђа се аутоматска примена регресног права чак и у случају факторинга без права регреса). На овај начин Нацрт покушава да премости недостатак регистра уступљених потраживања.

Што се тиче самог начина финансирања, остављена је могућност авансне и дисконтне исплате по основу преузетих потраживања од стране фактора, и изричито је наглашено да се у овим случајевима овакве исплате не сматрају кредитом или позајмицом у смислу прописа НБС, а трошкови су регулисани диспозитивно и предвиђају се у облику факторинг провизија и камате које фактори имају право да зарачунају за извршене услуге, а ближе се уређују и дефинишу кроз сам уговор о факторингу који закључују уступилац и фактор.

Нацрт пропушта да тачно одреди надлежне органе који врше надзор над привредним друштвима која обављају послове факторинга (чл. 33) а такође предвиђа казнене одредбе за банке и привредна друштва која се баве факторингом као и за одговорна лица у оквиру фактора, за учињене прекршаје и преступе.

VII Закључак

Бројни варијетети у пословној пракси у којима се факторинг појављује и рефлектује своје присуство на тржишту роба и услуга, и то како у домаћем тако и у међународном промету, карактеришу га као савремену финансијску услугу која данас представља значајну алтернативу, па и супститут банкарских аранжмана, конкурентну по ценовној компоненти, а посебно по брзини и флексибилности извршења услуге, те доступности за шири круг корисника који се јављају у улози уступиоца потраживања или дужника.

Осветљавање комплексних правно-финансијских аспеката факторинг посла указује на јасну потребу и модус његовог регулисања *de lege ferenda*, тим пре што у српској легислативи постоји јасно изражена потреба и намера да се законским уређењем факторинга, као и ближим дефинисањем послова и услуга које из њега извиру, ова област у потпуности уреди, те створи правна сигурност и извесност за све учеснике на тржишту. Доношењем Закона о факторингу у Републици Србији обезбедили би се услови да и државни органи, који сада само спорадично учествују у факторинг пословима, у већој мери буду корисници

услуге овог савременог финансијског инструмента, али и да се ослободе стереотипних схватања о фактору као методу принудне наплате потраживања.

Осим нормативне, доношење Закона о факторингу имаће свакако и снажну маркетиншку функцију, а његов значај у пословима међународне трговине и подстицаја извозника, којима се преко услуге факторинга обезбеђује наплата у иностранству, финансирање и осигурања извоза, али и могућност флексибилнијег финансирања увоза кроз одложено плаћање, је јако значајна макроекономска компонента која може да се одрази и на ублажавање дебаланса домаће економије.

Tamara MILENKOVIĆ-KERKOVIĆ, PhD
Associate Professor at the Faculty of Economics University of Niš

Željko ATANASKOVIĆ, M.A.
Manager of the Branch “PRVI FAKTOR”, Niš

FACTORING AGREEMENT IN SERBIA – WHY SHOULD IT BE REGULATED?

Summary

The factoring agreement as the modern financial instrument is derived from the economy and practice of the common law countries and during the time it became a widely accepted tool of financing, collection of receivables, security and transfer of receivables. From the standpoint of the business entities, factoring seems to be an important source of financing of the working capital. This instrument enables the liquidity and ensures the movement of goods and services in the market as a significant impulse for the export trade. As an institute of the law of obligation and banking law, the factoring agreement is not yet codified in most national legislations. Factoring contains elements of various transactions such as assignment of receivables, subrogation, discount of the bill of exchange, endorsement and other transactions pertaining to the law of obligations. Its importance is growing in the Serbian economy in spite of the fact that factoring agreement is neither codified nor regulated by by-laws in the Serbian legal system. Nonetheless, the lack of effective regulation does not create an obstacle for the development of factoring agreement as an important financial instrument in the Serbian financial market and economy. On the other hand, the absence of legislation regarding factoring generates a significant level

of legal uncertainty in the practical implementation of this financial tool. Many Serbian legal authors are the proponents the introduction of a complex regulation of factoring into the Serbian legal system. This paper therefore represents an analysis of the prospective factoring legislation and the solutions offered by the new Serbian Draft Law on Factoring 2012.

Key words: *factoring agreement, assignment, receivables, Draft Law.*

др Владимир ЧОЛОВИЋ
научни саветник, Институт за упоредно право, Београд

СОПСТВЕНА (КЕПТИВ) ОСИГУРАВАЈУЋА ДРУШТВА

Резиме

Када привредни субјекти не преноси ризик на осигуравача, већ се од њега штићени својственим средствима, тада говоримо о самоосигурању. Самоосигурање се примењује од стране већих привредних субјеката који стварају посебне фондове из којих ће плаћати евентуалне штете. Са друге стране, кейтив друштва се оснивају ради осигурања ризика својствених оснивача, као и ризика њихових клијената, а оснивачи могу бити компаније које се баве различитим делатностима. Кейтив друштва стварају у алтернативне облике осигурања. Оснивање кейтив друштва зависи од власничке структуре и функционисања компаније – оснивача. Кейтив друштво ће зависити од потреба и финансијске моћи оснивача. Највише кейтив друштва је основано на Бермудским острвима, затим, на Кајманским острвима, Вермонтију, на Бриџанским девиџанским острвима, Гернсију, на Барбадосу, у Луксембургу, на Карибима и Хавајима. У Србији је Законом о осигурању имовине и лица из 1996. године била предвиђена могућност оснивања кейтив друштва. Данас та могућност није предвиђена. Поставља се питање да ли је довољно, само, законски реулисати могућност оснивања ове врсте друштва или је неопходно створити одговарајуће услове, везане, пре свега, за одговарајуће финансијске пројекте.

Кључне речи: кейтив осигуравајуће друштво, самоосигурање, ризик, премија осигурања, матично друштво, Бермудска острва.

I Управљање ризиком у оквиру правног лица

Ризик је стање неизвесности и представља будући догађај, чијим остварењем може настати штета или корист.¹ Чињеница је да не можемо ризик и управљање њиме на исти начин посматрати и на исти начин дефинисати, ако са једне стране говоримо о осигуравачима, а са друге стране о привредним субјектима, односно, правним лицима било ког облика. Да би се у једном правном лицу² заштитили од ризика, први корак је његово утврђивање, као и дефинисање потенцијалних штета. Учесталост штета је очекивани број негативних економских догађаја који ће се десити у одређеном временском периоду, док се величина штета односи на очекивану размену штете.³ Процена ризика је од значаја и приликом избора одговарајуће методе за заштиту од ризика. Приликом процене ризика, треба имати у виду, да величина ризика има већи значај од учесталости штета. У групу ризика који не могу да се пренесу на осигуравајућа друштва спадају ризици који нису обухваћени ниједном врстом осигурања.⁴

Основна три метода управљања ризиком у оквиру компаније су: метод контроле штета, метод финансирања штета и метод интерне редукације ризика.⁵ Метод контроле штета обухвата активности у циљу смањења учесталости и величине очекиваних штета. Код метода финансирања штета је основни начин заштите од ризика формирање фондова из којих ће се надокнадити настале штете. Код овог метода разликујемо три приступа: самопридржај, неосигуравајући трансфер ризика и осигурање. Самопридржај представља случај, у коме предузеће задржава обавезу да, само, сноси одређене ризике. Појам трансфера ризика обухвата технике, којима се ризик, заједно са свим његовим финансијским последицама, преноси на друго правно или физичко лице. Менаџери (који се у овом случају називају и ризико менаџери) користе разне врсте уговора, да би одговорност за одређени ризик, којем је предузеће изложено, пребацили на другу уговорну страну.⁶ Ме-

1 П. Шулејић, *Право осигурања*, Београд, 2005, стр. 83.

2 Користићемо термине „правно лице“, „компанија“, „привредни субјект“, имајући у виду да се наведено односи, практично, на различите облике друштава која обављају неку делатност.

3 С. Ивановић, „Управљање ризиком и осигурање“, *Индустрија*, бр. 1–2/2003, стр. 71.

4 Н. Миликић, *Управљање ризиком и процене максималној самопридржаја*, специјалистички рад, Економски факултет Универзитета у Београду, Београд, 2005, стр. 10–11.

5 С. Ивановић, *нав. чланак*, стр. 72.

6 С. Ивановић, *нав. чланак*, стр. 73–74.

тодом интерне редукције ризика може да се смањи изложеност ризику преко диверсификације и инвестирања у информације. Производни програм диверсификованог предузећа обухвата производе који се по технолошкој основи, тржишној намени и начину продаје међусобно значајно разликују, па тиме смањују ризик који произилази из честих промена у тржишним, техничким и друштвеним факторима.⁷

Нас ће, у овом раду, највише интересовати финансирање штета и финансирање ризика, односно, ситуације када једно правно лице ствара фондове из којих се врши накнада штете или се врше различита давања како би се спречио настанак штете. Један од начина таквог финансирања је самоосигурање, а други оснивање сопствених осигуравајућих друштава (кептив друштва).

II Самоосигурање

Кад привредни субјект не преноси ризик на осигуравача, већ се од њега штити сопственим средствима, тада говоримо о самоосигурању. Самоосигурање се примењује од стране већих привредних субјеката који стварају посебне фондове из којих ће плаћати евентуалне штете. Практично, можемо поставити питање да ли самоосигурање представља врсту осигурања.⁸ Самоосигурање је, ипак, могуће само за ограничен број ризика који имају следеће карактеристике: 1) штета која прети из ризика који се „покрива“ самоосигурањем је релативно мала; 2) велика могућност предвидљивости настанка штете; и 3) временска подударност између наступања ризика (настанка штете) и расположивости средстава којима се они „покривају“. Самоосигурање има своје предности и недостатке. Предности се састоје у томе што није потребно, унапред, плаћати или чувати новац, што значи да целокупан износ остаје на располагању привредном субјекту, све док не настане потреба за плаћањем штете. Затим, штета се плаћа у чистом износу, односно не плаћају се трошкови осигуравача и штета се плаћа из фондова привредних субјеката. Недостаци се огледају у томе што је тешко предвидети промену ризика, што значи да може доћи до изненадног настанка штете. Исто тако, самоосигурањем се не подстиче спречавање и смањење штета, а, такође, сваки део привредног субјекта сам сноси своје штете.⁹

Оно што самоосигурање разликује од „класичног“ осигурања, јесте да се њиме не могу „покрити“ сви ризици. Оно се односи на ризике

7 С. Ивановић, *нав. чланак*, стр. 77.

8 Н. Жарковић, *Економика осигурања*, Београд, 2008, стр. 69.

9 Н. Жарковић, *нав. дело*, стр. 70.

из којих не може настати велика штета, а која се, ипак, могу предвидети. Иако постоји доста сличности између самоосигурања и осигурања које обављају кептив друштва, никако не можемо рећи да се кептив друштва баве самоосигурањем.

III Управљање ризиком преко сопствених (кептив – *captive*) осигуравајућих друштава

Напред смо, детаљније, говорили о контроли ризика у оквиру правног лица. Методе које смо поменули се односе на предвиђање ризика, управљање њиме, као и његово финансирање. Но, ако ризик посматрамо као свакодневну појаву, у оквиру једног правног лица, морамо једноставније да дефинишемо његову егзистенцију, као и заштиту од њега. Наиме, једно правно лице, пре свега, стално мора да контролише ризик, а што обухвата избегавање, превенцију и финансирање ризика, као и задржавање ризика. Исто тако, то правно лице, у многим случајевима, мора да врши трансфер ризика у осигурање.¹⁰ Без одговарајућег осигурања, не би могли да функционишу ти субјекти, које врше заштиту пословања. Та заштита обухвата заштиту запослених, заштиту од одговорности према трећим лицима, заштиту имовине, као и заштиту од прекида рада.

Нас, сада, пре свега, интересује задржавање ризика. Задржавање ризика као алтернатива и допуна осигурању значи да привредни субјект има намеру да последице настанка одређених штетних догађаја покрије сопственим финансијским средствима, а оно може бити пасивно или активно. Пасивно задржавање ризика јавља се као последица неадекватног идентификовања ризика којима је привредни субјект изложен, а активно задржавање ризика значи да је појединац свестан ризика и промишљено планира да задржи цео ризик или један његов део. Активно задржавање ризика карактерише или уштеда новца или случај, када је осигурање недоступно или немогуће. Управо када говоримо о сопственим осигуравајућим друштвима, говоримо о активном задржавању ризика.¹¹ Сопствена осигуравајућа друштва или кептив друштва оснивају правна лица која, у односу на њих, представљају матична друштва или друштва родитеље. Она нису самостална у избору осигураника. Кептив друштва могу да се баве, искључиво, осигурањем имовине свог оснивача, матичног друштва, а могу да се баве и осигурањима са тржишта и тада се ради о отвореним тржишним сопственим друшт-

10 В. Његомир, „Управљање ризиком: сопствена осигуравајућа друштва (кептиви), као алтернатива осигурању“, *Финансије*, бр. 1–6/2010, стр. 299.

11 В. Његомир, *нав. чланак*, стр. 300.

вима. Исто тако, кептив друштва се могу налазити и у својини више различитих субјеката комплементарног профила ризика, као што су асоцијација брокера, пул, конзорцијум грађевинара, итд., а и тада се она баве осигурањем за рачун својих оснивача или спонзора.

Кептив друштва су нарочито обележила период од последњих неколико година, а оснивана су, најчешће, од стране великих националних и мултинационалних компанија у англосаксонским земљама. Кептив друштва се оснивају ради осигурања ризика сопствених оснивача, као и ризика њихових клијената, а оснивачи могу бити компаније које се баве различитим делатностима.¹² Кептив друштва спадају у алтернативне облике осигурања. Реч „*captive*“ (кептив) значи „затворен“, а кептив друштва, по правилу, нису самостална у свом пословању. Прва кептив друштва бележимо још у XVIII и XIX веку, а двадесетих и тридесетих година двадесетог века сопствена осигуравајућа друштва оснивају компаније као што су *Lufthansa* и *BP*. Но, оснивање кептив друштва у САД, у првој половини и на почетку друге половине двадесетог века било је скупо, обзиром да су се захтевали исти услови као и за оснивање „класичног“ осигуравајућег друштва, па се, зато, велики број ових друштава оснива на Бермудским острвима. Данас послује преко 5.000 кептив друштава, који су остварили премију вредну преко 55 милијарди долара.¹³

1. Основне карактеристике кептив друштва

Основна карактеристика кептив друштва је да је оно „затворен“ тип друштва. Кептив представља једну врсту сигурности за компанију, која преко њега чува своја средства. Два главна покретача за оснивање кептив друштва су управљање ризиком и ризик финансирања. Кептив друштво помаже матичном друштву да лакше управља целокупним пословањем. Такође, компанија, која је основала кептив друштво, лакше и брже може да реагује на промене на тржишту осигурања, као и да лакше идентификује начин за процену појединих ризика.¹⁴

Кептив друштва се, углавном, оснивају ван земље седишта њиховог оснивача, како би се постигао погодан режим пореских и других финансијских оптерећења који постоји у земљи оснивања (регистрације).¹⁵

12 В. Његомир, *нав. чланак*, стр. 301.

13 В. Његомир, *нав. чланак*, стр. 302–303.

14 S. Hall, „Recent Developments in the Captive Insurance Industry“, http://www.naic.org/cipr_newsletter_archive/vol2_captive.htm (приступ: 18.3.2013).

15 П. Шулерић, *нав. дело*, стр. 131, фус. 288.

Кептив друштва задржавају одређени део укупног ризика, а остатак преносе на реосигуравајуће друштво. Приликом задржавања ризика у оквиру кептива потребно је водити рачуна да задржани ризици буду сразмерни способности привредног субјекта за прихватањем ризика у смислу расположиве премије и капитала кептива.¹⁶ Овде је кључна процена стручњака, а што се не односи само на актуаре.

Кључни разлози за формирање кептива су тешкоће у обезбеђењу осигуравајућег покрића, уштеде у трошковима, лакши приступ реосигуравачима, унапређено управљање ризиком и креирање профитног центра, јер кептив постаје и извор прихода, како по основу позитивних резултата у погледу изостанка штета, тако и у погледу остварења инвестиционих приноса.¹⁷ Међутим, постоје и одређени недостаци. Наиме, потребно је претходно испуњење одређених економских услова за оснивање и успешно пословање кептива, прилагођавање условима и захтевима локалног законодавства и усклађивање са захтевима локалног тржишта осигурања, то јест, постизање конкурентности на том тржишту.¹⁸

2. Врсте кептива

Оснивање кептив друштва зависи од власничке структуре и начина функционисања привредног субјекта – оснивача. Практично, кептив друштво ће зависити од потреба и финансијске моћи оснивача. Тако, разликујемо: 1) *Кейтив друштва која су основана од створене једне компаније*. Ови кептиви се називају још и чисти кептиви, јер су у својој основној форми кептиви и настали као осигуравајућа друштва својих оснивача, у чијем су потпуном власништву. Код ових облика кептив друштва, све је подређено појединачним интересима компаније оснивача;¹⁹ 2) *Груписни кейтиви*, који се, још, називају и хомогени кептиви. За ову врсту кептива карактеристично је да су у власништву групе компанија;²⁰ 3) *Кейтиви асоцијација или хетерогени кейтиви* – слични су групним кептивима са основном разликом да су њихови власници компаније сличне величине, али из различитих сектора који своја средства удружују зарад формирања кептива који ће пружати услуге покрића ризика слично као комерцијални осигуравач;²¹ 4) *Rent-a-captive*.

16 В. Његомир, *нав. чланак*, стр. 307.

17 В. Његомир, *нав. чланак*, стр. 308.

18 Ј. Кочовић, П. Шулејић, *Осигурање*, Београд, 2002, стр. 118.

19 В. Његомир, *нав. чланак*, стр. 303.

20 В. Његомир, *нав. чланак*, стр. 304–305.

21 В. Његомир, *нав. чланак*, стр. 305.

Ови кептиви су намењени мањим привредним субјектима који немају довољно финансијских средстава да поседују кептиве у сопственом власништву, па ова кептив друштва изнајмљују „кептив“ капацитете за одређени износ накнаде. На тај начин им је омогућено да користе предности кептива, а да при томе не морају да улажу знатнија финансијска средства. Ова врста кептива је спонзорисана од стране брокера, осигуравача и реосигуравача чији је примарни циљ да изнајмљују део свог капитала за одређену накнаду;²² 5) *Кептиви издвојених или заштићених хелија*. Они пружају корисницима њихових услуга бројне користи карактеристичне за кептиве, али по знатно нижим почетним трошковима. Настали су као резултат потребе да се изолују одређени непожељни ризици који су морали бити укључени у кептив из политичких разлога. Основна суштина је да базично функционишу као *rent a captive* друштва уз постојање више индивидуалних „хелија“ у оквиру једног кептив друштва чије су имовина и обавезе правно изоловане, у случају великих губитака других хелија или чак и банкротства других хелија.²³

3. Услови за оснивање кептив друштва

Из дефиниције кептив друштва и његових карактеристика, видимо да није довољно, само, законски регулисати могућност оснивања ове врсте друштва. Да би једно кептив друштво могло да функционише у једној земљи, потребно је створити услове који нису везани само за рад једног осигуравајућег друштва. Ти услови су, пре свега, везани за финансије, односно везани су за порески систем једне земље. На пример, износ минималног капитала за оснивање кептив друштва на Бермудским острвима зависи од врсте кептив друштва. За „чиста“ кептив друштва одређен је минимални капитал од 120.000 америчких долара, затим за групне кептиве одређен је капитал од 250.000 долара, а за кептиве асоцијација предвиђен је оснивачки капитал од милион долара. И начин оснивања кептив друштва у овој држави је поједностављен, а цела процедура оснивања траје од три до шест недеља.²⁴ На Бермудским острвима постоји и саветодавни комитет за осигурање који је именован од стране Министарства финансија. Важно је поменути и то, да се једна од фаза оснивања кептив друштва у овој земљи, састоји и од подношења захтева Министарству финансија за изузеће од пореза на профит и приход.²⁵ Ово су само неке од карактеристика оснивања кептив друштва у овој држави.

22 *Ibid.*

23 В. Његомир, *нав. чланак*, стр. 306.

24 В. Његомир, *нав. чланак*, стр. 313.

25 *Ibid.*

Кептив друштва се, као што смо рекли, углавном, оснивају као *offshore* компаније. Тај термин се сада употребљава за све компаније које су основане у другој земљи, због пореских и других финансијских олакшица. Раније се тај термин користио за компаније које су се оснивале на острвима („пореским рајевима“), односно тај термин се користио да се каже да се нека компанија оснива „близу обале“. Облик у коме ће се основати кептив, разликује се од земље до земље. Присутни су сви облици, од акционарског друштва, преко узајамног осигурања и компанија са ограниченом одговорношћу, па до непрофитних организација.²⁶

Изложићемо и како, у општим цртама, изгледа доношење одлуке о оснивању кептив друштва, односно, шта је све потребно предузети како би једно кептив друштво почело са радом. Ради се о сложеним поступцима, тј. разликујемо неколико фаза у доношењу те одлуке. Овде не мислимо на техничко оснивање овог друштва, односно на давање дозволе за оснивање од стране надлежног органа. Представићемо пет фаза оснивања кептив друштва. Прва фаза се састоји из анализе, која се обавља пре дефинисања оцене о оправданости оснивања кептив друштва. Анализу врши кептив менаџер или кептив консултант, који треба да да одговоре на низ питања, као и да оцени искуство у оснивању кептив друштва, итд. Друга фаза је давање оцене о оправданости оснивања. Често се ова оцена изједначава са актуарском анализом, што није сасвим тачно. Наиме, ова оцена обухвата и финансијску и оперативну евалуацију не само кептив друштва, већ и матичног друштва. Након тога, у трећој фази се доноси одлука о оснивању, а у четвртој се подноси захтев за оснивање кептив друштва. Најзад, задња, пета, фаза се везује за почетак делатности осигурања.²⁷ Морамо рећи да се ове фазе у оснивању кептив друштва не разликују много од оснивања „класичних“ осигуравајућих друштава.

4. Избор домицила

Код оснивања кептива, основни проблем се састоји у избору домицила, односно земље у којој ће седиште кептива бити смештено. Када је основано кептив друштво, улагањем капитала оснивача, као што је указано, њиме се управља на сличан начин као и осигуравајућим друштвом. И у случају кептив друштва, матично друштво – оснивач ће морати да за ризике које преноси на кептив плати премију која ће бити

26 P. Theriault, „What to Consider When Establishing and Operating Captives?“, Wilimington Trust 2008, стр. 10, <http://www.captive.com/service/WilmingtonTrust/images%20and%20pdf/captive101whitepaper.pdf> (приступ: 18.3.2013).

27 P. Theriault, *ibid.*

одређена на основу спроведене актуарске анализе, процеса ревизије и регулаторног окружења.²⁸

Данас се све више јављају нови домицили међу којима посебну пажњу истраживача и јавности привлаче нове дестинације у Европи као што су Гибралтар и Малта, али и Блиски исток, односно Дубаи где постоји значајан интерес за формирањем кептив друштава од стране грађевинских компанија и компанија које припадају базичним секторима као што је енергетски сектор.²⁹ Данас је највише кептив друштава основано на Бермудским острвима, затим, на Кајманским острвима, Вермонту, на Британским девичанским острвима, Гернсију, на Барбадосу, у Луксембургу, на Карибима, Хавајима, на Куби, острву Ман, итд.³⁰

5. Пораст броја кептив друштава

Разлози за пораст броја кептив друштава у свету, налазимо у незадовољству са редовним тржиштем осигурања, као и поменути предностима кептив друштава. Но, морамо издвојити и економске разлоге за оснивање ових друштава. Они се односе на уштеду трошкова, уједначавање и усаглашавање целокупне осигуравајуће заштите, обезбеђење покрића таквих ризика које није понуђено од других осигуравача, другачије опорезивање премије осигурања, повољнији приступ реосигурању, итд.³¹

Већина великих компанија има своја кептив друштва. Неке од њих имају и више ових друштава. На пример, једно кептив друштво које осигурава општу одговорност, одговорност за заштиту животне средине, као и одговорност за ризике које носе производи, а друго кептив друштво осигурава раднике.

Поменућемо неке од великих компанија и институција и њихова кептив друштва. Универзитет у Мичигену има своје кептив друштво *Veritas Insurance Company, Johnson & Johnson – Middlesex Assurance Company, Boeing – Astro Limited, New York Times Company – Midtown Insurance Company, C B S Corporation – Central Fidelity Insurance Company, Exxon-Mobil – Ancon Insurance Company*, итд. Оно што се примећује у задње време је да и непрофитне организације оснивају своја кептив друштва.³²

Интересантно је да, у последњој деценији, осигуравајућа друштва оснивају кептив друштва, иако је правило да друштва која се не

28 В. Његомир, *нав. чланак*, стр. 309.

29 В. Његомир, *нав. чланак*, стр. 315.

30 Н. Жарковић, *нав. дело*, стр. 73.

31 Н. Жарковић, *нав. дело*, стр. 74.

32 Доступно на адреси: <http://www.captiveinsurancecompanies.com/> (приступ: 16.3.2013).

баве осигурањем оснивају кептив друштва. То се, нарочито, односи на осигуравајућа друштва која се баве животним осигурањем.³³

6. Разлика кептив друштва од саосигурања и узајамног осигурања

Осигурање којим се бави кептив друштво треба разликовати од саосигурања. Наиме, осигурање које пружа кептив друштво је индиректно осигурање.³⁴ Код саосигурања имамо више осигуравача који заједнички закључују уговор о осигурању и сразмерно носе ризик, односно сразмерно исплаћују суму осигурања, ако дође до настанка осигураног случаја.³⁵ Исто тако, кептив друштва треба разликовати од друштва за узајамно осигурање, иако постоје и одређене сличности код ове две врсте друштава. Сличност је у томе, што се и друштво за узајамно осигурање, као и кептив друштво, оснива, пре свега, ради задовољавања потреба његових чланова. Ту мислимо на покривање ризика, чијим испуњењем може настати штета на страни чланова друштва. Разлика је у томе, што се средства друштва за узајамно осигурање прикупљају од чланова уплатом доприноса, а не премија и она се акумулирају само за потребе накнаде штета и стварања резерви.³⁶ Осим тога, друштво за узајамно осигурање не може обављати послове реосигурања, али може закључивати уговоре о реосигурању за покриће својих осигураних ризика. Постоје и разлике које се тичу начина оснивања, структуре чланова и оснивача друштва за узајамно осигурање, као и покривања губитака код ових друштава.

IV Кептив друштво у Србији

У нашем законодавству предвиђена су само два облика осигуравајућих друштава. Али, у ранијем Закону о осигурању имовине и лица (даље: ЗОИЛ)³⁷ из 1996. године, било је регулисано сопствено друштво за осигурање, односно кептив друштво. То је био трећи облик осигуравајућег друштва који није предвиђен у садашњем законодавству. Разлог регулисања овог облика осигуравајућег друштва у поменутом За-

33 S. Hall, *ibid.*

34 Б. Матијевић, *Осигурање (менаџмент-економија-право)*, Задар, 2010, стр. 158.

35 В. Чоловић, *Осигуравајућа друштва – законодавство Србије, право ЕУ, ујоредно право*, Београд, 2010, стр. 15.

36 П. Шулетић, *нав. дело*, стр. 130.

37 Закон о осигурању имовине и лица (*Сл. лист СР*), бр. 30/96, 57/98, 53/99 и 55/99).

кону било је коришћење предности које доносе форме самоосигурања и оснивање кептив друштва, односно, сопствених осигуравајућих друштва, а које су хтели да искористе менаџери великих и сложених компанија. Поставља се питање, због чега кептив друштво није регулисано у садашњем законодавству. Највероватније, како сматрају неки аутори, због тога што тадашња регулатива, по ЗОИЛ, није била атрактивнија да би привукла стране инвеститоре, као што то није ни садашња регулатива у нашој земљи. Но, и најлибералнија нормативна решења, праћена одређеним повластицама, неће подстаћи оснивање ових осигуравајућих друштава док се не успостави дефинитивна политичка и економска стабилност земље.³⁸ Иначе, ЗОИЛ је само једном одредбом регулисао кептив друштва.³⁹ Било је предвиђено да се састав и начин рада овог друштва има уредити одлуком о оснивању друштва и статутом друштва. На органе управљања примењивале су се одредбе о акционарском друштву за осигурање.⁴⁰

У Србији није основано ниједно кептив друштво по ЗОИЛ. Чињеница је да није довољно предвидети законом овај облик друштва, као што смо рекли. Но, ако се наш законодавац одлучи за увођење овог облика осигуравајућег друштва у наш систем осигурања, тада би много више одредаба требало да буде посвећено кептив друштву. Приликом дефинисања тих одредаба требало би водити рачуна о томе шта је кептив друштво, као и на који начин ово друштво обавља делатност осигурања. Осим тога, систем осигурања код нас, још увек, функционише на нижем нивоу у односу на друге, нарочито развијене земље. Мора се рећи да код нас, иако је регулисано, није нашло своје место ни друштво за узајамно осигурање. Али, за кептив друштва морају егзистирати услови који би привукли стране компаније да их оснивају у нашој земљи. То се, пре свега, односи на трансфер средстава матичног друштва и могућности њиховог пласирања преко кептив друштва које би било основано у нашој земљи. Иначе, урађен је Нацрт новог Закона о осигурању⁴¹ који, такође, не предвиђа могућност оснивања кептив друштва.

38 Ј. Славнић, „Сопствено осигуравајуће друштво, captive“, *Правни животић*, бр. 7–8, вол. 51, 2002, стр. 91.

39 Члан 10, ст. 3 и 4 ЗОИЛ.

40 Ј. Пак, *Право осигурања*, Београд, 2011, стр. 127.

41 Нацрт закона о осигурању израдила је Радна група састављена од представника Народне банке Србије и Министарства финансија Републике Србије. Текст Нацрта је објављен 4.4.2012. на сајту Народне банке Србије, <http://www.nbs.rs/internet/cirilica/20/nacrti.html>. У тренутку писања рада није дошло до измена Нацрта.

V Закључак

Кептив друштво може да пружи значајне користи за матично друштво – оснивача. Кептив друштво може бити успешно само ако је његово оснивање добро испланирано. Функционисање овог друштва не би било могуће без пажљиво изабраног домицила, као и без квалитетног управљања. Наравно, све наведено зависи и од регулисања ове врсте друштва у државама у којима се могу оснивати.⁴²

Да би схватили због чега се компаније одлучују за оснивање кептив друштва, морамо поћи од профита, односно, од дефинисања свих могућности за његово увећање. Једна од тих могућности је и уштеда трошкова код појединих осигурања. Наиме, класична осигуравајућа друштва су веома слична банкама, кад је у питању стицање профита. Осигуравајућа друштва ће смањивати премије осигурања у зависности од ситуације на тржишту осигурања, као и од инвестирања у осигурање. Но, чињеница је да ће премија зависити и од самих осигураних случајева.

Са друге стране, у мери у којој се једно кептив друштво користи за осигурање матичног друштва – оснивача, зависиће и премија коју ће кептив друштво наплатити, а што ће зависити од актуарске процене, као и од искуства са насталим штетама у тој области. Износ премије ће мање зависити од губитака и профита на тржишту. Затим, кептив друштва могу да стварају резерве прикупљањем премија у годинама када је комерцијално осигурање јефтино, а да те резерве користи у годинама када је наведено осигурање скупо.⁴³ Када се плаћа премија осигурања комерцијалном осигуравачу, не плаћају се само стварни трошкови осигурања, већ и профит осигуравача, затим његови административни трошкови,⁴⁴ као и актуарски и други трошкови. Опет напомињемо да се не могу сви ризици осигурати преко кептив друштва. А који ће се ризици осигурати, зависи од бонитета самог матичног друштва, као и од облика кептив друштва.

Видели смо да је ЗОИЛ предвиђао могућност оснивања ових друштва. Питање је због чега је законодавац тада предвидео оснивање кептив осигуравајућих друштва, имајући у виду да су она морала да испуне све услове предвиђене и за акционарска друштва за осигурање. ЗОИЛ није правио разлику између више могућих облика кептив друштва.

Да ли би могло да се очекује од законодавца да у неким будућим изменама и допунама законодавства које регулише осигурање предвиди могућност оснивања кептив друштва? Тешко је то очекивати, ако

42 P. Theriault, *ibid.*

43 J. Adkisson, *Adkisson's Captive Insurance Companies*, Lincoln, 2006, стр. 2–3.

44 J. Adkisson, *нав. дело*, стр. 3.

имамо у виду статус наше земље према ЕУ, као и примене одредаба Директиве ЕУ бр. 2009/138/ЕС⁴⁵ (пројекта „Солвентност II“), чији је циљ увођење свеобухватног управљања ризиком у циљу заштите осигураника. Овај пројекат дефинише своја три стуба на којима почива. Наиме, трећи стуб пројекта нас највише интересује, обзиром да је пројекат „Солвентност II“ осмишљен са намером да се повећа транспарентност и доступност информација свим тржишним учесницима, односно, у циљу учвршћивања механизма тржишта. Овим стубом је предвиђено увођење нових рачуноводствених стандарда заснованих на тзв. фер вредности, подржаних тржишно оријентисаним проценама капитала, чиме ће се стећи потпунија слика о стању солвентности осигураваача, а тиме и побољшати заштита, како осигураника, тако и акционара. Трећи стуб ће уређивати, пре свега, подношење извештаја, односно, све оно што је повезано са прегледношћу пословања осигуравајућег друштва.⁴⁶ Управо ће овакво уређење подношења извештаја утицати на избор домицила, приликом оснивања кептив друштва, односно, домицил ће се селити ван ЕУ. Међутим, чињеница је да су кептив друштва неопходна у савладавању ризика, односно, да су алтернатива класичном осигурању. Због тога би требало дефинисати моделе ове врсте осигурања, односно, ове врсте друштва које би биле у складу са наведеним пројектом. То би, наравно, довело до ограничених могућности кептив друштва, односно, оно неће моћи да испуни функцију коју би његови оснивачи очекивали.

Vladimir ČOLOVIĆ, PhD

Principal Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade

CAPTIVE INSURANCE COMPANIES

Summary

When one company does not transfer risk to the insurer, but retains the risk and is financed by its own funds, then we talk about self-insurance. Self-insurance is used by large businesses that create special funds that will pay for any

45 Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II), OJ L 335/1, 17.12.2009.

46 Л. Јауковић, В. Кашћелан, *Нова регулатива солвентности осигуравајућих компанија у ЕУ – пројекат Солвентности II*, 2007, стр. 82, <http://www.mnje.com> (приступ: 19.3.2013).

damages. Captive insurance companies are established to ensure the founder's own risk, and the risk of their clients, and the founders can be the companies which may be engaged in different activities. Captive insurance fall into alternative forms of insurance. Establishment of the captive insurance company depends on the ownership structure and functioning of the company – the founders. Captive insurance company will depend on the needs and financial strength of the founder. Most captive insurance companies founded on Bermuda, then, on the Cayman Islands, in Vermont, on the British Virgin Islands, on Guernsey, on Barbados, in Luxembourg, on the Caribbean and on Hawaii. In Serbia, the Act on Insurance of Property and Persons from 1996 regulated the establishment of captive insurance companies. Today, that is not provided. In this paper, the author raises the question whether it is enough, just to provide legal definition of the possibility of establishing this kind of company or is it necessary to create the appropriate conditions, relating primarily to the appropriate financial regulations.

Key words: *captive insurance company, self-insurance, risk, premium of insurance, parent company, Bermuda.*

др *Владимир САВКОВИЋ*
доцент на Правном факултету Универзитета Црне Горе

**ПОВОДОМ СТУПАЊА НА СНАГУ КОНВЕНЦИЈЕ
УЈЕДИЊЕНИХ НАЦИЈА О УПОТРЕБИ
ЕЛЕКТРОНСКИХ СРЕДСТАВА КОМУНИКАЦИЈЕ
У МЕЂУНАРОДНИМ УГОВОРИМА
НАЧЕЛА ХАРМОНИЗАЦИЈЕ И ОДНОС СА
ПРАВНОМ ТЕКОВИНОМ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ**

Резиме

Циљ овог рада је ујоредна анализа два, за ове њросџоре релеванџна наднационална реџулаџорна оквира елекџронске џрџовине, Конвенџије Уједињених наџија и двије кључне дирекџиве Евроџске уније у овој обласџи. Ауџор џрво исџиџе кључна начела на чиџим би џемељима џроџес хармонизације националних закона у овој обласџи џребало да се одвија, да би у друџом дијелу рада, уз џодирџавање разлика у оџсеџу џримјене, уџоредио конкретна рјешења џојединих, кључних џиџања. Наџлашавајуџи чињеницу да се у Конвенџији даје џримаџи џравилима реџионалних економских орџанизација, џоџуџи Евроџске уније, ауџор исџиџе да је џиме џоџово обесмишљена свака идеја џрисџуџања Конвенџији од сџране држава чланица Евроџске уније, џособно када се има у виду да сама Конвенџија остџавља моџућносџи џрисџуџања исџиџи и од сџране џоменуџиџх реџионалних економских орџанизација.

Кључне речи: *елекџронска џрџовина, Уједињене наџије, Евроџска унија, џринџиџи хармонизације, вријеме закључења уџовора, елекџронски аџенџи, елекџронски џоџиџиси.*

I Увод

Уговор закључен у електронској форми, као и било који други, може се одликовати елементом иностраности.¹ Штавише, имајући у виду чињеницу да се претежан број електронских трансакција закључује, односно обавља преко Интернета, те имајући у виду глобални карактер и готово неограничене могућности ове отворене рачунарске мреже, за очекивати је да код уговора закључених у електронској форми, за разлику од осталих, елемент иностраности представља правило, а не изузетак од истог. Сходно томе, класични проблеми којима се бави међународно приватно право, одређивање надлежног суда, односно мјеродавног права, знатно су чешћи, а тиме и израженији код електронске форме, него код осталих форми уговора. Управо ово узрокује чињеницу да су хармонизација права електронске трговине, односно унификација, као њен крајњи циљ, од наглашеног значаја за правно сигурно одвијање електронских трансакција и унапређење националних и свјетске економије уопште.² Коначно, све то чини покушај глобалне хармонизације и дјелимичне унификације права електронске трговине, који учињен Конвенцијом Уједињених нација о употреби електронских средстава комуникације у међународним уговорима (енгл. *United Nations Convention on Use of Electronic Communications in International Contracts*, у даљем тексту: Конвенција) вриједним пажње.³ Ово тим прије што је ријеч о првом покушају такве врсте и инструменту глобалне хармонизације права електронске трговине са потенцијално високим домаћајима на том плану, који је, уз то, у марту 2013. године ступио и на снагу у једном броју држава потписница.⁴

1 Подцртајмо, електронска форма је један од облика писане форме уговора, уз раније доминантну папирну форму.

2 Овдје се мисли на електронску трговину у ужем схватању овог појма. Дакле, као преговарања, закључења и евентуалног извршења уговора уз примјену електронских средстава комуникације (електронски уговори).

3 На предлог Комисије за међународно трговинско право – *UNCITRAL* (енгл. *United Nations Commission on International Trade Law*), Генерална скупштина Организације Уједињених нација у новембру 2005. године усвојила је Конвенцију о употреби електронских средстава комуникације у међународној продаји робе. Сама Конвенција отворена је за потписивање за све државе чланице Уједињених нација 16. јануара 2006. године и до данас ју је потписало 19 држава, укључујући велике свјетске економије попут Кине и Русије. Потписала ју је и Црна Гора, што исту, видјећемо касније, може довести у противурјечан положај. Ратификовале су је свега три државе потписнице, што је ипак било довољно за њено ступање на снагу 1. марта 2013. године.

4 Овдје је потребно назначити и то да је на предлог *UNCITRAL*-а још 1996. године усвојен, од стране Генералне скупштине Уједињених нација, Модел Закон о електронској трговини, те да је у истој процедури, 2001. године, усвојен и Мо-

У даљем тексту, предмет наше пажње биће кључна начела хармонизације права електронске трговине, највећим дијелом отјелотворена у самом тексту Конвенције, те нека од њених најзначајнијих нормативних рјешења са становишта односа тог међународног регулаторног режима са правном тековином Европске уније у датој области. Ово је питање од посебног значаја, видјећемо касније, управо за земље кандидате за чланство, попут Црне Горе или Србије.

II Принципи хармонизације права електронске трговине

Дефинисање кључних принципа, начела на којима се процес хармонизације права електронске трговине данас заснива или би се, пак, требао заснивати, услов је успјешног одвијања самог процеса, а њихово познавање основ теоријске обраде, односно анализе постојећих инструмената у склопу истог. Другим ријечима, ови принципи представљају незаобилазан критеријум у оцјени постигнутих резултата на плану хармонизације права електронске трговине.

Принципи који ће овдје бити наведени, наглашавамо, углавном нијесу техничке, оперативне природе. Ријеч је, наиме, о принципима суштинског, доктринарног карактера. Правним начелима на којима треба заснивати један квалитетан позитивноправни, законски оквир електронске трговине, који ће једино тако испунити своју основну функцију, да представља квалитетан правни основ за закључење пуноважног уговора у електронској форми, и то на ефикасан и начин праћен високим нивоом правне сигурности уговорних страна и заинтересованих трећих лица.

дел Закон о електронским потписима. Иако су ови инструменти хармонизације имали одређен утицај на законе једног броја земаља, због њихове необавезујуће природе, не могу претендовати на потенцијални домашај и значај Конвенције. Више о разлозима, околностима и постигнутим ефектима ова два модел закона Уједињених нација вид. Sorieul Renaud, Clift R. Jennifer, Estrella-Faria José Angelo, „Establishing a legal framework for electronic commerce: The Work of the United Nations on International Trade Law (UNCITRAL)“, *International Lawyer*, Spring 2001, стр. 114–116. Поред тога, вриједне помена на овом мјесту су још неке међународне организације и њихови напори на плану глобалне хармонизације права електронске трговине, с тим што је њихов успјех на том плану знатно мањи и у односу на онај постигнут доношењем и „пласирањем“ поменутих модел закона. Ријеч је о Свјетској трговинској организацији (енгл. *World Trade Organization – WTO*), Организацији за економску сарадњу и развој (енгл. *Organization for Economic Cooperation and Development – OECD*), Интернационалној телекомуникационој унији (енгл. *International Telecommunication Union – ITU*), Међународној привредној комори (енгл. *International Chamber of Commerce – ICC*). Више о томе вид. Amelia H. Boss, „The Evolution of commercial law norms: Lessons to be learned from electronic commerce“, *Brooklyn Journal of International Law*, бр. 34/2009, стр. 673–707.

Како се истиче у литератури, „одговор законодавца (на комерцијалну примјену електронских средстава комуникације, прим. аут.) би требало да буде опрезан, иновативан и усклађен с очекивањима пословних субјеката и потрошача, као и са предвидљивом реалношћу у кретањима глобалне електронске трговине“.⁵ Слажући се с изнијетом оцјеном, на овом мјесту наводимо и начела на којима поменути „одговор“, сматрамо, треба да буде заснован.

Прво, уговорима закљученим у електронској форми требало би признати исто правно дејство као и другим уговорима закљученим у писаној форми. У ту сврху, законска правила која захтијевају уговор у писаној форми и потпис уговарача на истом, требало би модификовати тако што ће бити изричито прописано да и електронска форма, у правилу, испуњава такав захтјев, или их, пак, треба тумачити тако да исти *in limine* не искључују могућност примјене електронских средстава комуникације у закључењу уговора.

Друго, правни оквири електронске трговине морају да садрже јасна и недвосмислена правила о томе када, гдје и под којим условима се уговор закључен у електронској форми сматра пуноважним. Ова правила, истовремено, требало би да у највећој могућој мјери одсликавају традиционална, устаљена правила уговорног права, али и да буду прилагођена, односно усклађена са процедурама електронског уговарања, већ устаљеним у савременом пословном свијету. У том контексту, од посебног значаја је примјена данас широко прихваћеног концепта функционалне еквиваленције, чије је основно полазиште у односу према електронској форми уговора да је треба третирати као правно ваљану и равноправну врсту писане форме кад год иста задовољава функције, односно захтјеве због чијег се испуњавања писана форма и захтијева.⁶

Треће, нормативна рјешења требало би да буду технолошки неутрална, тј. правни оквири електронске трговине не би смјели да имају за своју сврху или узгредну последицу охрабривање или, пак, императивно прописивање примјене одређене технологије. Ово питање, чини се, посебно је актуелно када су технологије електронског потписа у питању. Наиме, електронска трговина је још увијек млада форма одвијања правног промета, па су и механизми, односно различита технолошка рјешења које се користе приликом обављања трансакција електронским путем

5 Више о томе вид. Christopher T. Poggi, „Electronic commerce legislation: An Analysis of European and American approaches to contract formation“, *Virginia Journal of International Law*, autumn 2000, стр. 233.

6 Више о принципу функционалне еквиваленције вид. Nimmer T. Raymond, Towle K. Holly, *The Law of electronic commercial transactions*, New York, 2003, дио 4.04.

још увијек недовољно истражени и додатно подложни промјенама услед унапређења постојећих, па и појаве нових технологија. Коначно, то је и разлог услед којег је остављање простора за неминовна и корисна унапређења постојећих и закониту примјену нових технологија, прије свега, кроз одсуство било какве позитивне дискриминације, императив законских оквира електронске трговине.

Четврто, законски оквири електронске трговине морали би бити неутрални и у односу на извор информација, односно докумената у електронској форми и електронског потписа. Наиме, највећи потенцијал електронске трговине, обзиром на природу Интернета као најчешће коришћене технологије за пренос информација, је управо у прекограничном правном промету. Стога је једнак правни третман електронских докумената, потписа и сертификата који долазе с територије различитих јурисдикција такође императив.

Најзад, законски оквири електронске трговине који се установљавају широм свијета требало би да садрже слична и међусобно усклађена рјешења, заснована на горе назначеним и другим начелима садржаним управо у међународним конвенцијама или инструменти-ма који имају приближан степен обавезности, а не у модел законима или другим формама тзв. „меког међународног права“. Кључни аргумент за то је што конвенције чином ратификације постају саставни дио унутрашњег права једне државе. Такође, иако често држава потписница, приликом полагања инструмената ратификације, може поднијети и сопствене амандмане на текст ратификоване конвенције, чињеница је да се рјешења садржана у конвенцијама, у односу на она из модела закона и других облика меког права, по правилу, рјеђе мијењају приликом интегрисања у унутрашње правне поретке. То свакако говори у прилог ставова да Конвенција о којој је овдје ријеч у већој мјери доприноси хармонизацији, односно унификацији бројних националних правних оквира који регулишу примјену електронских технологија и средстава комуникације у обављању комерцијалних трансакција, што су ставови које можемо подржати, иако литература није лишена ни аргументације у супротном правцу.⁷

⁷ Сама идеја у вези са доношењем Конвенције критикује се у литератури из неколико разлога. Први аргумент у овом правцу ослања се управо на то да већ постоје модел закони, те да држава која жели отклонити препреке за несметано одвијање електронских трансакција то може учинити његовим усвајањем. Други аргумент општијег је типа и тиче се поступка измјене текста Конвенције, као компликованијег у односу на поступак измјене обичног закона, а у случају да се јави потреба за регулаторном хармонизацијом нових појава и односа у вези са електронском трговином. Вид. John D. Gregory, „The proposed UNCITRAL Convention on Electronic Contracts“, *Business Lawyer*, November 2005, стр. 316–319.

III Кључна регулаторна рјешења у свијетлу односа са правом Европске уније

Конвенција је подијељена на четири дијела и обухвата дио који се односи на опсег примјене (чл. 1–3), дио који се односи на опште одредбе (чл. 4–7), дио који се односи на употребу електронских средстава комуникације код међународних уговора (чл. 8–14) и завршне одредбе (чл. 15–24), којима је обухваћена готово половина чланова читаве Конвенције, што се понегдје истиче и као негативна околност.⁸

Прије фокусирања на нека специфична рјешења Конвенције, па и њиховог поређења са одговарајућим рјешењима истих питања у склопу правне тековине Европске уније, неопходно је нагласити да су творци Конвенције, очигледно имајући у виду препреку коју би регулаторни режим, већ успостављен правном тековином Европске уније у овој области, могао представљати за ширење примјене Конвенције на тлу Европе, чланом 17 исте предвидјели могућност да потписнице исте буду и регионалне економске организације формиране од стране суверених, међународно признатих држава.⁹ Ставом 1 овог члана прописано је да ће регионална економска организација која потпише и ратификује Конвенцију имати иста права и обавезе као и државе потписнице, наравно, само у дијелу обавеза које су тој организацији претходно и пренијете у надлежност. Логично, о дијелу обавеза пренијетом на њу, регионална економска организација би, у складу са одредбом из члана 17 став 2, посебном декларацијом морала обавијестити депозитара Конвенције. Најзад, кључна одредба у погледу односа регулаторног режима електронске трговине успостављеног Конвенцијом и оног креираног директивама Европске уније садржана је у одредби из става 4 члана 17. Њоме се експлицитно даје примат прописима регионалних економских организација који регулишу односе између уговорних страна чија се сједишта налазе у различитим државама чланицама такве организације, под условом да су ти прописи експлицитно наведени у горе поменутој декларацији из става 1 члана 17. То практично значи да, уколико би Европска унија потписала и ратификовала текст Конвенције,¹⁰ одредбе из

8 Вид. Весна Живковић, „Конвенција Уједињених нација о употреби електронских комуникација у међународним уговорима“, *Сјрани правни животи*, бр. 3/2007, стр. 62.

9 Као најзначајнији од читавог низа прописа, правну тековину Европске уније у овој области чине Директива 2000/31/ЕС (*OJ L 178*, од 17.7.2000.), позната под називом: Директива о електронској трговини, те Директива 1999/93/ЕС (*OJ L 13*, од 19.1.2000), позната под називом: Директива о електронским потписима.

10 Што није незамисливо, обзиром на мандат дат Европској комисији да са УНЦИТРАЛ-ом отвори преговоре на ту тему још 2005. године.

правне тековине Европске уније би у неизмијењеној форми остале на снази, између осталог, регулишући и међународне електронске уговоре кроз законе држава чланица Европске уније којима су транспоноване у националне правне системе.

Горе наведена околност, у мјери у којој се предмет регулисања једног међународног и другог регионалног регулаторног режима преклапају, неспорно релативизује потенцијални значај и утицај Конвенције на националне правне оквире електронске трговине држава чланица Европске уније. Штовише, када се посматрају упоредо текст Конвенције и текст Директиве о електронској трговини, односно Директиве о електронским потписима, није тешко примјетити да ова преклапања нијесу мала, не занемарујући при том ни чињеницу да се Конвенција, за разлику од директива, односи само на електронске уговоре са специфичним елементом иностраности.¹¹ У том смислу, предмет наше даље анализе биће поједине одредбе Конвенције којима се уводе регулаторна рјешења односа произишлих из њом регулисаних електронских уговора, а која су суштински другачија у односу на одредбе раније наведених директива. Уз њих, предмет анализе биће и рјешења којима се регулишу специфични односи из области међународне електронске трговине, а који нијесу предмет регулисања у правној тековини Европске уније.

Директива о електронској трговини у погледу инструкције о тренутку закључења електронских уговора садржи само назнаку о томе да се електронска порука са својством понуде или прихвата понуде има сматрати примљеном када лица којима је намијењена могу да јој приступе (члан 11 став 1 тачка 2). Конвенција, пак, утврђује не само тренутак пријема, већ и тренутак у којем се електронска порука има сматрати послатом (члан 10 став 1). Приступ из Конвенције је неспорно комплетнији, а сматрамо да је понукан потребом обезбјеђивања унифицираног регулаторног рјешења како за ситуације у којима поступајући судови примјењују национално уговорно законодавство које почива на теорији пријама у погледу утврђивања тренутка закључења уговора, тако и за случајеве у којима имају бити примјењена законодавства

11 Опсег примјене Конвенције су „електронске комуникације у вези са закључењем или извршењем уговора између уговорних страна чије се сједиште налази у различитим државама“ (члан 1 Конвенције). Опсег примјене правне тековине Европске уније, у првом реду Директиве о електронској трговини, много је шири, тако да, између осталог, обухвата и уговоре у електронској форми, и то без обзира да ли су уговорне стране из различитих држава или не (члан 1 став 2 Директиве о електронској трговини). Изричити (члан 1 став 5) и дозвољени – опциони (члан 9 став 2) изузеци од примјене одредби Директиве о електронској трговини се не поклапају у потпуности са изузецима од примјене одредби Конвенције (члан 2), али ове разлике у регулаторном приступу опсегу примјене нијесу од значаја у контексту наше анализе.

базирана на теорији одашиљања.¹² Дакле, у погледу утврђивања тренутка у ком се електронска порука има сматрати послатом Конвенција разликује ситуацију у којој уговорне стране комуницирају из различитих информационих система, када се порука сматра послатом у тренутку када напусти информациони систем њеног пошиљаоца или лица које је поруку послало за њега, као и ситуацију у којој се комуникација између уговорних страна одвија у оквиру истог информационог система, у ком случају се порука сматра послатом онда када је иста примљена од стране лица којем је и упућена. Надаље, у погледу тренутка када се порука у електронској форми има сматрати примљеном, у Конвенцији се прави разлика између случаја у којем је прималац претходно назначио своју електронску адресу, када се порука сматра примљеном у тренутку када прималац тој поруци може приступити и преузети је, односно ситуације у којима електронска адреса није претходно назначена од стране примаоца, у којем случају се порука има сматрати примљеном у тренутку кумулативног испуњења услова да је порука постала доступна примаоцу и да је он постао свјестан те чињенице (члан 10 став 2). Коначно, опет за разлику од Директиве о електронској трговини, у покушају постизања већег степена хармонизације националних правних оквира електронске трговине, Конвенција садржи и одредбе о утврђивању мјеста из којег се електронска порука има сматрати послатом, односно мјеста у којем се има сматрати примљеном. У првом случају ријеч је о мјесту у којем се налази пословно сједиште пошиљаоца, а у другом о мјесту у којем се налази пословно сједиште примаоца поруке. Штотвише, у члану 6 Конвенције дати су релативно прецизни критеријуми за утврђивање пословног сједишта, односно његове алтернативе у случају да је уговорна страна физичко лице које није и предузетник.

Значајан допринос Конвенције на плану иновације и усклађивања регулаторних рјешења у праву електронске трговине са развојем нових технологија дат је и покушајем регулисања употребе технологије вјештачке интелигенције у поступку закључивања уговора. Прецизније, ријеч је о члану 12 Конвенције којим је регулисана примјена тзв. „електронских агената“ у закључењу уговора. У овом тренутку, поред правних система САД-а и Канаде, Конвенција је једини значајан регулаторни оквир који садржи њихову дефиницију, односно покушај нормирања модела и специфичних правних посљедица њихове примјене.¹³ Прак-

12 Више о примјени класичних теоријских полазишта у погледу утврђивања тренутка закључења уговора у електронској форми вид. Valerie Watnick, „The electronic formation of contracts and the Common Law Mailbox rule“, *Baylor Law Review*, winter 2004, стр. 176–202.

13 Одредба из члана 4 став 1 тачка г дефинише систем за аутоматско слање порука као „компјутерски програм, електронско или аутоматизовано средство које слу-

тично, рјешење садржано у члану 12 Конвенције је такво да се усвајањем и ратификовањем Конвенције државе потписнице обавезују да неће доводити у питање пуноважност уговора закључених у интеракцији физичког лица (које иступа у своје или у име другог физичког или правног лица) и електронског агента или, пак, у међусобној интеракцији два или више електронских агената, само због тога што физичко лице није било у могућности да изврши увид или направи евентуалну измјену код сваке од активности, тј. радњи предузетих од стране електронског агента. Међутим, иако несумњиво представља квалитативни помак у правцу афирмације примјене технологије вјештачке интелигенције код уговарања електронским путем, сматрамо да је одредба члана 12 Конвенције прилично уопштена и само по себи више представља најшири нормативни исказ начела технолошке неутралности у правцу афирмације описане примјене технологије вјештачке интелигенције код закључења електронских уговора, него квалитетан правни оквир за рјешење тиме изазваних сложених правних проблема. То, наравно, не значи да на темаљима овако постављеног „стратешког“ одређења за признавање пуноважности ове посебне врсте електронских уговора, национални законодавци не би могли изградити комплетнији законски оквир који би ријешо нека или већину отворених питања.

У вези са употребом електронских агената у поступку преговарања, закључења, а неријетко и извршења уговора електронским путем, посебно треба истаћи оригинално рјешење из члана 14 Конвенције. Њиме је установљено посебно право физичког лица које направи омашку приликом уношења података у комуникацији са електронским агентом, а када му електронски агент сам не даје могућност исправке. Ово право се састоји у неизвршењем уговора условљеном овлашћењу таквог физичког лица да без последица повуче проблематични дио комуникације, уколико је о потреби повлачења друга страна (власник или корисник електронског агента, прим. аут.) обавијештена без одлагања, тј. одмах након сазнања о учињеној омашки.

жи започињању одређене активности или одговарању на поруке или обављању, дјелимичном или потпуном, без претходног увида или интервенције од стране физичког лица сваког пута када је нека активност предузета или је генерисан одговор на неку активност од стране таквог система“. Ово је дефиниција која је уопштена, али и довољно широка да обухвати различите врсте вјештачки интелигентних рачунарских програма, чак и оне који припадају најновијој, трећој генерацији чији се примјерци одликују способношћу имитације когнитивног процеса и учења, тј. усавршавања на бази сопственог искуства, што исте чини релативно непредвидљивим и посебним изазовом за правну науку. Више о појму електронских агената, изазовима њихове примјене, потенцијалним теоријским и законским рјешењима њихове комерцијалне примјене: Владимир Савковић, *New Perspectives of South-East European Private Law – Legal Aspects of Using Artificial Intelligence Technology in Electronic Contracting*, Скопје, 2012, стр. 153–165.

Последње конкретно регулаторно рјешење Конвенције које ћемо овдје анализирати односи се на једно од најзначајнијих питања у погледу правне сигурности електронске трговине, електронску форму потписа. Електронски потписи предмет су регулисања одредаба из члана 9 става 3, а посебан значај ових одредаба јесте у томе што је њихова дикција таква да исте до краја досљедно подржавају принцип технолошке недискриминације извора електронских потписа. Суштински, то подразумева да ће примјењујући Конвенцију у дијелу утврђивања валидности потписа суд бити обавезан да води рачуна само о томе да ли је у конкретном случају употријебљен тип електронског потписа, односно метод идентификације и потврде намјере потписника, довољно поуздан и ефикасан у остваривању кључних функција потписа уопште. Критеријум којим се при томе суд има руководити суштински није прецизиран у Конвенцији¹⁴, што је цијена досљедне примјене принципа технолошке недискриминације, а могуће и утицај писаца Конвенције који долазе из англо-америчког правног система, гдје је ослањање на дискрециону процјену конкретних околности од стране суда знатно чешће. Најзад, за разлику од Конвенције, познато је да Директива о електронском потпису *a priori* фаворизује, позитивно дискриминише технологију напредних електронских, односно дигиталних потписа (члан 5 став 1), те стога и овдје постоји суштинска концепцијска разлика у приступима два регулаторна режима.¹⁵

IV Закључак

Конвенција Уједињених нација о употреби електронских средстава комуникације у међународним уговорима, која је 1. марта 2013. и ступила на снагу, представља нови, потенцијално веома значајан и позитиван импулс процесу хармонизације правних оквира електронске трговине на глобалном плану. Да ли ће се поменути потенцијал и реализовати, тешко је рећи са сигурношћу, но, имајући у виду начелну или ратификацијом већ „материјализовану“ подршку неких од глобално најзначајнијих економија, позитивна очекивања су реална. На другој страни, у контексту анализе односа овог регулаторног режима са једним регионалним правним оквиром, попут правне тековине Европске уније у овој области, можемо подвући сљедеће. Предвиђајући могућност приступања Конвенцији од стране регионалних економ-

14 Иако се у члану 9 став 3 тачка б алтернативно наводи пар најшире постављених критеријума.

15 Владимир Савковић, „Електронски потписи код закључења уговора путем Интернета“, *Правни живоић*, бр. 11/2006, стр. 487–497.

ских организација, те дајући у таквим ситуацијама примат њиховим правилима у погледу примјене на територији држава чланица тих организација, творци овог новог инструмента хармонизације уговорног права на глобалном плану готово да су обесмислили сваку идеју о ратификацији Конвенције од стране постојећих и будућих чланица Европске уније. Штовише, имајући у виду да је Европска комисија отпочела активности на плану ратификације још 2005. године, за очекивати је да ће Конвенцији, уз евентуалне мање резерве, приступити управо Европска унија, и то у својству регионалне економске организације (у складу са чланом 17 Конвенције). Коначно, без обзира на донекле сужени опсег уговора на који се Конвенција примјењује, то би свакако представљало додатан импулс даљој хармонизацији права електронске трговине на нивоу Европске уније. Наиме, како смо видјели, нека регулаторна рјешења Конвенције су комплетнија, а нека су сасвим иновативна у односу на она из правне тековине Европске уније. То се посебно односи на индиректно утврђивање тренутка и мјеста закључења уговора, комерцијалну примјену технологије вјештачке интелигенције у поступку закључења уговора у електронској форми и досљедну изведбу принципа технолошке недискриминације када је ријеч о електронским потписима.

Vladimir SAVKOVIĆ, PhD

Assistant Professor at the Faculty of Law University of Montenegro

ABOUT UN CONVENTION ON USE OF ELECTRONIC COMMUNICATIONS IN INTERNATIONAL CONTRACTS

PRINCIPLES OF HARMONIZATION AND RELATIONSHIP WITH THE LAW OF THE EUROPEAN UNION

Summary

The aim of this article is to make a comparative analysis of two regulatory regimes of electronic commerce important for this region, UN Convention on Use of Electronic Communications in International Contracts and two key EU directives. The author first points out key principles that harmonization of electronic commerce process should be based on. Later on, he underlines the difference between the two concerning their scope of application and proceeds with

pointing out their differences in regulating certain key issues. Finally, after emphasizing the fact that the Convention acknowledges that the rules of regional economic organizations will prevail over the rules stipulated in Convention if the adequate procedure is followed and, furthermore, that Convention can be signed by such organizations as well, author concludes that this fact practically makes meaningless the idea of an EU member country or even an EU member candidate country signing the Convention.

Key words: *electronic commerce, United Nations, European Union, principles of harmonization, time of contract conclusion, electronic agents, electronic signatures.*

др Мирјана РАДОВИЋ, LL.M. (Humboldt)
доцент на Правном факултету Универзитета у Београду

НОВИ ПРАВНИ РЕЖИМ РОКОВА ИЗМИРЕЊА НОВЧАНИХ ОБАВЕЗА ИЗ ТРГОВИНСКИХ УГОВОРА^{*}

Резиме

У овом раду аутор анализира измене режима рокова плаћања у трговинским уговорима, које су у српско право уведене новим Законом о роковима измирења новчаних обавеза у комерцијалним трансакцијама. Први део рада је посвећен објашњењу разлога за усвајање посебних правних правила у овој материји. Затим су приказани основни извори права релевантни за ишћање рокова плаћања у трговинским уговорима. Будући да је у Србији нови правни режим рокова плаћања резултат обавезе усклађивања домаће права са правом Европске уније, посебна пажња је посвећена истраживању одговарајуће комунитарној права. Централни део рада пружа детаљну кривичку анализу правила новог закона која се односе на рокове плаћања. На овом месту су посебно истакнуте разлике новог правног режима у односу на досадашња правила Закона о облигационим односима и Ојшћих узанси за промет робом. Појмом, аутор указује на разлике режима новог закона у односу на правила Конвенције УН о међународној продаји робе, која ошћају да важе и након стиуања на снагу закона, наравно, у домену примене одредаба конвенције. Најзад, али не и најмање важно, у раду се детаљно пореде решења новог српског правног режима рокова плаћања са решењима Директиве 2011/7/EУ,

^{*} Рад представља прилог пројекту Правног факултета Универзитета у Београду „Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске уније – правни, економски, политички и социолошки аспекти (2013)“.

како би се утврдило у којој мери је остварена хармонизација српској са комунићарним љравом, као један од основних циљева доношења новој закона.

Кључне речи: љрговински ујовор, комерцијална љрансакција, рок љлаћања, новчана обавеза, љривредни субјектљ, јавни сектљор.

І О разлозима посебног правног уређења рокова плаћања у трговинским уговорима

Одложено плаћање испоручене робе, односно пружених услуга, у трговинским пословима је постало уобичајена пракса широм Европе.¹ Оно се у теорији означава и као ‘трговачки кредит’, и не изазива нарочиту пажњу законодавца у ситуацији када је уговорен између равноправних субјеката.² Међутим, уговарање дужег рока плаћања често представља резултат слабије преговарачке моћи малих и средњих предузећа као испоручилаца робе, односно пружалаца услуга, у односу на велике и економски снажније партнере.³ Осим тога, дужници новчаних обавеза из трговинских послова све више систематски користе дуге рокове плаћања као један од механизма финансијског планирања.⁴ Тако су произвођачи, препродавци или пружаоци услуга постали приморани да преузимају улоге пословних банака у односу на сауговараче, кредитирајући их упркос чињеници да најчешће нису адекватно организовани за бављење том делатношћу.⁵

Дуги рокови плаћања у трговинским уговорима представљају нарочити проблем за мала и средња предузећа као повериоце новчаних обавеза. Ови субјекти се теже носе са проблемом нередовног прилива новчаних средстава. Предугачки рокови плаћања њима узрокују веће трошкове, због слабије економске моћи и недовољне опремљености

1 Directive 2011/7/EU of the European Parliament and of the Council of 16 February 2011 on combating late payment in commercial transactions, *OJ L 48*, 23.2.2011 (даље у фус-нотама: Late Payment Directive), Recital 2.

2 Ivan Tot, „Pravna osnova i ciljevi Direktive 2011/7/EU o suzbijanju zakašnjenja s plaćanjem u trgovačkim ugovorima“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 50, 1/2013, стр. 225.

3 I. Tot, *нав. чланак*, стр. 227.

4 Andreas Knapp, „Das Problem der bewußten Zahlungsverzögerung im inländischen und EU-weiten Handelsverkehr“, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Bd. 63, 1999, стр. 296.

5 A. Knapp, *нав. чланак*, стр. 296.

за праћење благовремених наплата.⁶ Уз то, смањени прилив новчаних средстава услед одлагања плаћања изазива скромније могућности инвестирања, повећану потребу за узимањем кредита (зајма), умањење конкурентности, већу изгубљену добит (у економској терминологији: опортунитетне трошкове), а самим тим и пораст цена производа, односно услуга.⁷ Наведене последице дугих рокова плаћања у крајњем исходу могу да доведу и до стечаја повериоца новчаних обавеза,⁸ а када су ови проблеми широко распрострањени у једној земљи, губитак радних места услед бројних стечајних поступака може да изазове општи пораст незапослености.

У Европској унији се мала и средња предузећа сматрају кључним за стварање радних места и опоравак од финансијске и економске кризе, а управо су она највише погођена праксом неправедно дугих рокова плаћања.⁹ Осим тога, уочено је да различит правни режим и пракса у вези са роковима плаћања у државама чланицама дестимулише мала и средња предузећа да извозе робу или пружају услуге широм Заједнице.¹⁰ Све то се негативно одражава на развој и међународну конкурентност унутрашњег тржишта,¹¹ због чега је и одлучено да се материја рокова плаћања у трговинским уговорима уреди посебним правним правилима у оквиру директиве као обавезујућег правног акта за државе чланице. Увођењем новог режима рокова плаћања у трговинским уговорима, комунитарно право настоји да подстакне развој праксе и културе брзог, али и благовременог плаћања,¹² уз пружање неопходне заштите малим и средњим предузећима у односу на јаче пословне партнере.¹³ Пратећи активност Европске уније на овом пољу, а имајући у виду да је проблем неоправдано дугих рокова плаћања карактеристичан и за домаћу трго-

6 Sophie A. Hausler, „Directive 2000/35/EC on combating late payment in commercial transactions“, *Columbia Journal of European Law*, Vol. 7, 2001, стр. 293; упор.: Ulrich Huber, „Das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen und die europäische Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr“, *Juristen Zeitung*, бр. 20/2000, стр. 957; А. Кнарп, *нав. чланак*, стр. 296.

7 А. Кнарп, *нав. чланак*, стр. 321.

8 S. A. Hausler, *нав. чланак*, стр. 293.

9 Cara Bilotta, „Ending the Commercial Siesta: The Shortcomings of European Union Directive 2011/7 on Combating Late Payments in Commercial Transactions“, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 38:2, 2013, стр. 702.

10 А. Кнарп, *нав. чланак*, стр. 297; S. A. Hausler, *нав. чланак*, стр. 294.

11 А. Кнарп, *нав. чланак*, стр. 297.

12 Late Payment Directive, Recital 12; упор. Petri Mäntysaari, *The Law of Corporate Finance: General Principles and EU Law. Volume II: Contracts in General*, Springer, 2010, стр. 262; C. Bilotta, *нав. чланак*, стр. 701.

13 P. Mäntysaari, *нав. дело*, стр. 262.

винску праксу, и Србија је 2012. године усвојила нови правни режим рокова плаћања у трговинским уговорима.

II Правно уређење

Из претходно објашњених разлога рокови извршења новчаних обавеза из трговинских уговора подлежу детаљном правном уређењу.

1. Право Србије

Питање рокова плаћања у трговинским уговорима је у праву Србије регулисано општим правилима садржаним у Закону о облигационим односима из 1978. године.¹⁴ Овај закон се примењује на све врсте уговора, и то супсидијерно, под условом да рок плаћања у одређеној врсти уговора није предмет неког другог, специјализованог закона. Уз то, у одређеним случајевима Закон о облигационим односима допушта да се на рок плаћања, уместо законске диспозитивне норме, примене релевантни обичаји. У том погледу су за трговинске уговоре значајни трговачки обичаји, који су у Србији кодификовани у оквиру Општих узанси за промет робом из 1954. године (у даљем тексту: Опште узансе).¹⁵ Најзад, у случају закључења уговора о продаји робе са елементом иностраности за рок плаћања цене могу да буду релевантне одредбе Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе из 1980. године (у даљем тексту: Бечка конвенција), коју је Србија ратификовала 1984. године.¹⁶

Режим рокова плаћања у трговинским уговорима је постао знатно сложенији након ступања на снагу новог Закона о роковима измирења новчаних обавеза у комерцијалним трансакцијама (у даљем тексту: Закон о роковима).¹⁷ Примена Закона о роковима је ограничена на новчане обавезе које проистичу из трговинских уговора („комерцијалних трансакција“) које привредни субјекти закључују међу собом или са субјектима јавног сектора. Једини изузетак од наведеног домена при-

14 Закон о облигационим односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003; даље у фуснотама: ЗОО).

15 Опште узансе за промет робом (*Службени лист ФНРЈ*, бр. 15/54; даље у фуснотама: ОУ).

16 Вид. домен примене конвенције: Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе (*Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 10–1/84; даље у фуснотама: Бечка конвенција), чл. 1–6.

17 Закон о роковима измирења новчаних обавеза у комерцијалним трансакцијама (*Службени гласник РС*, бр. 119/2012; даље у фуснотама: Закон о роковима).

мене постоји када је над привредним субјектом као дужником новчане обавезе из трговинског уговора отворен стечајни поступак. Наведени изузетак је неспоран, имајући у виду да се на доспелост и одређене последице доцње у намирању новчаних потраживања против стечајног дужника примењују специфична правила стечајног права, која су мотивисана равноправном заштитом свих стечајних поверилаца.

Закон о роковима је усвојен 2012. године, а начелно је почео да се примењује од 31. марта 2013. године.¹⁸ Отуда, трговински уговори закључени после 31. марта 2013. године морају да буду усклађени са његовим одредбама о роковима плаћања. Штавише, чак и раније закључени трговински уговори морају да се ускладе са овим законом у случају да карактеристична престација из тих уговора (испорука робе или пружање услуге) није извршена до 31. марта 2013. године. Насупрот томе, на све уговоре који не потпадају под домен примене новог закона и надаље ће се примењивати релевантне одредбе Закона о облигационим односима, односно Општих узанси.

С обзиром на то да је доношење Закона о роковима резултат обавезе хармонизације српског права са прописима Европске уније, на овом месту је потребно указати на релевантно комунитарно право у области рокова плаћања.

2. Право Европске уније

У Европској унији почечи регулативе рокова плаћања у трговинским уговорима датирају из 1995. године, када је Европска комисија донела Препоруку о роковима плаћања у трговинским уговорима.¹⁹ Међутим, наведена препорука није остварила жељени ефекат, будући да државе чланице нису биле обавезне да имплементирају њена правила у своје правне системе.²⁰ Стога је већ 2000. године регулатива рокова плаћања у трговинским уговорима усвојена у облику директиве

18 Закон о роковима, чл. 13 и 17. Изузеци од начелног рока почетка примене закона се односе на следеће дужнике новчаних обавеза: а) привредне субјекте у поступку реструктурирања; б) Републички фонд за здравствено осигурање; и в) кориснике средстава Републичког фонда за здравствено осигурање. Вид.: Закон о роковима, чл. 15 и 16.

19 Commission Recommendation of 12 May 1995 on payment periods in commercial transactions (95/198/EC), OJ L 127, 10.6.1995. Вид.: С. Bilotta, *нав. чланак*, стр. 704; Gerard McCormack, „Retention of title and the EC Late Payment Directive“, *Journal of Corporate Law Studies*, Vol. 1, Part 2, December 2001, стр. 502; S. A. Hausler, *нав. чланак*, стр. 293; Михајло Цветковић, „Европска Директива о сузбијању доцње у испуњењу новчаних обавеза и могућност њене имплементације у наше право“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, LIII, 2009, стр. 238.

20 S. A. Hausler, *нав. чланак*, стр. 293; С. Bilotta, *нав. чланак*, стр. 704.

као обавезујућег правног акта, чије одредбе државе чланице морају да унесу у своја законодавства. Реч је о Директиви 2000/35/ЕЗ о сузбијању закашњења с плаћањем у трговинским уговорима.²¹ На основу ове директиве државе чланице су биле обавезне да хармонизују своја правила о роковима плаћања у трговинским уговорима најкасније до августа 2002. године.

Ипак, проблем дугих рокова плаћања и њиховог непоштовања је наставио да спутава развој унутрашњег тржишта, због чега су већ 2011. године уследиле обимније измене постојећег режима, које су усвојене у оквиру нове Директиве 2011/7/ЕУ о сузбијању закашњења с плаћањем у трговинским уговорима (у даљем тексту: Директива).²² Државе чланице су биле дужне да имплементирају одредбе Директиве најкасније до 16. марта 2013. године.²³ Попут српског Закона о роковима, примена Директиве се ограничава на новчане обавезе које представљају накнаду из трговинских уговора.²⁴ При том се трговински уговори дефинишу као уговори које привредни субјекти закључују међу собом или са субјектима јавног сектора, а тичу се испоруке робе или пружања услуга уз накнаду.²⁵ Директива се ограничава на уређење рокова плаћања из трговинских, а не и осталих уговора, јер се сматра да би њена правила била претерано строга за потрошаче и остале субјекте општег уговорног права.²⁶

Директива има за циљ само минималну хармонизацију, тако да државе чланице могу да усвоје додатна правила о роковима плаћања.²⁷ Уз то, одредбе Директиве су полупринудног карактера, па је државама чланицама дозвољено да од њих одступе у корист повериоца, а на

21 Directive 2000/35/EC of the European Parliament and of the Council of 29 June 2000 on combating late payment in commercial transactions, *OJ L 200*, 8.8.2000; C. Bilotta, *нав. чланак*, стр. 705. У српској правној теорији је присутан и алтернативни превод: Директива о сузбијању доцње у испуњењу новчаних обавеза у трговинским пословима. Вид.: М. Цветковић, *нав. чланак*, стр. 238.

22 Directive 2011/7/EU of the European Parliament and of the Council of 16 February 2011 on combating late payment in commercial transactions (Late Payment Directive). Вид.: Jill Poole, *Textbook on Contract Law*, Oxford University Press, 2012, стр. 387; C. Bilotta, *нав. чланак*, стр. 709. Ова директива чини део пакета директива Европске уније које регулишу уговор о продаји робе. Вид.: Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem, Christopher Kee, *Global Sales and Contract Law*, Oxford University Press, 2012, стр. 42.

23 Late Payment Directive, Art. 12(1); I. Schwenzer, P. Hachem, C. Kee, *нав. дело*, стр. 682; C. Bilotta, *нав. чланак*, стр. 710.

24 Late Payment Directive, Art. 1. Тако је било и у претходној директиви, упор.: P. Mäntysaari, *нав. дело*, стр. 262; U. Huber, *нав. чланак*, стр. 957.

25 Late Payment Directive, Art. 2(1); упор.: U. Huber, *нав. чланак*, стр. 957.

26 U. Huber, *нав. чланак*, стр. 961.

27 Исти је био и приступ Директиве из 2000. године. Вид.: P. Mäntysaari, *нав. дело*, стр. 262; U. Huber, *нав. чланак*, стр. 958.

терет дужника новчане обавезе, али не и обратно.²⁸ Овакав карактер хармонизованог режима рокова плаћања је и разумљив, будући да се основни циљ Директиве састоји у појачаној заштити поверилаца новчаних обавеза од несавесних дужника који одлагање плаћања пословним партнерима користе као један од начина управљања својом ликвидношћу.

III Нови правни режим рокова плаћања у српском трговинском праву

1. Основни појмови новог закона

Приликом уређивања рокова плаћања у трговинским уговорима Закон о роковима користи неколико основних појмова који у српском законодавству и правној теорији немају општеприхваћено значење. Из тог разлога је неопходно појаснити шта се у закону подразумева под изразима ‘комерцијална трансакција’, ‘привредни субјект’, ‘јавни сектор’ и ‘новчана обавеза’.

а) *Комерцијална трансакција*. Комерцијалне трансакције су у закону дефинисане као уговори о испоруци добара или пружању услуга уз накнаду, које закључују привредни субјекти међусобно или са субјектима јавног сектора.²⁹ Термин ‘комерцијална трансакција’ је непосредно преузет из енглеског језика (енгл. *commercial transaction*), иако би његов исправан превод на српски језик био ‘трговински посао’. Дакле, реч је о трговинским пословима, и то теретним уговорима о испоруци добара или пружању услуга између привредних субјеката, односно између привредних субјеката и субјеката јавног сектора.³⁰ Да би се избегле недоумице, Закон о роковима наглашава да комерцијалне трансакције обухватају и комуналне услуге, али и грађевинске и инвестиционе радове, иако се они по својој природи строго посматрано не односе на испоруку добра нити пружање услуге, већ на извршење одређеног дела. Исто тумачење појма комерцијалне трансакције прихвата и Директива.³¹

28 Late Payment Directive, Art. 12(3). Такво правило је познавала и претходна директива, вид.: P. Mäntysaari, *нав. дело*, стр. 262.

29 Закон о роковима, чл. 2 ст. 1 тач. 1.

30 За разлику од дефиниције уговора у привреди у српском Закону о облигационим односима, Закон о роковима не захтева да комерцијалне трансакције спадају у оквир делатности, нити да су у вези са делатношћу лица која их закључују. Упор.: ЗОО, чл. 25 ст. 2.

31 Late Payment Directive, Recital 11. Појам ‘комерцијалних трансакција’ обухвата уговоре о продаји, уговоре о делу, уговоре о услугама, уговоре о теретном налогу, код

б) *Привредни субјект*. За потребе примене одредаба Закона о роковима привредни субјект је дефинисан техником набрајања и једном општом клаузулом, тако да обухвата привредно друштво, предузетника, задругу, регистровано пољопривредно газдинство, али и сва остала правна лица.³² Из угла физичких лица као адресата законских норми овај појам обухвата лица регистрована у својству предузетника (укључујући и лица која се баве старим и уметничким занатима и пословима домаће радиности ако су регистровани као предузетници),³³ а индивидуалне пољопривреднике само ако су уписани у Регистар пољопривредних газдинстава, док обухват лица која се баве слободним професијама зависи од тога да ли им је одговарајућим посебним законом дат статус предузетника.³⁴

Са друге стране, из угла правних лица као адресата законских норми појам привредног субјекта обухвата не само привредно друштво, задругу и регистрованога носиоца пољопривредног газдинства у својству правног лица, него и остала правна лица основана у складу са посебним законом. Укључивање „осталих правних лица“ је обесмислило појам привредног субјекта, који је постао преширок тако да обухвата, примера ради, и установе, задужбине и фондациије, као субјекте општег грађанског, а не трговинског права. Према томе, посебна, строжа правила о роковима плаћања ће се примењивати и на ова правна лица, када закључују теретне уговоре о испоруци добара или пружању услуга са другим правним лицима, предузетницима, регистрованим пољопривредницима или са субјектима јавног сектора.

Дефинисање привредних субјеката у Закону о роковима се значајно разликује од упоредивог појма „предузећа“ (енгл. *undertaking*, нем. *Unter-*

којих су уговорне стране привредни субјекти, односно привредни субјект и субјект јавног сектора. Вид.: U. Huber, *нав. чланак*, стр. 957.

32 Закон о роковима, чл. 2 ст. 1 тач. 3. Укључивање регистрованога пољопривредног газдинства у дефиницију привредног субјекта је неисправно, јер је пољопривредно газдинство производна јединица, што значи објект права, чији носилац (правни субјект) се обавезно региструје у Регистру пољопривредних газдинстава. Исправније би било рећи да појам привредног субјекта обухвата регистроване носиоце пољопривредних газдинстава, као и регистроване чланове породичних пољопривредних газдинстава. Више вид.: Закон о пољопривреди и руралном развоју (*Службени гласник РС*, бр. 41/2009, 10/2013), чл. 2 ст. 1 тач. 4, 5, 7, 8 и чл. 20.

33 Закон о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011), чл. 88 ст. 2. О појму старих и уметничких заната и послова домаће радиности вид.: Правилник о одређивању послова који се сматрају старим и уметничким занатима, односно пословима домаће радиности, начину сертифицивања истих и вођењу посебне евиденције издатих сертификата (*Службени гласник РС*, бр. 56/2012), чл. 2–6.

34 Закон о привредним друштвима, чл. 83 ст. 2.

nehmen, фр. *entreprise*) из Директиве. Наиме, Директива прописује примену посебних правила о роковима на сва физичка или правна лица која наступају у оквиру своје привредне или професионалне делатности.³⁵ У том смислу, Директива се примењује и на физичка лица која нису регистрована као предузетници, односно немају то својство, под условом да закључују трговински посао у оквиру своје привредне или професионалне делатности. Отуда, правила о роковима плаћања важе и за трговинске уговоре са лицима која се баве слободним професијама (на пример, самостални учитељи виолине, физиотерапеути, логопеди, порески саветници, и сл.).³⁶ Насупрот томе, Директива се не примењује у случају да (физичко или правно) лице закључује трговински посао изван своје привредне, односно професионалне делатности. Најзад, за разлику од Закона о роковима, Директива се не примењује на правна лица која не обављају привредну или професионалну делатност, попут установа, задужбина, те су она у том смислу изједначена са потрошачима.³⁷

в) *Јавни сектор*. Субјект јавног сектора је друга могућа врста уговорника у трговинским уговорима у смислу Закона о роковима. Појам „јавног сектора“ је дефинисан на исти начин као у Закону о буџетском систему, па обухвата општи ниво државе и јавна предузећа.³⁸ При том се под општим нивоом државе подразумевају сва лица која су одговорна за прераспodelу буџета Републике Србије, буџета локалних власти, ванбуџетских фондова, укључујући и фондове социјалног осигурања, на свим нивоима власти, као и нетржишне и непрофитне институције које контролише и финансира држава на свим нивоима власти.³⁹

У праву Европске уније је јавни сектор, односно јавна власт (енгл. *public authority*, нем. *öffentliche Stelle*, фр. *pouvoir public*) нешто другачије дефинисана у односу на српски Закон о роковима. Појам јавног сектора у Директиви обухвата државу, регионалне и локалне власти, лица јавног права и удружења једног или више њих.⁴⁰ Да би се неко лице квалификовало као лице јавног права (енгл. *body governed by public law*) потребно је да кумулативно испуњава следеће услове:

1. да је установљено за потребе остварења општег интереса, без индустријског или трговинског карактера;

35 Late Payment Directive, Art. 2(3); U. Huber, *нав. чланак*, стр. 957.

36 Late Payment Directive, Recital 10; U. Huber, *нав. чланак*, стр. 957.

37 U. Huber, *нав. чланак*, стр. 961.

38 Упор.: Закон о роковима, чл. 2 ст. 1 тач. 2; Закон о буџетском систему (*Службени гласник РС*, бр. 54/2009, 73/2010, 101/2010, 101/2011, 93/2012), чл. 2 ст. 1 тач. 13.

39 Вид.: Закон о буџетском систему, чл. 2 ст. 1 тач. 12.

40 Late Payment Directive, Art. 2(2), у вези са: Directive 2004/17/EC, Art. 2(1)(a); Directive 2004/18/EC, Art. 1(9).

2. да има својство правног лица; и
3. да је: а) финансирано претежно од стране државе, регионалних или локалних власти или других лица јавног права, или б) под надзором управљања од стране наведених тела, или в) са административним, менаџерским или надзорним одбором који има више од пола чланова именованих од стране државе, регионалних или локалних власти или лица јавног права.⁴¹

На овај начин дефинисан јавни сектор обухвата, примера ради, универзитете, односно факултете који су већински финансирани од стране државе, јавне власти или других лица јавног права, па би и они морали да поштују строжа правила о роковима плаћања.⁴² За разлику од тога, српски Закон о роковима би у оквиру појма субјекта јавног сектора обухватао само универзитете, односно факултете, које држава истовремено и финансира и контролише.

г) *Новчана обавеза*. Најзад, новчана обавеза на чији рок извршења се примењује Закон о роковима је дефинисана као уговорена накнада за испоруку добара, односно пружање услуга.⁴³ Попут Директиве, циљ закона се састоји у регулативи рокова извршења само примарних уговорних захтева (уговорених новчаних обавеза), али не и секундарних (уговорне казне, накнаде штете због повреде уговора – на пример, закашњења са плаћањем уговорене накнаде).⁴⁴ Закон уређује и висину новчане обавезе, па предвиђа да је дужник обавезан да изврши плаћање о року у износу наведеном у уговору, фактури или другом захтеву за исплату, укључујући директне трошкове набавке.⁴⁵ За разлику од тога, Директива прецизира да деговани износ обухвата износ главног дуга, укључујући и евентуалне порезе, царине, државне намете и накнаде наведене у фактури или одговарајућем захтеву за плаћање.⁴⁶

2. Законски рокови плаћања

У погледу рокова плаћања новчаних обавеза у трговинским уговорима закон садржи: 1) диспозитивно правило о року плаћања у недостатку супротног уговарања; 2) императивно правило о најдужем

41 Directive 2004/17/EC, Art. 2(1)(a); Directive 2004/18/EC, Art. 1(9).

42 Вид. Анекс III Директиве 2004/18/ЕЗ, који садржи листу субјеката јавног сектора у свим државама чланицама Европске уније.

43 Закон о роковима, чл. 2 ст. 1 тач. 4.

44 Late Payment Directive, Recital 8; U. Huber, *нав. чланак*, стр. 961.

45 Закон о роковима, чл. 2 ст. 1 тач. 4.

46 Late Payment Directive, Art. 2(8).

дозвољеном року плаћања; 3) изузетке од основног императивног правила о најдуже дозвољеном року плаћања; и 4) начин рачунања рокова плаћања. При том се у уређењу ових питања прави разлика између: а) трговинских уговора које закључују привредни субјекти међусобно или субјект јавног сектора са привредним субјектом као дужником новчане обавезе; и б) трговинских уговора које привредни субјекти закључују са субјектом јавног сектора као дужником новчане обавезе. Основни разлог за прављење наведене разлике се огледа у томе што субјекти јавног сектора имају мање проблема са ликвидношћу, њихов прилив новца је стабилнији, а могућности за финансирање су веће и повољније у односу на привредне субјекте.⁴⁷ Отуда се сматра оправданим да законски рокови плаћања буду краћи у случају када је субјект јавног сектора дужник новчане обавезе, како би се подстакло брже плаћање привредним субјектима, којима је то од велике важности за опстанак на тржишту.

а) Уговори са привредним субјектом као дужником новчане обавезе

Под велом борбе против предугачких рокова извршења новчаних обавеза у трговинским уговорима у којима је привредни субјект дужник новчане обавезе, Закон о роковима прописује следећа правила.

1) Диспозитивно правило о року плаћања

Када уговором није предвиђен рок плаћања или када не постоји писани уговор, дужник мора да изврши новчану обавезу најкасније у року од 60 дана од дана извршења повериочеве обавезе, односно од дана пријема захтева за плаћање, или од дана истека рока за преглед предмета повериочеве обавезе, и то без претходне опомене од стране повериоца.⁴⁸ Према томе, дужник је обавезан да води рачуна о диспозитивном року плаћања, па ће пасти у доцњу чим тај рок протекне, будући да није потребно да га поверилац опомене, односно позове да изврши обавезу. Ово је корисно правило, имајући у виду да подсећање дужника на протек рока плаћања представља губитак времена и додатни трошак за повериоца.⁴⁹

Од диспозитивног правила о року плаћања уговорне стране могу да одступе само у писменој форми, јер Закон о роковима изричито прописује да ће се у недостатку писаног уговора применити диспози-

47 Late Payment Directive, Recital 23; С. Bilotta, *нав. чланак*, стр. 709; М. Цветковић, *нав. чланак*, стр. 247.

48 Закон о роковима, чл. 3 ст. 2 и чл. 4 ст. 4.

49 А. Кнарр, *нав. чланак*, стр. 309 и даље.

тивно правило о року плаћања.⁵⁰ Такво решење новог закона је у потпуности неоправдано, па чак и бесмислено, с обзиром на то да привредним субјектима онемогућава да усмено уговоре краћи рок плаћања од 60 дана. Стога, да би се одредбама закона дао неопходни смисао, наведено правило једино може да се тумачи на следећи начин. У случају неформалног (усменог) закључења уговора стране могу да уговоре рок плаћања краћи од 60 дана, па ће поверилац имати право да од дужника захтева плаћање чим протекне тако уговорени рок. Међутим, правне последице доцње дужника ће у том случају наступити тек након протека рока од 60 дана, без обзира на уговорени рок. Следствено томе, код усмено закључених уговора диспозитивну норму закона треба тумачити као правило о року у коме наступају правне последице доцње дужника, а не као правило о року доспелости новчане обавезе.⁵¹ На тај начин, овим правилом се не забрањује усмено уговарање краћег рока доспелости новчане обавезе. У сваком случају, анализирано законско правило, чак и на основу оваквог схватања, заправо отежава положај повериоца новчане обавезе, па у том смислу не испуњава постављени циљ законодавца да подстакне плаћање у трговинским уговорима у што краћим роковима.

Ново диспозитивно правило се у великој мери разликује у односу на досадашњи режим. Наиме, у општем уговорном праву важи принцип истовременог испуњења код двостранообавезних (синалагматичних) уговора.⁵² У недостатку супротног уговарања Закон о облигационим односима захтева од дужника да испуни своју обавезу одмах по закључењу уговора, односно одмах чим друга страна испуни или је спремна да истовремено испуни своју обавезу.⁵³ Насупрот томе, нови Закон о роковима као диспозитивно правило предвиђа обавезно кредитирање дужника новчане обавезе од стране повериоца, с обзиром на то да дужник прво прима робу/услугу, а тек након 60 дана треба да је плати. Имајући у виду да је основни циљ Закона о роковима побољшање положаја по-

50 Вид.: Закон о роковима, чл. 3 ст. 2: „[...] уколико не постоји писани уговор [...] дужник је дужан да [...] измири новчану обавезу у року од најкасније 60 дана.“

51 Поједини аутори на овај начин тумаче и рокове плаћања из Директиве 2011/7/EУ, па их третирају као рокове у којима наступају правне последице доцње дужника, а не као рокове доспелости његове новчане обавезе. Ипак, такво буквално језичко тумачење није општеприхваћено. Вид. излагања у делу рада о достигнутом степену хармонизације.

52 Овај општи принцип је потврђен и код уређења посебних врста именованих уговора, где Закон о облигационим односима изричито предвиђа да дужник новчане обавезе треба да је плати одмах након извршења карактеристичне престације од стране саговорника. Вид. на пример: ЗОО, чл. 516 ст. 2, чл. 782 ст. 1, чл. 805, чл. 840.

53 ЗОО, чл. 122 ст. 1 и чл. 314.

вериоца новчане обавезе путем скраћивања рокова плаћања, оваква новина у односу на опште уговорно право није нимало логична, јер се њоме рок плаћања значајно продужава, а положај повериоца очигледно погоршава.

Код уговора о продаји робе Закон о облигационим односима изричито упућује на примену обичаја у погледу рока плаћања цене, а само у недостатку друкчијих обичаја остаје при принципу истовременог испуњења – плаћања цене у тренутку предаје робе.⁵⁴ Отуда, према досадашњем режиму код трговинског уговора о продаји робе (уговора о продаји у привреди), у недостатку другачијег уговарања, на рок плаћања цене су примењиване Опште узансе као кодификовани обичаји. Према овим узансама, дужник (купац) мора да плати цену у року од осам дана од пријема фактуре или робе, односно првог радног дана након утврђивања количине и квалитета робе.⁵⁵ Након ступања на снагу Закона о роковима наведено правило Општих узанси је постало неприменљиво, а уступило је место знатно дужем року плаћања (60 уместо осам дана, односно уместо једног радног дана), који је самим тим неповољнији за повериоца.

Конечно, према општем уговорном праву када рок плаћања није прецизно одређен, дужник пада у доцњу са плаћањем тек након што га поверилац опомене, односно позове да испуни своју обавезу.⁵⁶ За разлику од тога, Закон о роковима је укинуо потребу за опоменом дужника, те ће правне последице доцње наступити чим протекне законом установљен рок плаћања. Ова новина је примерена за трговинске уговоре, с обзиром на то да се од привредних субјеката оправдано очекује већи степен пажње у извршавању уговорних обавеза.

2) Императивно правило о најдужем дозвољеном року плаћања

Закон о роковима начелно дозвољава привредним субјектима као дужницима новчане обавезе да уговоре другачији рок плаћања у односу на претходно објашњено диспозитивно правило.⁵⁷ Међутим, он уводи једно значајно ограничење слободе уговарања – уговорне стране могу да уговоре рок плаћања до 60 дана, али не и дужи рок.⁵⁸ Овакво решење је

54 ЗОО, чл. 516 ст. 2. Иначе, у Закону о облигационим односима важи принцип да диспозитивна правила имају предност у односу на обичаје (па и кодификоване обичаје – узансе) који уређују исто питање. Вид.: ЗОО, чл. 1107 ст. 3.

55 ОУ, бр. 177.

56 ЗОО, чл. 324 ст. 2.

57 О специфичностима новог правног режима у погледу неформалних (усмених) уговора, видети анализу диспозитивног правила о року плаћања.

58 Закон о роковима, чл. 3 ст. 1 и чл. 4 ст. 3.

највероватније мотивисано практичним проблемима са којима се сусрећу мала и средња предузећа, која приликом закључивања уговора са великим партнерима као дужницима новчаних обавеза немају одговарајућу преговарачку моћ да се успротиве наметању неоправдано дугачких рокова плаћања. Ипак, императивност одредбе и немогућност њеног прилагођавања околностима конкретнег случаја чине је неправедном и претерано строгом, будући да она забрањује уговарање дужег рока плаћања чак и у ситуацијама када би то било у интересу оба сауговарача.

Описано ограничење слободе уговарања је значајна новина правног режима рокова плаћања, коју досадашњи прописи нису познавали. Наиме, ни Закон о облигационим односима ни Опште узансе не предвиђају максимално дозвољени уговорени рок плаћања, те је слобода уговарања у складу са њима ограничена само општим правилима о неважности појединих уговорних одредаба.⁵⁹ Чини се да би у будућим изменама Закона о роковима требало дати предност досадашњем режиму потпуне слободе уговарања рока плаћања, уз потребу да се он допуни посебним правилима која би обезбедила непримену непоштених уговорних одредби у овом домену.

3) Изузеци од императивног правила о најдужем дозвољеном року плаћања

Закон о роковима познаје неколико изузетака од начелно императивног правила о максималном уговореном року плаћања. Ови изузеци су изричито прописани за уговоре између привредних субјеката, али би их по аналогији требало примењивати и на уговоре између субјекта јавног сектора и привредног субјекта као дужника новчане обавезе. Прво, у случају да трговински уговор предвиђа плаћање у ратама, уговорне стране могу да уговоре рок плаћања до 90 дана.⁶⁰ Друго, уговорне стране могу слободно да уговоре рок плаћања без законског ограничења у два случаја: (а) ако је дужник новчане обавезе пружио повериоцу довољно обезбеђење потраживања, и то у виду непозиве, безусловне, самосталне банкарске гаранције „без приговора“ или у виду

59 Примера ради, према досадашњем режиму суд је могао да одбије примену уговорне одредбе о року плаћања, ако је она садржана у општим условима пословања, а неправична је или претерано строга према повериоцу новчане обавезе као другој уговорној страни. Вид.: ЗОО, чл. 143 ст. 2.

60 Закон о роковима, чл. 3 ст. 4. Чини се да је овакво ограничење рока плаћања у ратама неоправдано кратко, те да неће одговарати практичним потребама привредних субјеката. Да би спречио изигравање основног императивног правила о максималном уговорном року плаћања, законодавац захтева да најмање половина новчане обавезе која се плаћа у ратама мора да буде исплаћена средином уговореног рока. Вид.: Закон о роковима, чл. 3 ст. 5.

менице авалиране од стране банке;⁶¹ или (б) ако је дужник новчане обавезе регистровано пољопривредно газдинство или земљорадничка задруга која трговинским уговором купује репроматеријал (семенски и садни материјал, заштитна средства и ђубриво) за обављање основне делатности.⁶²

Последња два изузетка су усвојена из очигледних разлога. Са једне стране, првим изузетком се укида заштита путем императивног правила о максималном року за повериоце којима она није потребна, будући да је њихово потраживање довољно обезбеђено. Са друге стране, другим изузетком се олакшава обављање делатности пољопривреднику као дужнику новчане обавезе, тако што му се омогућава уговарање законом неограничено дугог рока плаћања без потребе пружања неког средства обезбеђења потраживања.

С обзиром на то да изван изложених изузетака привредни субјекти не смеју да уговоре рок плаћања дужи од 60 дана, јасно је у којој мери Закон о роковима ограничава њихову слободу уговарања. Чини се да је новоуспостављени режим рокова плаћања престрог и да у примени може да доведе управо до повећања учесталости закашњења са плаћањем, а тиме и броја стечаја привредних субјеката, уместо да допринесе њиховом сузбијању.

4) Начин рачунања рока плаћања

Имајући у виду значај законских рокова плаћања за утврђивање граница слободе уговарања, односно за наступање правних последица доцње дужника новчане обавезе, Закон о роковима прецизно уређује начин рачунања прописаних рокова (од 60, а изузетно 90 дана). Према том правилу, законски рок плаћања почиње да тече од дана када се десило последњи у низу наведених догађаја, и то: (а) пријем повериоачевог захтева за исплату од стране дужника; или (б) испуњење повериоачеве обавезе испоруке робе, односно пружања услуге; или (в) протек законског или уговореног рока за преглед предмета повериоачеве обавезе, с тим што овај рок не сме да буде дужи од 30 дана од дана испуњења повериоачеве обавезе, осим у изузетно оправданим случајевима.⁶³ Отуда, ако је дужник прво добио фактуру (захтев за исплату), а потом примио робу, законски рок плаћања почиње да тече од дана пријема робе, односно ако је дужник прво примио робу, па је истекао рок за њен преглед, а тек након тога добио захтев за исплату, законски рок плаћања почиње

61 Упор. хрватски *Zakon o finansijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi (Narodne novine, br. 108/12, 144/12)*, чл. 11 ст. 2, према коме чак ни у случају довољног обезбеђења потраживања рок плаћања не може да буде дужи од 360 дана.

62 Закон о роковима, чл. 3 ст. 6 и 7.

63 Закон о роковима, чл. 3 ст. 3 и чл. 4 ст. 5.

да тече од дана пријема захтева за исплату, као последњег у низу прописаних догађаја, и сл.

Описани режим рачунања рокова плаћања је суштински остао непромењен у односу на стара правила садржана у Општим узансама. Наиме, Опште узансе, такође, предвиђају да се рокови плаћања рачунају од дана пријема робе, односно дана пријема фактуре у зависности од тога који је дан каснији, а ако након пријема робе, односно фактуре, купац још увек није могао да утврди количину и квалитет робе, рок плаћања се рачуна од дана извршеног утврђивања.⁶⁴ Претходна анализа је показала да Закон о роковима садржи слична, али у извесној мери прецизнија правила о почетку трајања рока.

б) Уговори са субјектом јавног сектора као дужником новчане обавезе

У случају уговора између привредног субјекта и субјекта јавног сектора као дужника новчане обавезе Закон о роковима прописује нешто строжи режим плаћања, који је повољнији за повериоца (привредног субјекта).

1) Непостојање посебног диспозитивног правила о року плаћања

За разлику од трговинских уговора у којима је привредни субјект дужник новчане обавезе, овде законодавац не прописује посебно диспозитивно правило о року плаћања. Стога би, строго посматрано, у недостатку супротног уговарања на рок плаћања требало примењивати стари режим предвиђен Законом о облигационим односима и Општим узансама.⁶⁵ Нажалост, овакво решење нарушава кохерентност новог режима рокова плаћања, која би била боље очувана када би за ове трговинске уговоре у недостатку уговореног рока важио рок од 45 дана, као диспозитиван рок плаћања.

2) Императивно правило о најдужем дозвољеном року плаћања

Код уговора привредних субјеката са субјектом јавног сектора као дужником новчане обавезе Закон о роковима, такође, ограничава

⁶⁴ Опште узансе, бр. 177 ст. 1 и 2.

⁶⁵ Вид. Закон о роковима, чл. 11, према коме на сва питања која нису посебно уређена овим законом треба применити одредбе Закона о облигационим односима. Као што је већ објашњено, ова општа правила уговорног права су повољна за повериоца, будући да усвајају принцип истовременог (симултаног) испуњења обавеза из двостранообавезних уговора, односно правило краћег кредитирања повериоца новчане обавезе из уговора о продаји у привреди (до 8 дана).

слободу уговарања, прописујући да стране не смеју да уговоре рок плаћања дужи од 45 дана.⁶⁶ Скраћење императивно постављеног максималног уговореног рока плаћања би требало да подстакне јавни сектор да не одуговлачи са измиривањем својих новчаних обавеза према привредним субјектима.

3) Изузетак од императивног правила о најдужем дозвољеном року плаћања

У трговинским уговорима у којима је субјект јавног сектора дужник новчане обавезе постоји само један изузетак од основног императивног правила о максималном уговореном року плаћања. Наиме, када је дужник новчане обавезе Републички фонд за здравствено осигурање или корисник средстава тог фонда, уговорне стране могу да уговоре рок плаћања и до 90 дана.⁶⁷ Овим правилом законодавац настоји да барем донекле помогне здравственом сектору, који се у финансијском смислу теже носи са савременим захтевима: потребом улагања у унапређење здравствене заштите у складу са развојем медицине, са једне стране, и све већим очекивањима пацијената и општим старењем популације, са друге.⁶⁸

4) Начин рачунања законских рокова плаћања

Горенаведени рокови плаћања од 45, односно 90 дана, се рачунају на исти начин као код трговинских уговора у којима је привредни субјект дужник новчане обавезе – од дана пријема захтева за исплату, од дана извршења повериочеве обавезе или од дана истека рока за преглед предмета повериочеве обавезе, у зависности од тога који од ових датума је каснији.⁶⁹

3. Правне последице непоштовања законских правила о роковима

Уговорне стране могу да уговоре дуже рокове плаћања од оних прописаних Законом о роковима. Примера ради, два привредна субјекта закључе уговор о продаји са оброчним отплатама цене и предвиде да је рок плаћања последње рате шест месеци од дана испоруке робе са фактуром. Поставља се питање какве су правне последице непоштовања

66 Закон о роковима, чл. 4 ст. 1.

67 Закон о роковима, чл. 4 ст. 2.

68 Late Payment Directive, Recital 25.

69 Закон о роковима, чл. 4 ст. 5.

објашњених законских правила о роковима плаћања у трговинским уговорима.

Према Закону о роковима, уговорна одредба о року плаћања која није у складу са законским правилима је ништава, те не производи правна дејства.⁷⁰ Дакле, непоштовање одредаба закона води делимичној ништавости уговора. У том случају ће се на рок плаћања применити диспозитивна правила која важе када рок уопште није уговорен. Код трговинских уговора у којима је привредни субјект дужник новчане обавезе то би био рок од 60 дана, а када је субјект јавног сектора дужник новчане обавезе, плаћање би морало да уследи одмах (Закон о облигационим односима), односно у року од 8 дана (Опште узансе).

IV Однос новог правног режима са релевантним правилима Бечке конвенције

Бечка конвенција се начелно примењује на уговоре о продаји робе, код којих уговорне стране имају седишта на територијама различитих држава, под условом да су те државе државе уговорнице или да правила међународног приватног права упућују на примену права државе уговорнице.⁷¹ С обзиром на овако одређен домен примене, режим рокова плаћања цене из Бечке конвенције наставља да важи паралелно са новоуспостављеним режимом Закона о роковима. Према томе, у погледу продаје робе анализирана правила Закона о роковима су резервисана искључиво за трговинске уговоре о продаји робе, који нису покривени дефинисаним доменом примене Бечке конвенције, а ту спадају: а) домаћи трговински уговори о продаји робе, код којих су седишта обе уговорне стране у Србији, као и б) међународни трговински уговори о продаји робе који не испуњавају услове за примену Бечке конвенције, али где правила међународног приватног права упућују на примену српског права.⁷²

70 Закон о роковима, чл. 6.

71 Бечка конвенција, чл. 1 ст. 1; више вид.: Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem, у: Ingeborg Schwenzer (ed.), *Schlechtriem & Schwenzer's Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Third Edition, Oxford University Press, New York, 2010, стр. 28 и даље; Harry M. Flechtner, John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Fourth Edition, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, стр. 29 и даље; Владимир Павић, Милена Ђорђевић, „Примена Бечке конвенције у арбитражној пракси Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2008, стр. 568 и даље.

72 Примат Бечке конвенције у односу на национално право постоји увек, без обзира на порекло националних правних правила – чак и када су она усвојена у процесу

У погледу рокова плаћања цене из уговора о продаји робе Бечка конвенција једино садржи диспозитивна правила која се примењују у недостатку уговорних одредби о роковима. Сагласно конвенцији, ако није нешто друго уговорено, купац је дужан да плати цену одмах када му продавац стави на располагање робу или документе на основу којих може да располаже робом,⁷³ односно одмах након што је био у могућности да прегледа робу.⁷⁴ Бечка конвенција на овај начин прихвата принцип истовременог испуњења обавеза из уговора о продаји,⁷⁵ па се у том смислу значајно разликује у односу на Закон о роковима који у недостатку другачије уговорне одредбе прописује обавезно кредитирање купца од стране продавца. Такође, на супрот Закону о роковима, Бечка конвенција не уважава чињеницу да привредни субјекти као продавци некада достављају купцу фактуру након испоруке робе, због чега би рок плаћања требало да почне да тече тек од тренутка пријема одговарајућег захтева за исплату од стране купца. Са друге стране, попут Закона о роковима и Бечка конвенција укида потребу за посебном опоменом купца од стране продавца, будући да обавеза плаћања цене доспева без потребе да продавац постави захтев или учини друге формалности.⁷⁶ Најзад, Бечка конвенција не ограничава слободу уговарања рока плаћања, па за разлику од Закона о роковима, не познаје максимално дозвољени уговорени рок плаћања.

V Достигнут степен хармонизације са правом Европске уније

Имајући у виду обавезу Србије да своје прописе усклади са комунитарним правом, и то нарочито у области трговине, значајно је испитати у којој мери је Закон о роковима испунио циљ хармонизације

имплементације хармонизованог комунитарног права. Вид.: Pilar Perales Viscasillas, „Late Payment Directive 2000/35 and the CISG“, *Pace International Law Review*, Vol. 19, 2007, стр. 129; С. Bilotta, *нав. чланак*, стр. 712.

73 Документи на основу којих купац може да располаже робом обухватају тзв. традиционе хартије од вредности. Више вид.: Мирјана Радовић, „Традиционо својство тзв. стварноправних хартија од вредности“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2011, стр. 299 и даље.

74 Бечка конвенција, чл. 58 ст. 1 и 3; Florian Mohs, у: I. Schwenzer (ed.), *нав. коментар*, стр. 845 и 855; P. P. Viscasillas, *нав. чланак*, стр. 135; С. Bilotta, *нав. чланак*, стр. 716; Н. М. Flechtner, J. О. Honnold, *нав. дело*, стр. 477 и даље.

75 P. P. Viscasillas, *нав. чланак*, стр. 135; С. Bilotta, *нав. чланак*, стр. 716.

76 Бечка конвенција, чл. 59; F. Mohs, у: I. Schwenzer (ed.), *нав. коментар*, стр. 858 и даље; Н. М. Flechtner, J. О. Honnold, *нав. дело*, стр. 484 и даље; упор.: P. P. Viscasillas, *нав. чланак*, стр. 135.

српског права са Директивом.⁷⁷ Отуда ће на овом месту бити анализирана основна решења Директиве, како би се указало на релевантна одступања нашег закона од уједначеног режима у Заједници.

Попут српског закона, у регулисању ове материје Директива разликује трговинске уговоре између привредних субјеката од уговора у којима је субјект јавног сектора дужник новчане обавезе.

1. Уговори између привредних субјеката

Директива не регулише изричито диспозитивне рокове плаћања у трговинским уговорима између привредних субјеката, већ само уређује тренутак од кога наступају правне последице закаснелог плаћања када рок плаћања није изричито уговорен. Међутим, у правној теорији преовлађује став да су на овај начин посредно прописани диспозитивни рокови плаћања, односно тренутак доспелости новчаних обавеза из трговинских уговора у недостатку супротног уговарања.⁷⁸

У случају да рок плаћања није изричито уговорен, према дипозитивном правилу Директиве дужник мора да испуни своју новчану обавезу најкасније у року од 30 дана од дана пријема захтева за исплату, од дана испуњења повериочеве обавезе или од дана провере саобразности предмета повериочеве обавезе са уговором, у зависности од тога који од ових датума је каснији.⁷⁹ Као и код српског Закона о роковима, и овде је нелогично што Директива наводно настоји да сузбије праксу дугих рокова плаћања, а заправо прихвата одложено плаћање као основно диспозитивно правило.⁸⁰ Са друге стране, Закон о роковима значајно одступа од захтева Директиве. Наиме, наш закон предвиђа duplo дужи рок плаћања у недостатку супротног уговарања (60 дана). С обзиром на то да Директива допушта одступање националних законодавстава од њених одредаба само у корист повериоца новчане обавезе, јасно је

77 Обавеза Србије да усагласи своје законодавство са правом Европске уније је садржана у: Закону 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 – Међународни уговори*, бр. 83/2008), чл. 72.

78 С. Bilotta, *нав. чланак*, стр. 715; Р. Р. Viscasillas, *нав. чланак*, стр. 132. Судска пракса Европског суда правде потврђује такав став. Вид.: Cornelis J. W. Baaij, „Late Payments: Case: ECJ – 010051 Telecom“, *European Review of Contract Law*, бр. 2/2009, стр. 132 и даље.

79 Late Payment Directive, Art. 3(3)(b); упор.: J. Poole, *нав. дело*, стр. 388; Р. Р. Viscasillas, *нав. чланак*, стр. 134.

80 Р. Р. Viscasillas, *нав. чланак*, стр. 135. Директива обавезује продавца да купцу одобри кредит од 30 дана. Вид.: С. Bilotta, *нав. чланак*, стр. 716.

да таква одредба Закона о роковима никако не може да се оправда.⁸¹ Попут српског Закона о роковима, према Директиви дужник, такође, пада у доцњу самим протеком рока плаћања, без потребе за опоменом од стране повериоца.⁸²

У Директиви је слобода уговарања рока плаћања у значајно мањој мери ограничена у односу на Закон о роковима. Као и наш закон, Директива прописује да привредни субјекти могу слободно да уговоре рок плаћања до 60 дана.⁸³ Ипак, за разлику од нашег закона, Директива допушта да се рок краћи од 60 дана уговори и усмено, а не само писмено. Уз то, супротно српском закону који познаје само три конкретна изузетка од императивног правила о максималном року плаћања, Директива начелно дозвољава привредним субјектима и уговарање рока дужег од 60 дана под условом: а) да се то изричито уговори (било усмено било писмено) и б) да то није крајње непоштено према повериоцу.⁸⁴ При том се утврђивање да ли је уговорна одредба о року плаћања крајње непоштена врши на основу свих околности случаја (примера ради, на основу природе производа или услуге, значајног одступања од добре трговинске праксе које је супротно савесности и поштењу, непостојања било каквог објективног разлога за дужничково одступање од максимално дозвољеног рока плаћања).⁸⁵

Из изложеног произлази да је режим прописан Директивом много мање ригидан у односу на наш закон, будући да ограничава слободу уговарања само у мери у којој је то неопходно ради заштите поверилаца новчаних обавеза којима дужници као јаче уговорне стране намећу крајње непоштено дуге рокове плаћања. У свим осталим случајевима, када дужи уговорени рок плаћања одговара вољи обе уговорне стране које су имале равноправну преговарачку моћ у овом питању, Директива не поставља никакве границе дужини таквог рока. Према томе, јасно је да је српски законодавац претерао у погледу императивног правила о максималном уговореном року плаћања, те да је сувише ограничио

81 Постоји и другачије тумачење диспозитивног правила о року плаћања из Директиве, по коме државе чланице имају право да пропишу дужи диспозитивни рок плаћања, највише до 60 дана. Вид.: С. Bilotta, *нав. чланак*, стр. 717.

82 Late Payment Directive, Art. 3(1); С. Bilotta, *нав. чланак*, стр. 716.

83 J. Poole, *нав. дело*, стр. 388.

84 Late Payment Directive, Art. 3(5); J. Poole, *нав. дело*, стр. 388; овим правилом Директива „спречава злоупотребу слободе уговарања на штету повериоца. Таква злоупотреба постоји у случају када дужник захтева боље услове плаћања како би ојачао своју ликвидност чинећи то на рачун повериоца, као и у случају када главни извођач радова намеће подизвођачима или добављачима теже услове од оних које њему поставља инвеститор.“ М. Цветковић, *нав. чланак*, стр. 243.

85 Late Payment Directive, Art. 7(1).

могућности уговарања оног рока плаћања који би највише одговарао интересима уговорних страна. Такво решење је супротно Директиви, при чему ни ово одступање од њених правила не може да се оправда аргументом веће заштите повериоца.

Начин рачунања прописаних рокова плаћања у Закону о роковима је највећим делом усклађен са одредбама Директиве. Једина разлика постоји у прописивању изузетка од максимално дозвољеног рока за преглед предмета повериоачеве обавезе. Док према српском закону рок за преглед може да буде дужи од 30 дана само 'у изузетно оправданим случајевима', Директива редовно допушта да привредни субјекти изричито уговоре и дужи рок, осим ако је то крајње непоштено према повериоцу новчане обавезе.⁸⁶

2. Уговори између привредног субјекта и субјекта јавног сектора као дужника новчане обавезе

Попут српског Закона о роковима, ни Директива не садржи посебно диспозитивно правило о року плаћања који би важио у недостатку супротног уговарања између привредног субјекта и субјекта јавног сектора као дужника новчане обавезе. Отуда, у складу са комунитарним правом, уређење овог питања је препуштено националним правима држава чланица. Нажалост, српски законодавац се определио да ово питање посебно не регулише, услед чега је нарушена кохерентност новог режима рокова плаћања, као што је горе већ објашњено.

Директива изричито прописује максимално дозвољени уговорени рок плаћања у уговорима са јавним сектором као дужником новчане обавезе. Сагласно Директиви, начелно је дозвољено уговарање рока плаћања до 30 дана од дана пријема захтева за исплату, од дана испуњења повериоачеве обавезе или од дана провере саобразности предмета повериоачеве обавезе са уговором, у зависности од тога који од ових датума је каснији.⁸⁷ За разлику од тога, српски Закон о роковима је предвидео максималан рок плаћања од 45 дана, што представља још једно одступање од одредаба Директиве које се не може правдати аргументом јаче заштите повериоца.

Директива предвиђа неколико изузетака од основног императивног правила о најдужем дозвољеном уговореном року плаћања. Прво, државе чланице могу да пропишу дужи максимални уговорени рок плаћања, али никако не дужи од 60 дана, и то за случајеве када је

86 Late Payment Directive, Art. 3(4).

87 Late Payment Directive, Art. 4(3)(a); C. Bilotta, *нав. чланак*, стр. 709.

дужник новчане обавезе: а) јавно предузеће (тј. субјект јавног сектора који обавља привредну делатност индустријске или трговинске природе, тако што нуди робу или услуге на тржишту, и који подлеже обавезама финансијске транспарентности); или б) субјект здравственог сектора.⁸⁸ На овај начин се у извесној мери привилегују две специфичне категорије субјеката јавног сектора – са једне стране, јавна предузећа чије је пословање блиско обављању делатности привредних субјеката, а са друге стране, здравство које се у великом броју држава чланица налази у посебној (тежој) финансијској ситуацији у односу на остале субјекте јавног сектора.⁸⁹

Као што је већ објашњено, српски законодавац је супротно Директиви продужио основни максимални уговорени рок плаћања на 45 дана за све субјекте јавног сектора, а не само за поједине наведене категорије. Осим тога, уважавајући специфичну ситуацију у здравственом сектору, Закон о роковима је продужио максималан уговорени рок плаћања на 90 дана, када је субјект здравственог сектора дужник новчане обавезе. Ипак, такво правило није у складу са Директивом, која у случају здравственог сектора дозвољава државама чланицама продужење максималног уговореног рока плаћања до 60 дана. Будући да ово одступање од комунитарног права води појачаној заштити дужника новчане обавезе (здравственог сектора), уместо повериоца, јасно је да ни ово правило није у складу са хармонизованим режимом у Заједници.

Други изузетак од императивног правила о максималном уговореном року плаћања (од 30 дана) је начелног карактера. Наиме, привредном субјекту и субјекту јавног сектора је дозвољено да уговоре и рок плаћања дужи од 30 дана, али највише до 60 дана, под условом да је то: а) изричито уговорено (усмено или писмено у зависности од форме уговора), и б) објективно оправдано имајући у виду нарочиту природу или особине уговора.⁹⁰ За разлику од Директиве, српски Закон о роковима не познаје наведену флексибилност, па је рок плаћања од 45 дана утврђен као фиксна максимална дужина рока за све субјекте јавног сектора, осим за здравство.

Најзад, код уговора са субјектом јавног сектора као дужником новчане обавезе Директива, такође, уређује начин почетка трајања прописаних рокова. Ова правила су иста као код уговора између привредних субјеката, па се у том смислу упућује на анализу усклађености српског права изложеноу у том делу рада.

88 Late Payment Directive, Art. 4(4).

89 Late Payment Directive, Recital 25.

90 Late Payment Directive, Art. 4(6).

3. Уговори између субјекта јавног сектора и привредног субјекта као дужника новчане обавезе

Директива не уређује рокове плаћања у трговинским уговорима између субјекта јавног сектора и привредног субјекта као дужника новчане обавезе. Стога је ово питање препуштено слободној регулативи националних права држава чланица. Попуњавајући ову празнину српски законодавац је за ове уговоре, додуше парцијално, упутио на примену релевантних правила о уговорима између привредних субјеката, код којих је дужник новчане обавезе, такође, привредни субјект.⁹¹

4. Правне последице непоштовања правила о роковима

Правне последице непоштовања изложених правила о роковима плаћања нису на свеобухватан начин регулисане Директивом. Директива једино уређује грађанскоправне последице у случају када је уговарање рока плаћања крајње непоштено према повериоцу новчане обавезе. Према том правилу, у националним правима држава чланица уговорна одредба о року плаћања која је крајње непоштена према повериоцу мора или да буде без правног дејства (ништава) или да даје повериоцу право на накнаду штете од дужника.⁹² Избор између наведених последица је препуштен државама чланицама. Уз то, државе чланице морају да усвоје одговарајуће и ефикасне мере у циљу спречавања продужене употребе крајње непоштених уговорних одредаба од стране једног истог лица.⁹³ Такве мере, између осталог, обухватају и право организација које су званично признате као представници привредних субјеката, односно које имају легитиман интерес да представљају привредне субјекте, да се обрате суду или надлежном управном органу и да од њих траже усвајање мера за спречавање даље употребе крајње непоштених уговорних одредаба о роковима плаћања.⁹⁴

С обзиром на то да српски Закон о роковима не познаје правни стандард 'крајње непоштене' уговорне одредбе о року плаћања, наведена парцијална хармонизација правних последица непоштовања правила о роковима плаћања није имплементирана у наше законодавство. Насупрот томе, Закон о роковима на јединствен начин уређује грађанскоправне последице непоштовања било ког правила о року

91 Упор. хрватски Закон о финансијском пословању и предстећајној нагодби, чл. 12 ст. 7, који је за рокове плаћања у овим уговорима у потпуности упутио на примену релевантних правила о уговорима између привредних субјеката.

92 Late Payment Directive, Art. 7(1); U. Huber, *нав. чланак*, стр. 959; С. Bilotta, *нав. чланак*, стр. 710; М. Цветковић, *нав. чланак*, стр. 243.

93 Late Payment Directive, Art. 7(4).

94 Late Payment Directive, Art. 7(5).

плаћања, уводећи принцип ништавости незаконите уговорне одредбе о року (принцип делимичне ништавости уговора).

VI Закључак

Анализа новог правног режима рокова плаћања у трговинским уговорима је показала следеће. Остављајући по страни непрецизност и непотпуност која је у новије време постала карактеристична за српског законодавца, правила Закона о роковима нису у довољној мери усклађена са Директивом, због чега ће морати да буду измењена како би Србија испунила своју обавезу усклађивања националног са комунитарним правом. Са друге стране, чак и независно од проблема недовољне хармонизације, нови правни режим остаје неадекватан, будући да је:

- а) значајно продужио диспозитиван рок плаћања у односу на опште уговорно право, и тиме промашио основну сврху усвајања посебних правила, која је требало да се састоји у појачаној заштити поверилаца новчаних обавеза из трговинских уговора; и
- б) претерано ригидно ограничио слободу уговарања рока плаћања, забрањујући било какво одступање од строгих (императивних) правила о максималном дозвољеном уговореном року, уз пар уских изузетака.

Отуда се на основу свега изложеног треба заложити за озбиљнију ревизију правила Закона о роковима, како би се спречило да управо његове одредбе додатно отежају пословање субјектима које он наводно настоји да заштити.

Mirjana RADOVIĆ, PhD, LL.M. (Humboldt)

Assistant Professor at the Faculty of Law, University of Belgrade

THE NEW LEGAL REGIME FOR PAYMENT PERIODS IN COMMERCIAL TRANSACTIONS

Summary

In this paper the author analyses the new legal regime for payment periods in commercial transactions, that has been introduced to Serbian law by the new Law on Payment Periods in Commercial Transactions (2012). The first

*part of the paper explains the reasons for adopting specific legal rules in this field. Thereafter, the main sources of law relevant to the question of payment periods in commercial transactions have been presented. Since the new legal regime in Serbia is the result of its commitment to harmonise national law with the law of the European Union, special attention is drawn to researching the relevant *acquis communautaire*. The central part of the paper contains a detailed critical analysis of the new legal provisions regarding payment periods. Here, the differences between the new legal regime and the former rules of the Serbian Law of Obligations and General Usages for Trade in Goods have been emphasized. In the next part of the paper, the author shows how the new legal regime differs from the provisions of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), that remain valid within its domain of application even after the entry into force of the new Law. Last, but not least, the paper encompasses a detailed comparison of solutions of the new Serbian legal regime with the Directive 2011/7/EU, in order to determine the achieved level of harmonisation which was set as one of the main goals of introducing the new legislation.*

Key words: *commercial contract, commercial transaction, payment period, obligation to pay, undertaking, public authority.*

мр Саша САВИЋ
директор Сектора за правне послове, Rudnar Group

ПРАВНА ДЕЈСТВА СПОРАЗУМА О УГОВОРНОЈ КАЗНИ

Резиме

Правна дејства споразума о уговорној казни разликују се у зависности од тога за који случај је уговорна казна одређена. Правило је да се споразум о уговорној казни може предвидети за сваки случај кршења обавезе од стране дужника. Закон о облигационим односима прописује два случаја са различитим правним режимима.

Прво, када је уговорна казна предвиђена за случај неиспуњења обавезе, поверилац има право избора између могућности да тражи исплату уговорне казне или да захтева испуњење обавезе. Избор се врши на тај начин када страна којој припада овлашћење избора обавести другу страну о томе што је изабарала. Извршењем избора алтернативна облигација се претвара у једносавну, а учињени избор се не може мењати.

Друго, уколико је уговорна казна предвиђена за случај задоцњења, поверилац има право да захтева испуњење обавезе и исплату уговорне казне. Поверилац неће имати право да захтева уговорну казну ако одмах након пријема задоцнелог испуњења не изјави да задржава право на уговорну казну.

Поверилац и дужник су слободни да одреде случај за који се уговорна казна предвиђа, а када они то пропусте да учине или то учине недовољно јасно, сматра се да је уговорна казна предвиђена за случај закашњења.

Кључне речи: уговорна казна, неиспуњење обавезе, задоцњење, право избора, концентracија тражбине.

I Случајеви за које се предвиђа уговорна казна

Споразум о уговорној казни се може предвидети за било који случај кршења обавезе од стране дужника.¹ Из датог произилази, да расправљање случајева за које се предвиђа уговорна казна подразумева расправу обавезе на коју се уговорна казна односи са једне стране и кршење те обавезе са друге стране. Стога, прво ће се приступити расправљању својства обавезе на коју се уговорна казна односи, а потом и расправи кршења те обавезе.

Обавеза за коју се стипулише уговорна казна може потицати из било ког извора облигације.² Уобичајено је да је то уговорна обавеза. Али поред ње, то може бити и нека друга. ЗОО одређује два својства која обавеза мора да испуњава, да би могла да послужи као основ за постизање споразума о уговорној казни.³

Прво, ЗОО изричито прописује да уговорна казна не може бити уговорена за новчане обавезе.⁴ Новчана облигација је она код које се обавеза дужника састоји у предаји одређене суме новца. Ако обавеза дужника нема за свој предмет предају суме новца, већ предају неке друге ствари, или извршење неке друге радње, односно уздржавање од одређене радње, онда је реч о неновчаној обавези. Неновчана облигација је и она која за предмет обавезе има предају одређене суме новца, али који није законско средство плаћања у правном систему. Уколико дужник дугује две или више облигација, а нека од њих за свој предмет има предају одређене суме новца а друге не, онда се на новчане примењују правила о новчаним облигацијама, а не неновчане правила о неновчаним облигацијама. Могуће је да се испуњење једне исте облигације састоји истовремено у предаји одређене суме новца и у предаји друге ствари или предузимању одговарајућег чињења. О којој врсти облигације се у овом случају ради, одређује се на основу веће вредности дуговане чинидбе. У правној теорији, као образложење немогућности одређивања уговорне казне код новчаних облигација, изнето је да неиспуњење новчане облигације сакционисано плаћањем законске камате.⁵

1 В. Слободан Перовић (главни уредник), *Коментар Закона о облигационим односима*, Књига прва, Београд, 1995, стр. 632.

2 В. С. Перовић, *нав. дело*, стр. 629; Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд, 2008, стр. 159.

3 В. чл. 270 ст. 3 и чл. 272 Закон о облигационим односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља; даље у фуснотама: ЗОО).

4 Исто и: Михаило Константиновић, *Облигације и уговори (Скица за законик о облигацијама и уговорима)*, Књига прва, Београд, 2006, чл. 216 тачка 4. В. О. Антић, *нав. дело*, стр. 159; Бранко Вукмир, *Уговори о тражењу и услугама савешодавних инжењера*, Загреб, 2009, стр. 463.

5 В. С. Перовић, *нав. дело*, стр. 629; Борислав Благојевић, Врлета Круљ, *Коментар Закона о облигационим односима*, Књига прва, Београд, 1980, стр. 679; Борис Визнер,

Друго, облигација за коју се стипулише уговорна казна мора бити пуноважна. Ништавост облигације, које служи као основ за споразумевање о уговорној казни, повлачи са собом и неважност споразума о уговорној казни.⁶ Разлог овога је у томе, да споразум о уговорној казни претпоставља постојање обавезе, чија повреда и представља услов за њену исплату. То даље значи, да је обавеза која настаје на основу споразума о уговорној казни, по својој правној природи, акцесорна (споредна) обавеза. Истовремено, обавеза ради чијег обезбеђења се уговорна казна предвиђа, јесте главна (самостална) обавеза. Правно правило које расправља однос главне и споредне обавезе прописује да споредна обавеза дели судбину главне обавезе. Из тог разлога, ако је ништава главна обавеза не може бити пуноважан ни споразум о уговорној казни.

ЗОО изричито прописује да поверилац и дужник могу предвидети уговорну казну за неиспуњење обавезе или задоцњење у испуњењу обавезе.⁷ Неиспуњење обавезе може бити потпуно или делимично.⁸ Потпуно неиспуњење постоји када дужник не испуни своју обавезу у целости. Насупрот томе, код делимичног неиспуњења, дужник извршава своју обавезу, али не у потпуности како она гласи, већ само у неком делу. Уговорна казна за неиспуњење обавезе обухвата и потпуно и непотпуно испуњење. Када поверилац и дужник договоре уговорну казну за задоцњење, онда она у смислу ЗОО, обухвата само неиспуњење обавезе о року, а не и неки други вид неиспуњења обавезе. За разлику од ЗОО, Опште узансе за промет робом превиђају исплату уговорне казне ако дужник не испуни своју обавезу или ако је испуни неуредно.⁹ Појам неуредног испуњења је шири од појма задоцњења у испуњењу обавезе, јер обухвата и сваку другу неуредност, а не само задоцњење.¹⁰ Са друге стране, у смислу Општих узанси за промет робом, неиспуњење обаве-

Коментар Закона о облигационим односима, Књига друга, Загреб, 1978, стр. 1099; Б. Вукмир, *нав. дело*, стр. 463.

6 В. М. Константиновић, *нав. дело*, чл. 217; С. Перовић, *нав. дело*, стр. 631; Б. Благојевић, В. Круљ, *нав. дело*, стр. 681; О. Антић, *нав. дело*, стр. 159; Б. Вукмир, *нав. дело*, стр. 462.

7 Исто и: М. Константиновић, *нав. дело*, чл. 215; Швајцарски грађански законик из 1907. године – пети део: Облигационо право из 1911. године (даље у фуснотама: Швајцарски законик о облигацијама) у чл. 160 став 1 и став 2 предвиђа уговорну казну за случај неиспуњења или непотпуног испуњења са једне стране и за случај задоцњења или неизвршења уговора у месту предвиђеном уговором са друге стране. Италијански грађански законик из 1942. године (даље у фуснотама: Италијански грађански законик) у чл. 1382 предвиђа уговорну казну за случај неизвршења обавезе и за случај доцнијег извршења. Немачки грађански законик из 1896. године (даље у фуснотама: Немачки грађански законик) у параграфу 341 превиђа уговорну казну за неиспуњење и задоцњење.

8 В. С. Перовић, *нав. дело*, стр. 706.

9 ОУ, чл. 245 ст. 1.

10 В. Б. Благојевић, В. Круљ, *нав. дело*, стр. 678.

зе приликом споразумевања о уговорној казни, означава само потпуно неиспуњење. И ЗОО и Опште узансе за промет робом, остављају на вољу повериоцу и дужнику да одреде случај за који се предвиђа уговорна казна. Уједно се одређује и законска претпоставка, да уколико поверилац и дужник уговором само предвиде уговорну казну, а не одреде за који случај иста важи, онда важи пресумпција да је реч о уговорној казни за задоцњење (ЗОО), односно неуредно испуњење обавезе (Опште узансе за промет робом). Рецимо на овом месту и то, да су поверилац и дужник слободни, да у границама аутономије воље, одреде и неки других случај кршења обавезе (нпр. неквалитетна испорука) за коју ће стипулисати уговорну казну, имајући у виду диспозитивност законског правила.

Разграничење случаја за које је постигнут споразум о уговорној казни је од правног значаја за утврђивање дејства које производи уговорна казна.¹¹ Та дејства су различита, у зависности од случаја за који је уговорна казна одређена. ЗОО разликује два правна режима. Прво, правни режим за случај неиспуњења обавезе, и друго, за случај задоцњења у испуњењу обавезе.¹²

II Правна дејства споразума о уговорној казни за случај неиспуњења

Када је уговорна казна предвиђена за случај неиспуњења обавезе, поверилац има право избора између два овлашћења (*facultas alternativa*) и то: да тражи исплату уговорне казне или да захтева извршење обавезе.¹³ Расправљење овог правила обухватиће: разлоге прописивања, означавање носиоца права избора, трајање права избора, извршење избора и немогућност промене учињењог избора и дејство извршеног избора.

11 В. С. Перовић, *нав. дело*, стр. 632; Б. Благојевић, В. Круљ, *нав. дело*, стр. 682; Б. Визнер, *нав. дело*, стр. 1098; О. Антић, *нав. дело*, стр. 160.

12 Поверилац и дужник могу за исту обавезу да предвиде уговорну казну и за неизвршење и за задоцњење. Види: Б. Благојевић, В. Круљ, *нав. дело*, стр. 679; Б. Вукмир, *нав. дело*, стр. 465.

13 ЗОО, чл. 273 ст. 1. Исто: М. Константиновић, *нав. дело*, чл. 218 став 1. Види и: Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, Београд, стр. 508; Б. Вукмир, *нав. дело*, стр. 464. Швајцарски законик о облигацијама у чл. 160 став 1 такође предвиђа алтернативно овлашћење за повериоца за случај неизвршења или непотпуног извршења, када поверилац може да бира између извршења или наплате уговорне казне. Италијански грађански законик у чл. 1383 такође забрањује повериоцу да кумулира захтеве за случај да је уговорна казна одређена за неизвршење. Немачки грађански законик у параграфу 341 исто одређује да уговорно казна предвиђена за неиспуњење поверилац има право избора да захтева или наплату уговорне казне или испуњење обавезе.

Поверилац, чије је потраживање обезбеђено неким средством обезбеђења облигација, ужива овлашћења која произилазе из различитих основа. Прво, то су овлашћења која произилазе из општих правила, те свако ко ужива статус повериоца, може да користи та овлашћења. Друго, поверилац чије је потраживање обезбеђено неким средством обезбеђења облигација, поред овлашћења по општем правном режиму, ужива и посебна овлашћења која произилазе из датог средства обезбеђења. У оваквим ситуацијама, правило је да поверилац не може истовремено да користи своја овлашћења и по једном и другом основу, већ се опредељује за један.¹⁴ Из тог разлога, и за повериоца, чије је потраживање обезбеђено уговорном казном, прописано је вршење избора између две могућности, а то је остварење права на уговорну казну или исходавање извршења обавезе од стране дужника.

Код споразума о уговорној казни, право избора између могућих опција је на повериоцу. Поверилац је тај који опредељује неку од понуђених варијанти. Дужник нема право, да на било који начин, одлучује о том избору. Међутим, с обзиром да су правила о праву избора диспозитивне природе, поверилац и дужник могу и другачије да одреде. Уствари, поверилац и дужник у споразуму о уговорној казни могу да одреде да је право избора између могућих опција на дужнику. У том случају, дужник може да искористи своје право избора, али тек пошто прекрши преузету уговорну обавезу. Наиме, полазећи од општих правила, дужник је дужан да своју обавезу изврши у свему како гласи, а уговорна казна, између осталог, служи да појача уговорну дисциплину. Зато је и право избора на повериоцу, али ако стране другачије уговоре, дужник је и даље дужан да обавезу изврши како гласи, а тек уколико исту прекрши, може да оптира између постојећих могућности. Насупрот томе, код одустанице,¹⁵ дужник је овлашћен да одустане од уговора исплатом одустанице само до одређеног момента, а најкасније до доспелости обавезе. Надаље, када је право опције на дужнику, то никако не дира у право повериоца да поред захтева за исплату уговорне казне, захтева и накнаду штете коју трпи преко износа уговорне казне. За разлику од овог, када дужник, по основу договорене одустанице, одустане од уговора, поверилац нема право да захтева накнаду преко износа одустанице. Исто тако, право опције на дужнику не утиче ни на непостојање обавезе исплате уговорне казне, у случају да је до неиспуњења обавезе дошло из разлога за које дужник не одговара. Код одустанице, дужник плаћа одустаницу зато што одустаје од уговора, а разлог одустанка може бити било који.

14 В. С. Перовић, *нав. дело*, стр. 632; Б. Визнер, *нав. дело*, стр. 1098.

15 В. С. Перовић, *нав. дело*, стр. 633; Б. Благојевић, В. Круљ, *нав. дело*, стр. 683; Б. Визнер, *нав. дело*, стр. 1099.

Поверилац је дужан да избор између алтернатива изврши у разумном року почев од кршења обавезе од стране дужника, осим ако поверилац и дужник не уговоре шта друго.¹⁶ Право повериоца да изврши избор није временски неодређено. Напротив, оно је временски лимитирано. Јер, вршење избора од стране повериоца ствара нужан предуслов да дужник изврши своју обавезу. Докле год поверилац не изврши избор, дужник неће моћи да испуни своју обавезу, зато што он не поседује овлашћење за концентрацију тражбине. Из тог разлога, поверилац је дужан да у разумном року алтернативну облигацију сведе на једноставну. Уколико он то не учини на изнет начин, по општим правилима дужник ће моћи повериоцу да остави накнадни примерени рок за вршење избора, а уколико ни у том року поверилац не изврши тражени избор, овлашћење за концентрацију тражбине ће прећи на дужника.¹⁷ Када је право избора на дужнику, онда ће и дужник бити дужан да избор између алтернатива изврши у разумном року почев од дана кршења обавезе. Међутим, ако дужник не поступи на изнети начин, његово право трајања вршења избора по општим правилима постоји све док у поступку извршења једна од дугованих ствари не буде потпуно или делимично предата повериоцу по његовом избору.¹⁸

Избор се врши на тај начин када страна којој припада овлашћење избора обавести другу страну о томе шта је изабарала.¹⁹ До момента избора, страна која има овлашћење избора може да мења своју одлуку о избору. Она може да одустане од првобитно намераваног извршења и да изабере други предмет испуњења (*ius variandi*). Обавештење о избору се врши одговарајућом изјавом воље, која може бити учињена речима, уобичајеним знацима или дргим понашање из кога се са сигурношћу може закључити о њеном постојању. Од момента избора па надаље, извршени избор се не може више мењати, што значи да је извршени избор неопозив. Разлог прописивања оваквог правила је у правним дејствима које извршени избор производи – претварање алтернативне облигације у једноставну. Међутим, изјава о извршеном избору могла би се опозвати ако је дата под битном заблудом, преваром или претњом, односно принудом.²⁰

Од извршеног избора наступа значајно правно дејство. То правно дејство се огледа у томе да поверилац избором исплате уговорне казне губи право на извршење уговора.²¹ И обратно, избором да захтева

16 В. С. Перовић, *нав. дело*, стр. 632.

17 ЗОО, чл. 405 ст. 2.

18 ЗОО, чл. 405 ст. 1.

19 ЗОО, чл. 404 ст. 1.

20 В. С. Перовић, *нав. дело*, стр. 814; Б. Визнер, *нав. дело*, стр. 1098.

21 ЗОО чл. 273 ст. 2. Исто: М. Константиновић, *нав. дело*, чл. 218 ст. 2.

извршење уговора, поверилац губи право на исплату уговорне казне.²² Овакво дејство, произилази из правила о концентрацији тражбине које наступа вршењем избора. Другим речима, алтернативна облигација се претвара у једноставну. Дејство наступило извршењем избора поред дејства за будуће, делује и ретроактивно.²³ У ствари, има се сматрати да је облигација од настанка била једноставна, а не алтернативна. Поставља се питање, који је то моменат? Закључењем уговора који у себи садржи клаузулу о уговорној казни настаје једноставна обавеза. Постојање уговорне казне у том моменту не значи да је обавеза алтернативна, нити да ће то постати. Јер дужник је дужан да обавезу изврши у свему како гласи, другим речима без кршења неке од преузетих обавеза. Међутим, тек уколико до тога не дође, односно уколико дужник прекрши неку од својих обавеза, остварује се одложни услов, те поверилац тражбине поред овлашћења која му припадају по општем правном режиму, добија и овлашћења која произилазе из уговорне казне као средства обезбеђења. Све до тог момента, овлашћења која произилазе из уговорне казне, поверилац нема, нити их може вршити, јер је субјективно право у настајању. Кршењем неке обавезе, односно остварењем услова за наплату уговорне казне, облигација постаје алтернативна. Поверилац од тог момента има алтернативно овлашћење, да захтева извршење уговора или да захтева наплату уговорне казне. Када субјекат облигације, на коме је вршење избора, обавести другу страну о извршеном избору, тада тим чином долази до претварања алтернативне облигације у једноставну. С обзиром да је алтернативна облигација настала кршењем обавезе из основног посла, онда ретроактивност извршеног избора досеже до тог момента. Другим речима, кршењем обавезе, поверилац ће имати или право на извршење уговора или право да захтева исплату уговорне казне. Рецимо и то, да је у правној теорији изнет став, да вршење избора уствари јесте право на преображај права тзв. правна моћ, из ког разлога и изјава о извршеном избору јесте неопозива.²⁴

III Правна дејства споразума о уговорној казни за случај задоцњења

Правна дејства споразума о уговорној казни када је она предвиђена за закашњење у извршењу обавезе другачија су у односу на уговорну

22 „Иако то није посебно прописано, немогућност промене учињеног избора, важи и у случају када се поверилац определи за захтев за испуњење уговора.“ С. Перовић, *нав. дело*, стр. 633. Супротно: „Поверилац који је у почетку изабрао право да тражи испуњење уговора, може доћи у ситуацију да касније утврди је престао његов интерес за испуњењем (рецимо, чак и код одуговлачења спора) или да је испуњење постало немогуће. Мислимо да он тад може захтев испуњења преобратити у захтев за исплату уговорне казне.“ Б. Благојевић, В. Круљ, *нав. дело*, стр. 683.

23 В. С. Перовић, *нав. дело*, стр. 814.

24 В. С. Перовић, *нав. дело*, стр. 814.

казну предвиђену за случај неиспуњења обавезе. Код овог облика уговорне казне, када дужник падне у доцњу, поверилац има право да истовремено захтева извршење обавезе и наплату уговорне казне.²⁵ Из наведеног произилази, да поверилац има два овлашћења која су кумулативно постављена. Разлог прописивања оваквог правила произилази из основне сврхе која се жели постићи стипулисањем уговорне казне у овом случају, а то је да се утиче на дужника да испуни своју обавезу о року, те уколико он то не учини, да поверилац поред захтева за испуњење обавезе истом придода и захтев за исплату уговорне казне.²⁶ Наведена два овлашћења проистичу из различитих правних основа. За првонаведено овлашћење основ је уговор – или други извор облигације, из које проистиче обавеза којој служи уговорна казна. За другонаведено овлашћење основ је споразум о уговорној казни. Из тог разлога, и садржина ових овлашћења није идентична, већ постоје одређене разлике.

Полазећи од општег правног режима, дужник је дужан да обавезу изврши у свему како она гласи, укључујући ту и рок за извршење. У случају доцње, поверилац, између осталог, може да захтева извршење обавезе и надокнаду штете коју трпи због задоцњења. У случају истицања и захтева за надокнаду штете, поверилац ће, између осталог, морати да докаже и штету коју је претрпео услед задоцњења. За разлику од тога, за наплату уговорне казне довољно је да поверилац докаже задоцњење, те да по том основу исходује износ предвиђен уговорном казном. Наплата уговорне казне ни на који начин није условљена доказивањем претрпљене штете, већ је основ њене исплате сам чин задоцњења.²⁷ И управо је ово погодност коју пружа уговорна казна, у односу на повериочева овлашћења која он ужива по општем правном режиму. За случај да претрпљена штета премашује износ уговорне казне, повериоцу може да захтева надокнаду и тог дела, али по општим правилима.

25 ЗОО чл. 273 ст. 4. Исто и: М. Константиновић, *нав. дело*, чл. 218 ст. 4. Види и: М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 508; Б. Вукмир, *нав. дело*, стр. 465. Швајцарски законик о облигацијама у чл. 160 став 2 исто предвиђа кумулацију захтева за случај да је уговорна казна предвиђена за задоцњење или неизвршење обавезе у уговореном месту када поверилац може истовремено да тражи извршење обавезе и наплату уговорне казне. Италијански грађански законик у чл. 1383 такође дозвољава кумулацију захтева за извршење првобитне чинидбе и уговорне казне уколико је уговорна казна предвиђена за случај задоцњења. Немачки грађански законик у параграфу 341 такође предвиђа кумулацију захтева за наплату уговорне казне и захтева за извршење уговора када је уговорна казна предвиђена за задоцњење. ФИДИК-ови Услови уговора о грађењу за грађевинске и инжењерске радове по пројекту наручиоца из 1999. године (у даљем тексту: ФИДИК) у клаузули 8.7 такође дозвољавају кумулацију наплате уговорене штете због задоцњења (*delay damages*) и захтева за извршење уговора о грађењу.

26 В. С. Перовић, *нав. дело*, стр. 634; Б. Визнер, *нав. дело*, стр. 1099.

27 В. Б. Благојевић, В. Круљ, *нав. дело*, стр. 686; Б. Визнер, *нав. дело*, стр. 1101; Б. Вукмир, *нав. дело*, стр. 462.

Правила о уговорној казни предвиђају посебан услов који перилац мора да испуни да би остварио право на наплату уговорне казне. Тај услов се огледа у томе да је поверилац дужан да одмах по пријему закаснелог испуњења обавести дужника да задржава права на наплату уговорне казне под претњом губитка права.²⁸ У образложењу прописивања оваквог правила истакнуто је да ако поверилац приликом пријема закаснелог испуњења не изјави да задржава право на уговорну казну да дужник основано може да закључи да се поверилац задовољава испуњењем и да се одриче права на казну. Овим се не штити неуредни дужник већ се доприноси правној сигурности на тај начин што се дужнику пружа извесност у погледу његових обавеза према повероцу. Са друге стране, поверилац који не води рачуна о својим правима, бива лишен својих овлашћења која произилазе из уговорне казне, али задржава сва овлашћења која произилазе из општег правног режима. Насупрот овоме, изнети су и контра аргументи, као што је, да је реч о одредби преузетој из неких страних права где се на уговорну казну гледа са неповерењем, која не одговара организацији уговорне казне у нашем праву и нашој привредноправној пракси.²⁹ Поред наведеног, истакнут је и став о тенденцији ублажавања строгости у примени наведеног правила, као што је питање времена у коме се мора учинити изјава о задржавању права на уговорну казну и форме менифестације наведене воље.

Тако, до губитка права неће доћи уколико поверилац пропусти да учини обавештење дужнику приликом делимичног пријема закаснелог испуњења, већ ако пропусти да то учини приликом пријема накнадног целокупног испуњења обавезе. Уколико је реч о sukcesивним давањима, опште усвојен став је да се приликом пријема сваког од sukcesивних давања мора учинити саопштење о задржавању права на уговорну казну. Надаље, ако поверилац након пада дужника у доцњу, а пре пријема закаснелог испуњења, саопшти дужнику да задржава право на уговор-

28 ЗОО, чл. 273 ст. 5. Види и: Б. Вукмир, *нав. дело*, стр. 465; пресуда Врховног привредног суда, Сл. 1743/60 од 22.11.1960, *Збирка судских одлука*, књига V, свеска 3, под бројем 471; Одлука Вишег суда Хрватске, II Рев-71/80 од 13.01.1981. год., *Преглед судске праксе*, бр. 19, Одлука бр. 83. За овај случај ПУГ у чл. 55 прописују да се захтев за уговорну казну може истаћи најдоцније до завршетка коначног обрачуна, док у чл. 119 тач. 7 одређује да коначан обрачун радова мора да садржи податак о томе да ли наручилац захтева да извођач плати уговорну казну, из ког разлога и у којем износу, као и да ли извођач оспорава тај износ. „Захтев за исплату уговорне казне наручилац може истаћи, за разлику од општих правила облигационог права о уговорној казни и након примопредаје објекта (радова) али најкасније до завршетка коначног обрачуна (тзв. задржавање права на уговорну казну).“ М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 508. Скица за законик о облигацијама и уговорима проф. др Михаила Константиновића није предвиђала овај посебан услов за исплату уговорне казне.

29 В. С. Перовић, *нав. дело*, стр. 635.

ну казну, неће доћи до губитка права које произилази из споразума о уговорној казни.³⁰ Исто тако, неће доћи до губитка права на уговорну казну уколико поверолац не стави никакву резерву приликом пријема закаснелог испуњења, под условим да је дужник након пада у доцњу признао обавезу да повериоцу исплати одређени износ на име уговорне казне. У погледу форме манифестације воље о задржавању права на уговорну казну, прихваћен је став да се иста може учинити на било који начин, с тим да се са сигурношћу може утврдити њено постојање.

Mag. Saša SAVIĆ

Head of Legal Department, Rudnap Group

THE LEGAL EFFECT OF AGREEMENT ON LIQUIDATED DAMAGES

Summary

The legal effect of agreement on liquidated damages varies depending on which case liquidated damages specified. The rule is that the agreement on liquidated damages may provide for every case of breach of obligation by the debtor. The Law of Obligation provides two cases with different legal regimes.

First, when the liquidated damages provided for in the event of breach of obligation, the creditor has the right to choose between the possibility to claim liquidated damages or to require performance of the obligation. The selection is performed in such a way as to which side is the power of choice to inform the other party of what he chose. After choosing the alternative obligation is transformed into a simple, but made the choice cannot be changed.

Should liquidated damages be stipulated for the debtor's delay in performance, the creditor shall be entitled to demand both the fulfillment of obligation and the liquidated damages. The creditor shall not demand liquidated damages due to delay after accepting performance of the obligation and failing to notify the debtor immediately his reserving the right to liquidated damages.

The creditor and the debtor are free to determine the case in which liquidated damages relationships, and when they fail to do so, or do so insufficiently clear, it is assumed that the liquidated damages provided in case of delay.

Key words: *liquidated damages, breach of obligation, delay in performance, right of option, concentration of claim.*

30 В. Б. Визнер, *нав. дело*, стр. 1100; М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 508. Решење Вишег привредног суда Хрватске, Пж. 795/78 од 14.11.1978, *Привреда и право*, бр. 3/79, стр. 75.

мр Слободан ИЛИЈИЋ
члан Председништва Удружења правника Србије

РЕГУЛАТИВА ПРЕВОЗА ОПАСНИХ МАТЕРИЈА У СРБИЈИ И УЛОГА ОСИГУРАЊА

Резиме

Аутор је анализирао одредбе ранијих и важећих прописа о превозу опасних материја у СФРЈ и Србији. У студији су разматрани основни појмови, уравни надзор, а нарочито одредбе о улози обавезној осигурања од одговорности у регулативи о превозу опасних материја, укључујући нови закон из 2010. године. По ступању на снагу новог закона сви ранији прописи престали су да важе. До сада је било удеса и штета у превозу опасних материја у Србији, али срећом нису биле великих размера, катастрофе. Нови закон треба осавременији предлозима изнећим у студији.

Кључне речи: *опасне материје, закон, уредба, осигурање.*

I Уводне напомене

Домаћа регулатива превоза опасних материја (скраћено: ОМ) и улога осигурања у тој регулативи постаје интересантна тема зато што се све више и све чешће догађају удеси и штете у тој врсти превоза.¹ Отуда, предмет овог рада биће одредбе два домаћа закона и једне уредбе Владе Републике Србије. Метод излагања овако конципираног предмета обухватиће, најпре, законодавноправне аспекте основног појма у регу-

¹ Душанка Ђурђев, „Међународно регулисање превоза опасних ствари“, *Правни живот*, бр. 11/1998, стр. 431–441.

лативи превоза ОМ, затим управни надзор над превозом ОМ и најзад, улогу осигурања у овој регулативи.

Подаци о високом учешћу удеса у свету при превозу ОМ учинили су да порасте најшири јавни интерес за ову врсту превоза. Наиме, према подацима Међународне организације рада у свету 40% удеса са ОМ настаје на месту њихове производње.² Нешто мало мање или око 35% удеса у свету настаје при превозу ОМ. Најмање удеса са ОМ у свету јавља се код складиштења. Нема објављених података о удесима и штетама при превозу ОМ у Србији, иако је било удеса и штета.³ Највећи обим превоза ОМ остварује се у Србији у железничком и друмском саобраћају (путем унутрашњег саобраћаја, транзита, увоза и извоза). Стога, излагање о досадашњој и садашњој регулативи превоза ОМ у Србији имаће у виду одредбе о друмском и железничком саобраћају и улогу осигурања у тим гранама саобраћаја.

Савремена домаћа регулатива о превозу ОМ и повезивање са правом осигурања почело је доношењем Закона о превозу опасних материја.⁴ ЗОП је ступио на снагу 2. јуна 1990. године. Други пропис о превозу ОМ, по редоследу доношења, била је Уредба Владе Републике Србије о превозу опасних материја у друмском и железничком саобраћају.⁵ Уредба је ступила на снагу 11. септембра 2002. године. Трећи пропис, и важећи закон, од значаја за предмет овог рада био је Закон о транспорту опасног терета.⁶ ЗОТ је објављен у службеном гласилу 23. новембра 2010. године, али је ступио на снагу 180-ог дана од дана објављивања у службеном гласилу, тј. 23. маја 2011. године. Даном ступања на снагу ЗОТ-а или 23. маја 2011. године према његовој изричитој одредби престали су да важе и ЗОП и Уредба. Поред ова три прописа, појавио се у литератури податак да је у Србији 2002. године донет Закон о превозу опасних

2 Слободан Илијић, „Правни оквир превоза опасних материја у Србији“, *Зборник радова Форума квалификата из Београда*, Београд, 2010, стр. 16–19.

3 Драган Јоксовић, „Организација збрињавања у хемијским акцидентима и катастрофама“, *Зборник радова – Опасне материје – производња, складиштење, транспорт и употреба – безбедност и осигурање*, Аранђеловац, 2003, стр. 109–113. Поменути аутор наводи да се највећи удес у Србији догодио 1998. године у Крњачи (код Београда) када се у друмском превозу преврнула цистерна са 2,5 тона амонијака. Тада је, по наводима из реферата, дошло до тровања 143 лица, од којих је једно лице умрло на лицу места, а друго после седам дана лечења. Хоспитализована су 54 лица.

4 Закон о превозу опасних материја (*Службени лист СФРЈ*, бр. 27/90, 45/90, *Службени лист СРЈ*, бр. 24/94, 28/96, 68/2002, *Службени гласник РС*, бр. 36/2009 и 88/2010, даље у тексту: ЗОП).

5 Уредба о превозу опасних материја у друмском и железничком саобраћају, (*Службени гласник РС*, бр. 53/2002, даље у тексту: Уредба).

6 Закон о транспорту опасног терета (*Службени гласник РС*, бр. 88/2010, даље у тексту: ЗОТ).

материја.⁷ У том научном извору о превозу ОМ навођење да је 2002. године донет нови закон о превозу опасних материја представљало је очигледну штампарску грешку. Наиме, у 2002. години из области превоза ОМ донети су само Уредба и Закон о изменама и допунама Закона о превозу опасних материја, а не нов закон о превозу ОМ. О Уредби ће бити више речи касније у овом раду, а новела ЗОТ-а из 2002. године садржала је пре свега усклађивање износа прекршајних казни са претходно прописаним износима тих казни, тако да та новела ЗОП-а није имала значење новог закона о ОМ. Стога, наведена три прописа чине окосницу овог рада.

У наслову овог рада коришћен је термин – опасна материја – стога што су два важна прописа, ЗОП и Уредба, користили управо тај термин. Иначе, за ОМ пре доношења ЗОП-а у литератури код нас био је у употреби термин – шkodљива материја.⁸ Такође, као синоним термину ОМ – коришћен је у литератури и у упоредном праву термин – опасна ствар. Примера ради, важећи хрватски закон, донет 30. јула 2007. године, понео је наслов – Закон о пријевозу опасних твари.⁹ У различитим преводима међународних мултилатералних конвенција о превозу ОМ и у литератури може да се пронађе и термин – опасна роба. Закон Србије из 2010. године, односно ЗОТ, уместо термина ОМ користи термин – опасан терет (скраћено: ОТ). У новијој домаћој правној литератури уместо термина ОМ запажено је коришћење термина – опасни материјал. Термин – ОМ – коришћен је у законодавству СФРЈ и Србије пуних 21 годину, па је зато стављен у наслов овог рада.

II Законодавнoправни аспекти појма опасне материје или опасног терета

Једно од основних питања у регулативи превоза ОМ био је начин на који је дефинисан појам – ОМ. Национална регулатива превоза ОМ води порекло из међународних мултилатералних конвенција о том превозу, па самим тим и основни појам по свом садржају потиче из тих извора. ЗОП и Уредба релативно јасно су нормативноправно изразили појам ОМ и садржај класа ОМ, уз прилагођавање неке од подкласа тадашњим домаћим потребама. У основним одредбама ЗОП-а појам ОМ

7 Душанка Ђурђевић, „Правно регулисање превоза опасних материја“, *Правна ријеч*, бр. 5/2005, стр. 385–400.

8 Љубиша Милошевић, *Шкодљивих материја и њихово накнаде штете*, Београд, 1972, стр. 99.

9 Закон о пријевозу опасних твари (*Народне новине*, бр. 79/2007). Закон је почео да се примењује од 1. јануара 2009. године.

обухватио је девет класа, одређен број подкласа и ближе дефинисање садржаја сваке од тих класа и подкласа. Исти приступ основном појму био је предвиђен и у Уредби. Начелно, између ЗОП-а и Уредбе није било битних разлика, тј. садрже исти број од девет класа. До разлике је долазило око броја подкласа и то само у два случаја, тј. код две класе. Примера ради, према Уредби наименовање класе 1 опасних материја је било само – експлозивне материје и артикли, док је у ЗОП-у било предвиђено наименовање још за подкласу 1а – експлозивне материје, за подкласу 1б – предмети пуњени експлозивним материјама и за подкласу 1ц – средства за паљење, ватрометни предмети и други предмети. Дакле, појам ОМ у ЗОП-у и Уредби није стварао неке правне проблеме.

За разлику од ова два прописа, који су данас престали да важе, ЗОТ је приступио дефинисању основног појма на заобилазан или правно компликован начин. Према ЗОТ-у основни законски појам ОТ дефинисан је на следећи начин, и то: „опасан терет је материја, предмет или отпад који је према испуњеним условима утврђеним прописима из члана 2 став 2 разврстан у опасан терет.“¹⁰ Другим речима, појам ОТ није утврђен у ЗОТ-у, већ је странци или оперативном управном органу остављено да дође до основног појма ЗОТ-а „проучавајући“ смисао упућујуће одредбе члана 2 став 2 ЗОТ-а у ратификованим међународним мултилатералним конвенцијама. С обзиром да су у тач. 1–6 става 2 члана 2 ЗОТ-а наведени само називи међународних мултилатералних конвенција о превозу ОМ, а не и сви бројеви службених гласила у којима могу да се прочитају те конвенције, односно у њима нађе конкретан појам ОМ, странка – подносилац захтева за дозволу за превоз ОМ треба у добро опремљеној библиотеци са службеним гласилима из периода СФРЈ да пронађе све те конвенције и из њих изведе основни појам ОМ или ма које друго решење из ЗОТ-а у сваком конкретном случају. ЗОТ се састоји из укупно 103 члана, а на 64 места у ЗОТ-у законодавац се позивао на члан 2 став 2 ЗОТ-а. То значи да није само остао нејасан основни појам, већ и низ других законских решења у ЗОТ-у. Овакав начин редакције ЗОТ-а отворио је бројне правне празнине управној и судској власти приликом спровођења ЗОТ-а, како у погледу основног појма, тако и у погледу низа законских решења.

Потписник овог рада истраживао је у библиотеци бројеве службених гласила оних ратификованих међународних мултилатералних конвенције на које се позива члан 2 став 2 тач. 1–6 ЗОТ-а, као и саме те конвенције у службеним гласилима из доба СФРЈ. Истраживање је показало да су уз неке од тих конвенција, по правилу, одвојено ратификовани поједини протоколи, анекси и други прилози, који иначе чине

10 ЗОТ, чл. 7 ст. 1 тач. 5.

нераздвојни део тих конвенција. Управо у тим одвојено ратификованим протоколима, анексима и другим прилозима могу да се пронађу техничко-технолошки подаци, параметри, шеме, скице и сл., који су међусобно противречни са другим ратификованим протоколима, анексима и другим прилозима уз исту конвенцију. Описано истраживање одвојено ратификованих и објављених у службеним гласилима протокола, анекса и других прилога уз међународне мултилатералне конвенције о превозу опасних материја из члана 2 став 2 ЗОТ-а и саме те конвенције теже буквално у фотокопираној верзији неколико десетина килограма, тако да се ради о квантитативно највећем делу међународноправног наслеђа СФРЈ, данас Србије. Упркос несумњиво техничко-технолошком карактеру самостално ратификованих протокола, анекса и других прилога уз међународне мултилатералне конвенције и тих конвенција из члана 2 став 2 тач. 1–6 ЗОТ-а, по мишљењу потписника овог рада приликом новелирањем ЗОТ-а члан 2 став 2 ЗОТ-а треба употпунити бројевима службених гласила уз сваку од пет међународних мултилатералних конвенција где то сада недостаје, затим брисати у ЗОТ-у масовно упућивање на члан 2 став 2 и заменити га, како јасним и недвосмисленим појмом опасног терета, тако и осталим одговарајућим јасним законским решењима.

III Управни надзор над превозом опасних материја или опасног терета

Приликом израде ЗОП-а, Уредбе и ЗОТ-а једно од централних питања било је да ли управни надзор над пословима превоза ОМ, односно ОТ треба поверити једном управном органу или пак већем броју управних органа? То важно статусно-правно питање регулативе превоза ОМ није привлачило већу пажњу стручне правничке јавности. Пре око једне деценије о томе питању развила јавна дискусија међу читаоцима дневног листа „Политика“, с обзиром на одсуство адекватног надзора приликом једног удеса у превозу ОМ у друмском саобраћају. У тој јавној дискусији већина читалаца определила се за решење по коме управни надзор над пословима превоза ОМ треба да се повери једном управном органу. Па ипак, у одредбама ЗОП-а, Уредбе и ЗОТ-а прихватана су решења по којима управни надзор над пословима превоза ОМ врши више управних органа.

ЗОП је био конципиран као савезни закон, који треба да регулише основе система, с тим да целину система превоза опасних материја даље уреди републичко законодавство. Ниједна република није поступила по том уставноправном резону док су биле у СФРЈ, односно у

СРЈ. Практичне последице су биле да је, у случају удеса, регистровано неповољне стање у области превоза ОМ.¹¹

Полазећи од карактера ЗОП-а, вршење управног надзора регулисано је само за неке класе. Наиме, било је предвиђено, примера ради, да савезни орган управе надлежан за унутрашње послове врши управни надзор над експлозивним материјама (класа 1), али и да надлежни органи управе за здравље у републикама врше управни надзор над превозом отрова (класа 6) и над превозом радиоактивних материја (класе 7).¹² За остале класе и подкласе ЗОП није регулисао вршење управног надзора очекујући да то доврши републичко законодавство. Уз то, са становишта саобраћајног права приговорено је ЗОП-у да такав закон „не значи много“ и да су „уређени услови под којима се врши превоз опасних материја, као и заједничке мере безбедности за све ствари или за одређене врсте опасних материја“.¹³ Међутим, нису предвиђена правила о одговорности за штете које настају превозом опасних ствари.

Иако се ЗОП није бавио расподелом надлежности међу управним органима, ипак је иницирао увођење улоге осигурања у регулативу превоза ОМ. При томе, ЗОП је одмах посегао за административним мерама. Наиме, увођење обавезног осигурања у превоз ОМ забрањено је на следећи начин. Ако је током управног надзора утврђено да предузеће или друго правно лице у својству носиоца права располагања или власника опасне ствари при превозу није осигурало ОМ, ЗОП је предвидео прекршајну одговорност, како за предузеће или друго правно лице, тако и за одговорно лице.¹⁴

Управни надзор над превозом ОМ био је прописан у Уредби на јасан начин. Наиме, Уредба је предвидела да се вршење управног надзора над превозом ОМ у друмском и железничком саобраћају расподељује између три министарства. Према Уредби у друмском саобраћају МУП је добио у надлежност управни надзор над класама 1, 2, 3, 4 и 5, а у железничком саобраћају управни надзор над класом 1. Даље, Министарство

11 Детаљнију оцену стања превоза опасних материја видети у Слободан Миличкивић, Предраг Марић, „Законска уређеност превоза опасних материја у Републици Србији“, *Зборник радова – Опасне материје – производња, складиштење, транспорт и утицаје – безбедност и осигурање*, Аранђеловац, 2003, стр. 1–6; Жељко Рвовић, „Узрок и последице цурења ТНГ-а на бензинској станици Аеродром у Крагујевцу“, *Зборник радова – Ризик пожара, експлозије, хаварије и њихове у осигурању и организација система заштите*, Београд, 2003, стр. 155–159.

12 О негативном сукобу надлежности између савезног органа управе из области здравства и републичког органа управе из области здравства детаљније вид. Биљана Ђукић, „Превоз опасних материја у унутрашњем саобраћају“, *Правни живот*, бр. 11/1997, стр. 259–270.

13 Душанка Ђурђев, „Међународно регулисање превоза опасних ствари“, *Правни живот*, бр. 11/1998, стр. 431–441.

14 ЗОП, чл. 113 ст. 1 тач. 5 у вези ст. 2 тог члана ЗОП-а.

саобраћаја и телекомуникација у друмском саобраћају добило је у надлежност вршење управног надзора над класама 6, 8 и 9, а у железничком саобраћају над класама 2, 3, 4, 5, 6, 8 и 9. Најзад, Министарство за заштиту природних богатстава и животну средину у друмском саобраћају добило је у надлежност управни надзор над класом 7 и опасним отпадом, а у железничком саобраћају такође управни надзор над класом 7 и опасним отпадом. Следећу савремену новину у Уредби представљале су одредбе о поступку у коме се за сваку од девет класа регулише шта треба да садржи захтев за издавање дозволе за превоз ОМ. Уредбом је уређен пожељан поступак издавања дозволе за превоз ОМ, али и поступак за одузимање дозволе за превоз ОМ. ЗОП није помињан у Уредби, што значи да је важио и даље, али је поводом доношења Уредбе у стручној правничкој јавности разматрано питање правне конкуренције између ЗОП-а и Уредбе.¹⁵ Покретано је и питање уставног и законског основа за доношење Уредбе.¹⁶ Уредба је престала да се примењује оног тренутка у коме је престало да постоји неко од три министарства чија је надлежност била предвиђена Уредбом. То је могло да се догоди после прве реконструкције Владе, јер се тада обавезно припрема нови Закон о Влади и у њему надлежности нових министарстава. Дакле, Уредба није била дугог века као ЗОП.

Не само да је Уредбом уведен пожељан поступак за издавање дозволе за превоз ОМ, него је Уредбом било превиђено да се, уз захтев за издавање дозволе за превоз опасне материје, морао да поднесе доказ о осигурању. Уредбом је било предвиђено да надлежно министарство (свако од наведена три министарства) спроводи инспекцијски надзор. Ако у томе поступку утврди да предузеће или друго правно лице, односно одговорно лице у предузећу или другом правном лицу није посебно осигурало опасну материју за случај штете причињене трећем лицу, Уредба је предвиђала новчане казне у прекршајном поступку. По мишљењу потписника овог рада, случај прописивања прекршајне одговорности за предузеће или друго правно лице, које није осигурало опасну материју, највероватније односило се на оне који то осигурање нису били закључили пре ступања на снагу Уредбе, а наставили су послове превоза опасних материја по ступању на снагу Уредбе.

Истине ради, Уредба је донета из нужде, а не зато што се ишло за потребом дораде или разраде одредаба ЗОП-а.¹⁷ Наиме, у августу 2003.

15 Слободан Илијић, „По Уредби или по Закону“, *Security*, бр. 12/2004, стр. 6-7.

16 Детаљније о том питању Слободан Илијић, „Правни режим опасних ствари у превозу и осигурању“, *Зборник радова - Опасне материје - производња, складиштење, транспорт и употреба - безбедност и осигурање*, Аранђеловац, 2003, стр. 240-248.

17 Слободан Илијић, „Кад несреће кроје законе“, *Свијет осигурања*, бр. 10/2009, стр. 56-59.

године на Железничкој станици у Београду на вагону цистерни са винил хлоридом попустио је вентил. Срећним стицајем околности није дошло до експлозије, катастрофе. Да је којим случајем дошло до експлозије војни стручњаци су израчунали да би ватрена лопта спржила све у пречнику од око 900 метара (хотел „Београд“, целу Сарајевску улицу и сл.), а број повређених или отрованих би био неколико хиљада људи.¹⁸ Већ наредног месеца Влада РС донела је Уредбу и начином регулисања управног надзора указала да је стварни проблем код превоза ОМ стална контрола спровођења прописа о превозу опасних материја у пракси.

ЗОТ је унео бројне новости у вршење управног надзора над превозом ОТ. Највећу новост ЗОТ-а представљало је формирање Управе за транспорт опасног терета (скраћено: Управа), која је у саставу министарства надлежног за саобраћај.¹⁹ Из статуса Управе произишло је да је она увек у управном поступку првостепени управни орган, а министарство надлежно за саобраћај да је увек другостепени управни орган. Друга важна новост у вршењу управног надзора над превозом ОТ била је да је прописан поступак за издавање и одузимање дозволе за транспорт ОТ. У том поступку Управа је, по правилу, овлашћена да издаје дозволу за транспорт ОТ, али ЗОТ-ом су превиђени и изузетци од тог правила.²⁰ Изузетак је прописан за случај кад се ради о дозволи за транспорт експлозивног материјала и тада дозволу за територију Србије издаје подручна полицијска управа са којег се пошиљка отпрема, а за увоз, извоз и транзит тог материјала дозволу издаје МУП. Изузетак је био прописан и када се издаје дозвола за транспорт ОТ, који је истовремено и наоружање, војна опрема или роба двоструке намене, те у том случају мора да се прибави сагласност министарства надлежног за послове одбране. Трећа важна новост из домена управног надзора над транспортом ОТ била је да је ЗОТ предвидео издавање различитих врста дозвола за транспорт ОТ. По правилу, дозволе се издају за појединачни транспорт у случајевима утврђеним у члану 2 став 2 ЗОТ-а, као и у транспорту експлозивног и радиоактивног терета. ЗОТ је предвидео да је МУП увек надлежан за издавање дозволе за увоз, извоз и транзит експлозивног терета у међународном саобраћају. Најзад, дозвола за транспорт радиоактивног терета могла је да се изда за више транспорта, али не на дужи период од шест месеци. У следеће важне новости ЗОТ-а у области управног надзора спадају одредбе о амбалажи за транспорт ОТ. Такође, важну новост у области управног надзора представља коначно

18 Новинар Оливера Поповић интервјуисала је начелника Националног центра за тровања ВМА пук. проф. др Драгана Јоксовића у чланку под насловом *Сиремни и за најтеже*, лист „Политика“ од 30. маја 2004, стр. А10.

19 ЗОТ, чл. 9–17.

20 ЗОТ, чл. 30.

конституисање саветника за безбедност у транспорту ОТ у друмском, железничком и водном саобраћају, с обзиром да је и у ЗОП-у било неколико одредаба о истој установи. У круг важних новости предвиђених у ЗОТ-у спада свакако прописивање управног надзора за транспорт посебно у друмском, посебно у железничком, посебно у водном и посебно у ваздушном саобраћају.

ЗОТ је предвидео улогу осигурања на другачији начин од ранијих прописа. Међутим, вероватно по инерцији, ни ЗОТ се није одрекао манира ранијих прописа да запрети са прекршајном одговорности оном учеснику у транспорту ОТ, који се није осигурао за случај да у транспорту ОТ причини штету лицима, имовини и животној средини. Штавише, ЗОТ је отишао и корак даље, јер је учеснику у транспорту запретио са преступном одговорношћу, чак уз могућност изрицања заштитне мере забране обављања привредне активности, ако се утврди да се није осигурао за случај да у транспорту ОТ причини штету лицима, имовини и животној средини. У целини узев, ЗОТ је материју управног надзора над пословима превоза ОТ у Србији подигао на виши ниво у односу на ЗОП и Уредбу, стим што ће тек у примени ЗОТ-а бити проверена сва изложена решења из домена управног надзора, укључујући и претње казненем одговорности ако адресат ЗОТ-а не предочи полису осигурања.

IV Улога права осигурања у регулативи превоза опасних материја

За утврђивање улоге права осигурања у правном режиму ОМ пре доношења ЗОП-а били су релевантни Закон о облигационим односима,²¹ као општи пропис и Закон о превозу опасних материја,²² као посебан пропис. У том правном режиму егзистирало је само добровољно осигурање при превозу ОМ.²³ Са доношењем ЗОП-а у регулативу о превозу ОМ уведено је бар номинално обавезно осигурање.

ЗОП је одредбе о обавезном осигурању лоцирао у основне одредбе, чиме се хтело постићи да важи на целој територији СФРЈ.²⁴ Кључне одредбе у ставу 1 члана 8 ЗОП-а гласиле су, и то: „Носилац права располагања, односно власник је дужан да осигура опасну материју за случај штете причињене трећим лицима услед смрти, повреде тела

21 Закон о облигационим односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93, *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља).

22 Закон о превозу опасних материја (*Службени лист СФРЈ*, бр. 20/1984).

23 Славко Царић, „Појам, врсте и значај уговора о шпедицији за југословенску привреду“, *Правни животи*, бр. 11/1997, стр. 5–31.

24 ЗОП, чл. 8 ст. 1 и 2 у вези са чл. 51 ст. 2 и чл. 71 ст. 3.

или здравља, оштећења или уништења ствари или загађивања животне средине у току превоза.“ У ставу 2 члана 8 прецизирани су изузетци од правних правила утврђених у ставу 1 тог члана. Први изузетак од обавезе осигурања односио се на мање количине отрова намењене за лабораторијске и научне сврхе, тако да су те мање количине могле да се без одобрења превозе, како изван државне границе, тако и на територији СФРЈ. Други изузетак од обавезе осигурања односио се на пренос, разношење или достављање дању, и то за време добре видљивости, мањих количина ОМ које је дефинисао Европски споразум о међународном превозу опасне робе у друмском саобраћају, осим радиоактивних, при чему тај пренос, разношење или достављање може да се врши путничким аутомобилом, трактором с приколицом, запрежним возилом, теретним трициклом са мотором или без мотора, ручним колицима или на товарној стоци. Одредбе о обавезном осигурању у ЗОП-у, конципиране на изложен начин, биле су на правној снази од 2. јуна 1990. до 23. маја 2011. године или скоро 21 годину у Србији.

По оцени директора у „ДДОР Нови Сад“ у примени ЗОП-а није поштована законска обавезност осигурања у превозу ОМ.²⁵ У вези са овом оценом из осигуравајуће праксе, по мишљењу потписника овог рада, могло је да се постави следеће питање: из којих правних разлога се не поштује у пракси законска обавезност осигурања у превозу ОМ? У одговору на то правно питање могућа су два различита одговора или тумачења одредаба ЗОП-а. Граматички посматрано, дикција цитираних одредаба ЗОП-а је двосмислена. Из једног дела цитираних одредаба могло је да се схвати да је законодавац имао интенцију да уведе обавезно осигурање опште одговорности, а у другом делу цитираних одредаба могло је да се схвати да је законодавац имао интенцију да уведе обавезно осигурање од одговорности. На прво тумачење, које се сводило на обавезно осигурање опште одговорности, упућивао је почетни део цитираних одредби у којем се осигураник обавезује да осигура предмет осигурања – опасну материју – што значи да је ОМ била предмет будућег уговора о обавезном осигурању опште одговорности. Предмет осигурања јесте увек оно што се осигурава и тај предмет осигурања је определио прво тумачење. Практично, по првом тумачењу цитираних одредаба предмет обавезног осигурања опште одговорности било би, на пример, гориво у аутоцистерни у друмском саобраћају или амонијак у вагон-цистерни у железничком саобраћају и сл. Друго тумачење формирано је из преосталог дела цитираних одредаба. У тим одредбама је помињан осигурани случај штете причињене трећим лицима услед

25 Богдан Кузмановић, „Осигурање од опасности изазваних транспортом опасних материја“, *Зборник радова – Ојасне материје – производња, складиштење, транспорт и употреба – безбедност и осигурање*, Аранђеловац, 2003, стр. 190–195.

смрти, повреде тела или здравља, оштећења или уништења ствари или загађивања животне средине у току превоза. По другом тумачењу ОМ није била предмет уговора о обавезном осигурању, већ интерес осигураника. По другом тумачењу предмет уговора о обавезном осигурању био је интерес осигураника, који је постао штетник, причињавајући штету здрављу, имовини и животној средини трећем лицу или оштећеном лицу. Друго тумачење је сведочио да је интенција законодавца била увођење обавезног осигурања од одговорности из делатности. Дакле, између првог и другог тумачења цитираних одредаба разлике се састоје у предмету осигурања и у врсти посла осигурања. Већина осигураваача у Србији је тумачила цитиране одредбе на начин на који је овде изложено друго тумачење. Стога, већина осигураваача је припремила опште услове осигурања од одговорности, сагласно другом тумачењу, али је изостало утврђивање тарифа премија, што је практично обухваћено у цитираној изјави напред наведеног представника пословне праксе осигурања.

У погледу улоге осигурања Уредба је садржала сличне одредбе одредбама ЗОП-а, али не и сасвим истоветне. У Уредби је било прописано, и то: „Власник робе, односно носилац права коришћења исте је дужан да посебно осигура опасну материју за случај штете причињене трећим лицима услед смрти, повреде тела или здравља, оштећења или уништења ствари и имовине или загађења животне средине у току превоза.“²⁶ Други став тога члана донео је новину у односу на ЗОП. Тај став је гласио: „Осигурање мора да обухвати и трошкове интервенције у случају удеса и санације последица насталих удесом.“ У сваком случају остала су и даље актуелна два различита граматичка тумачења цитираних одредаба, опет уз благу предност другом тумачењу услед примене телеолошког тумачења. Са гледишта правила струке осигурања цит. одредбама Уредбе основано се могло приговорити да не садрже прописану минималну, ни максималну суму осигурања. Затим, приговорано је Уредби да није предвидела да ли је дозвољено саосигурање и под којим условима, да није прописано да ли је дозвољено стварање једног или више пулова осигураваача и низ других околности. Ови приговори зајимали су се на обимном покрићу осигурања, које је произилазило из цитираних одредаба Уредбе. Другим речима, после одредаба ЗОП-а и Уредбе, никада више у Србији законом није било прописано увођење обавезног осигурања са тако широким обимом прописом задатог осигуравајућег покрића, а без основних осигуравајућих елемената да би се то и такво обавезно осигурање могло да реализује у осигуравајућој пракси.

ЗОТ је формулисао улогу осигурања у превозу ОМ очигледно без консултације стручњака из области права осигурања. Кључне одред-

26 Уредба, чл. 17 ст. 1 и 2.

бе ЗОТ-а о улози осигурања гласиле су, и то: „Учесник у транспорту опасног терета дужан је да се осигура за случај да у транспорту опасног терета причини штету лицима, имовини и животној средини, у складу са законом.“²⁷ Круг учесника у транспорту ОТ регулисан је такође у основним одредбама ЗОТ-а, које су гласиле, и то: „Учесник у транспорту опасног терета је привредно друштво, друго правно лице или предузетник који је: пошилалац, превозник, прималац, утоварач, пакер, пунилац, корисник контејнер цистерне или преносиве цистерне, организатор транспорт и давалц услуге претовара при промени вида саобраћаја у транспорту опасног терета.“²⁸ Поред широко утврђеног круга учесника у транспорту ОТ, ЗОТ је само за два учесника у транспорту ОТ предвидео улогу осигурања. Наиме, ЗОТ је обавезао пошилаоца или примаоца ОТ да прилажу уз захтев за издавање дозволе за транспорт ОТ, поред осталог, „копију полисе о осигурању за случај да се у транспорту опасног терета причини штета лицима, имовини и животној средини“.²⁹

Из цитираног члана 8 ЗОТ-а несумњиво је произилазило да је законодавац имао интенцију да се уведе обавезно осигурање од одговорности из делатности и то за врло широк круг правних и физичких лица, означених у закону као учеснике у транспорту ОТ. На крају формулације члана 8 ЗОТ-а додата је одредница – у складу са законом. У овом случају смисао одреднице – у складу са законом – био је да ЗОТ-ом неће бити уведено обавезно осигурање за сваког од више учесника у транспорту ОТ. Да се хтело да ЗОТ регулише обавезно осигурање за сваког од учесника у транспорту ОТ одредница би гласила – у складу са овим законом – а очигледно је да се то није хтело. Даљи смисао одреднице из члана 8 ЗОТ-а је био – најава – да ће матичним законом за сваког од учесника у транспорту ОТ бити уведено обавезно осигурање и то у ближој или даљој будућности кад такав закон буде донет. Од ступања на снагу ЗОТ-а, тј. од 23. маја 2011. године до момента предаје рукописа за штампу прошло је две године, али није познато да је у неком од матичних закона за ма ког учесника у транспорту ОТ уведено обавезно осигурање од одговорности. Дакле, члан 8 ЗОТ-а до сада није дао очекивани ефекат. Позната је чињеница да је у превозу ОМ знатно ограниченија аутономија воља уговорних страна од аутономија воља уговорних страна у другим пословима привредног права.³⁰ Отуда, очекивало се од ЗОТ-а да свестрано сагледа простор ограниченије аутономије воља уговорних страна и у тај простор уведе обавезно осигурање од

27 ЗОТ, чл. 8.

28 ЗОТ, чл. 7 ст. 1 тач. 11.

29 ЗОТ, чл. 31 ст. 1 у вези са ст. 2.

30 Душанка Ђурђевић, „Нова правила за међународни превоз опасне робе“, *Правна ријеч*, бр. 29/2011, стр. 61–75.

одговорности бар за пошиљаоца и примаоца ОТ, на пример, по узору на обавезно осигурање од аутоодговорности. Од тог очекивања ЗОТ-а остало је само да пошиљалац или прималац ОТ мора да приложи уз захтев за издавање дозволе за транспорт ОТ „копију“ полисе осигурања (а хтело се рећи – фотокопију полисе). Да ли је то права мера за улогу осигурања при превозу ОТ? По мишљењу потписника овог рада, то није била права мера за улогу осигурања при превозу ОТ. Наиме, ЗОТ је прописао различите опште и посебне услове за учеснике у транспорту ОТ, установио је различите управне органе за издавање дозвола за тај транспорт, предвидео је различите намене издатих дозвола, утврдио је различите рокове важења дозволе итд. У светлу тих и таквих разлика, које је транспорт ОТ објективно тражио и законом добио, очекивало се од ЗОТ-а да пропише бар минималне суме осигурања прилагођене тим разликама, као што је то прописано, примера ради, у Закону о обавезном осигурању у саобраћају. ЗОТ је декларативно „прогласио“ да је увео обавезно осигурање од одговорности, а онда је целокупну законску материју – улогу увођења обавезног осигурања од одговорности препустио споразумевању пошиљалаца или прималаца ОТ и осигуравача. У том споразумевању полазиште је премија осигурања, као цена ризика. Последица споразумевања је уговор о обавезном осигурању од одговорности са ниском премијом за осигураника, а наспрам томе осигуравач је могао да пружи најминималније осигуравајуће покриће живота, имовине и животне средине. На тај начин може да дође до подосигурања у регулативи транспорта ОТ, односно до тога да се извитопери улога обавезног осигурања од одговорности. Искуство је указало да је до сада у Србији било удеса и штета при превозу ОТ, али да срећом није било удеса и штета великих размера, катастрофа.³¹ Манир законодавца из периода СФРЈ да се казном одговорности прети оном учеснику у превозу ОМ, који није поседовао полису осигурања, прихватио је и ЗОТ. Ранији законодавац је губио, а губи и данашњи из вида, да су осигуравачи врло заинтересовани да се законом реално одмере најмање минималне суме осигурања због удеса и штете при превозу ОТ, као и остали елементи тог осигурања. Уместо да држава путем закона у коме је реално прописана улога осигурања обезбеђује јавни интерес, држава испушта из руку улогу осигурања, али зато поопштрава претње казним поступцима. Судбина ранијих прописа о превозу ОМ је била да је појединог учесника у превозу надлежни државни орган могао да казни због тога што је незаинтересована друга уговорна страна, осигуравач, која неће са њим да закључи уговор о осигурању, јер јој прете губитци у осигуравајућем пословању. Тим путем законом декларисано обавезно осигурање постајало је мање обавезно или сасвим необавезно осигурање.

31 Видети реферат из фусноте бр. 3.

V Закључак

Све до друге половине маја месеца 2011. године у Србији је била на снази регулатива превоза опасних материја из доба СФРЈ. У међувремену било је покушаја 2002. године да се Уредбом Владе Републике Србије уведе савременија регулатива превоза опасних материја, али је тај покушај био кратког века.

Током важења регулативе превоза опасних материја из доба СФРЈ било је удеса и штета у Србији, али срећом није било удеса и штета великих размера, катастрофа.

Закон о транспорту опасног терета из 2010. године ступио је на снагу маја месеца 2011. године. Тај закон означио је почетни корак у регулисању превоза опасних материја у Србији. Регулативу превоза опасних материја у Србији било би пожељно даље осавременисти приказаним законодавноправним аспектима основних појмова превоза опасних материја, затим у погледу управног надзора над превозом опасних материја, а све то доводи у везу са већом улогом осигурања у овом превозу.

Mag. Slobodan ILIJIĆ

Member of the Presidency of Lawyers Association of Serbia

REGULATION FOR DANGEROUS MATERIALS TRANSPORTATION IN SERBIA AND THE ROLE OF INSURANCE

Summary

The author analyzes provisions of previous and existing regulations for dangerous materials transportation in SFRJ and Serbia. The study deals with basic definitions, monitoring and controlling and particularly the provisions regulating the third party insurance for dangerous materials transportation, including The new Law past in 2010. By coming into force of The new Law all previous regulations ceased to be valid. There have been up to now accidents and damages in dangerous materials transportation in Serbia, but there has been luckily no catastrophe events. The new Law should be updated with proposal suggested in this study.

Key words: dangerous material, law, decree, insurance.

Јован НИКЧЕВИЋ
правни саветник у Енергопројект Холдинг а.д.

ПРАВНА ПРИРОДА УГОВОРА О ИСПОРУЦИ ИНВЕСТИЦИОНЕ ОПРЕМЕ

Резиме

*Назив уговора о испоруци инвестиционе опреме произилази из појма испоруке, збој које се према владајућем схваћању овај уговор најчешће сврстава у уговор о продаји. Међушим, испорука опреме (у ужем смислу) представља само једну од обавеза продавца код уговора о продаји, па ипаква термиолошка недоследност не сме бацити у сенку специфичности овој правној осла у односу на класичан уговор о продаји. С тим у вези, анализа овој уговора мора бити праћена и проучавањем *ratio* и правне природе уговорних елемената који су њиме обухваћени. Ти елементи, у овом случају, произилазе из једној истој уговорној документу али различитих правних основа који, ипак, имају и различиту правну природу.*

Кључне речи: *испорука инвестиционе опреме, правна природа, уговор о делу, уговор о продаји.*

I Специфичности уговора о испоруци инвестиционе опреме

1. Основне карактеристике

Испорука инвестиционе опреме је специфичан, сложен правни посао, код којег се једна страна (испоручилац) обавезује да изрази и ис-

поручи опрему која по својој намени служи за даљу производњу добара и услуга. Таква опрема не постоји у моменту закључења уговора, па је, свакако, реч о будућој ствари која тек треба да буде израђена. С друге стране, наручилац се обавезује да благовремено обезбеди податке потребне да се опрема изради, испоручи, а затим монтира (уколико су уговорене и пратеће услуге), као и да исплати уговорену цену и преузме ствар.

У ширем смислу, овај уговор обухвата и низ других специфичних обавеза неопходних да се опрема произведе, испоручи, угради на одређеној локацији, пусти у рад и оспособи за наменско функционисање. Те обавезе, као што смо рекли, делом произилазе из уговора о делу (израда, пројектовање опреме, мотажа, пуштање у рад и др.), делом из уговора о продаји (предаја ствари, пренос права својине), па је темељна карактеристика уговора о испоруци инвестиционе опреме различитост правне природа обавеза које су њиме обухваћене. Тешкоће квалификације, међутим, настају онда када се изразите карактеристике ових уговора почну губити.¹

Један од отежавајућих фактора при квалификацији уговора о испоруци инвестиционе опреме везује се за чињеницу да је код овог уговора уобичајено да материјал за израду ствари обезбеђује посленик (извршилац посла), што одступа од класичног уговора о делу (код којег се основна обавеза посленика састоји у томе да обави одређени рад, а не и да обезбеди материјал за израду ствари). Штавише, прави проблем у квалификацији овог уговора настаје онда када вредност тог материјала далеко превазилази вредност рада,² па се осим економског фактора (материјална вредност ствари и припадност материјала), не може установити други критеријум за разграничење елемента уговора који има претежни карактер. Јер, код овог уговора долази и до предаје ствари која је резултат рада, односно до преноса права својине са испоручиоца (продавца) на наручиоца (купца). Међутим, овакво одступање од уговора о делу превазиђено је одредбом члана 641 став 3 Закона о облигационим односима,³ према којој се, без обзира на припадност материјала, један уговор има сматрати уговор о делу уколико су уговорне стране приликом закључења уговора нарочито имале у виду послеников рад.

Инвестициона опрема представља збир ствари повезаних заједничком наменом за обављење одређеног производног процеса, али је

1 Бранко Вукмир, *Уговори о праћењу и услугама саветодавних инжињера*, Загреб 2009, стр. 299.

2 Konrad Zweigert (уп.), *International encyclopedia of comparative law, Specific contracts*, Vol. VIII, Germany, Hannover, 1980, стр. 5.

3 Закон о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89 и *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93 (у даљем тексту: ЗОО).

у питању до те мере особен збир ствари који се најчешће израђује по поруџбини и за потребе купца, према унапред утврђеним пројектима.⁴ Стога, основни критеријум разликовања инвестиционе опреме од других ствари и опреме која се не може сматрати инвестиционом, јесте њена сврха за даљу производњу добара и услуга. Тако, кућни уређаји, апарати и друга опрема које користимо ради задовољења личних потреба, без обзира на чињеницу да и такви апарати производе добра и услуге, не могу се сматрати инвестиционим.

Као други подједнако важан критеријум за одређење инвестиционе опреме, издваја се и критеријум индивидуалности, с обзиром да се ова опрема производи према поруџбини, за потребе већ познатог наручиоца а према унапред сачињеном пројекту, скици или нацрту. То даље значи да се ради о индивидуално одређеној, уникатној ствари (брана, хидроцентрала, далековод и сл.) која није намењена уобичајеној размени на тржишту и која због своје специфичности није употребљива за друго купца. Уговор о испоруци опреме која се не би производила по посебној наруџбини за тачно одређени објекат, без икаквих других обавеза испоручиоца (осим гаранције за исправно функционисање) сматрао би се уговором о купопродаји, будући да се сама испорука опреме као што је нпр. испорука серијске опреме, у бити не разликује од испоруке било којих других машина и апарата.⁵ Из овога се изводи закључак да испорука инвестиционе опреме не представља купопродајни уговор, јер није реч о серијски произведеној опреми већ о специфичном, мешовитом уговору.

Савремено уговорно право се заснива на начелима слободе уговарања што уговорним странама даје слободу да своје уговорне односе уређују по слободној вољи. Из исте уговорне слободе произилази и слобода модификације, односно прилагођавања именованих уговора конкретним потребама уговорника.

2. Однос уговора о продаји и уговор о делу

Најчешћи именовани уговори чијом комбинацијом настају други, мешовити уговори (*mixed contracts*) су уговор о продаји и уговор о делу. Такозваним „мешањем“ елемената ових уговора настају најразноврснији правни послови за које се, *prima facie*, можда и не би могло рећи да су сличне правне природе са уговорима из којих извиру. У упоредном праву, познат је случај енглеског зубара који је преузео обавезу да за свог

4 Даница Попов, *Уговор о куйојродаји инвестиционе ойреме*, докторска дисертација, Нови Сад, 1984, стр 4.

5 Б. Вукмир, *нав. дело*, стр. 298.

пацијента изради протезу од сопственог материјала, па је у конкретном случају, управо због чињенице да материјал за израду протезе обезбеђује зубар, заузет став да је закључен уговор о продаји ствари (протезе) а не уговор о делу, иако према логици ствари избор професионалца (зубара) за обављање оваквог посла лежи управо у његовом образовању и знању за обављање ове врсте посла, а не у чињеници да поседује материјал од којег се протеза израђује.⁶ Такав приступ изазвао је различите реакције, па се као одлучујуће поставило питање уговорног елемента који је довео до настанка ствари?! Прецизније речено, поставља се логичко питање, да ли је тежиште таквог уговора у обављеном раду и стручности с једне, или употребљеном материјалу с друге стране.⁷

Слично томе, код уговора о испоруци и монтажи инвестиционе опреме такође је реч о комбинацији елемената уговора о продаји и уговора о делу, али са битно другачијим односом њихових саставних елемената, иако је уговорни принцип исти. Наиме, код израде оваквих ствари захтева се виши степен стручности и знања, па је елемент рада и стручности ангажованог испоручиоца још израженији, доминантнији у односу на материјал за израду ствари и њену предају наручиоцу. Заправо, извршење овог посла захтева битно другачије ангажовање, у смислу броја стручњака који ће обављати такав посао, машина, уређаја, временског оквира и сл. Према томе, основна карактеристика уговора о делу је да се њиме посленик (предузимач, извођач радова) обавезује да обави одређени посао (*facere*), у замену за накнаду коју плаћа наручилац посла. Посао који посленик преузима овим уговором односи се, пре свега, на израду ствари. С друге стране, код уговора о продаји, продавац се обавезује да купцу преда ствар која је предмет продаје (*dare*), односно да пренесе право својине, док се купац обавезује да преузме ствар и плати купородајну цену продавцу.

Испорука опреме није увек праћена обавезама проистеклим из уговора о делу (пројектовање, израда, монтажа, грађевински радови повезани са уградњом опреме, пуштање опреме у рад, израда елабората, студија и сл.). Тачније, постоје и уговори код којих испоруци опреме не претходи израда од истог лица (продавца), већ је оно набавља од произвођача и врши њену даљу продају на тржишту. Међутим, тада није реч о инвестиционој опреми, већ о опреми која се производи серијски и самостално продаје на тржишту, без обзира што након продаје, купац може уговорити и њену монтажу. То даје повода разликовању уговора о купопродаји инвестиционе опреме и уговора о купопродаји инвестиционе опреме са монтажом.⁸ Међутим, чињеница је да инвестициона опре-

6 *Lee v. Griffin* (1861) B&S, 272, 121, E.R. 716.

7 К. Zweigert, *нав. дело*, стр. 5.

8 Вид. Д. Попов, *нав. дело*, стр. 40.

ма настаје као последица обавезности обећања једне уговорне стране да опрему изради, што таквом уговору даје изразити карактер уговора о делу, без обзира на предају ствари као пратећи елемент таквог уговорног обећања. Према нашем мишљењу, таквом разграничењу, свакако, треба додати и испоруку инвестиционе опреме као посебну категорију уговора, знатно другачију у односу на било коју врсту купопродаје.

II Уговор о испоруци инвестиционе опреме у домаћем и упоредном праву

1. Домаће право

У домаћој литератури истицана су различита мишљења о правној природи овог уговора. Према Б. Благојевићу, уговор о испоруци инвестиционе опреме заснива се на класичним принципима купопродаје, али је у питању, ипак, до те мере сложен правни посао да се поставља питање да ли је то специфичан уговор или уговор о купопродаји специфичне робе.⁹ Ово је уједно и један од ставова који је најчешће истицан у домаћој литератури у вези са правном природом овог уговора,¹⁰ што довољно говори о томе да на особеност овог уговора додатно утиче и чињеница да инвестициона опрема не представља серијски производ, већ ствар израђену на основу одређених технолошких знања и искуства, а према посебној поруџбини и за потребе тачно одређеног наручиоца. Из тих разлога, чини се, наведени приступ настоји да сложеност уговора образложи специфичношћу предмета престације на коју се он односи а не правном природом, тј. правним основом и каузом уговора. Резултат тога је да се овај уговор сматра купопродајом са другачијим обележјима у односу на њен основни облик, а да је специфичан само предмет престације, не и уговор као сложен, мешовит правни посао.¹¹ Тиме се занемарује специфичност предмета уговора, а то је обавеза израде ствари.

Једно од тумачења које је такође заступљено је и оно које уговор о испоруци инвестиционе опреме третира као уговор о купопродаји „*sui generis*“ који за предмет често има комплетна индустријска постројења, укључујући и технолошко-производну документацију, с тим што редовно садржи и одредбе о обучавању и специјализацији стручних кадрова,

9 Борислав Благојевић, *Уговор о испоруци инвестиционе опреме, Предговор*, Београд, 1964, стр. 5.

10 Вид. Д. Попов, *нав. дело*, стр. 1; Радомир Ђуровић, *Међународно привредно право*, Београд, 1999, стр. 238.

11 Вид. Б. Благојевић, *нав. дело*, стр. 5.

као и одредбе о монтажи и пуштању у рад испоручене опреме.¹² Од класичне, стереотипне купопродаје овај уговор разликује његов предмет а то је инвестициона опрема као непотрошна ствар која се производи по посебним конструкцијама и технолошким пројектима, а никад серијски и масовно.¹³ Попут претходног и ово становиште настоји да правну природу уговора определи специфичношћу инвестиционе опреме, што није погрешно, али ни пресудно, јер као што смо рекли, предмет уговора није инвестициона опрема, већ њена израда, након које следи предаја и евентуално монтажа, пуштање у рад и друге пратеће услуге у вези са опремом, које су у односу на основну обавезу (израда опреме) самосталне.

У духу потоњег става, такође се истиче и да уговор о купопродаји инвестиционе опреме представља само једну од врста уговора о купопродаји.¹⁴ Сходно томе, приликом одређења правне природе овог уговора потребно је правити разлику између уговора према којем је основна обавеза продавца испорука инвестиционе опреме, од оног уговора према којем је поред испоруке уговорена и монтажа.¹⁵ Такво разликовање чини и Економска комисија УН за Европу кроз Опште услове за испоруку постројења и опреме у извозу, серија 188 из 1953. године, као и кроз Опште услове за испоруку и монтажу постројења и опреме у извозу, серија 188А и 574А из 1957. године. Узимајући у обзир разлике између ова два уговора, према истом схватању, наводи се да је уговор о купопродаји инвестиционе опреме по својој правној природи купопродајни уговор, без обзира на неке посебне особине инвестиционе опреме као предмета уговора.¹⁶

Према сличном становишту, уговор о испоруци инвестиционе опреме спада у купопродајни уговор, а општа правила која регулишу купопродају представљају супсидијерни извор права и за уговор о купопродаји инвестиционе опреме.¹⁷ Притом, купопродаја се појављује као независан и самосталан правни посао у односу на уговор о монтажи, с обзиром да та два уговора могу посебно да се закључе независно један од другог, па се често монтажа инвестиционе опреме уговара и као посебна обавеза продавца.¹⁸

12 Вид. Драгомир Церовић, *Систем међународној привредној права*, Нови Сад, 1979, стр. 141–142.

13 *Ibid.*

14 *Ibid.*, стр. 1.

15 *Ibid.*, стр. 37.

16 *Ibid.*, стр. 38.

17 Младен Драшкић, *Закључивање уговора са иносјарним партнером*, Нови Сад 1979, стр. 128;

18 *Ibid.*

Испорука опреме која се не би производила по посебној поруџбини, за неки одређени објекат и без икаквих других обавеза испоручиоца (осим гаранција за исправно функционисање) не би се сматрала уговором о грађењу тј. уговором о делу, него уговором о купопродаји.¹⁹ Из оваквог става, применом принципа *argumentum a contrario*, чини се, произлази да уговор о испоруци инвестиционе опреме представља подврсту уговора о грађењу, односно подврсту уговора о делу, с обзиром да се инвестициона опрема најчешће производи управо по наруџбини, за конкретан објекат и уз низ других обавеза испоручиоца. Такво схватање било би оправдано, јер се класична испорука опреме не разликује од испоруке било којих других апарата и машина (фрижидер, радио апарати, аутомобил и сл.).²⁰

Оно што је заједничко разним видовима уговора о грађењу је чињеница да се овим уговорима преузима обавеза изградње објекта по посебној наруџбини, те да се опрема израђује по посебним спецификацијама и потребама управо због конкретног објекта, па онај који такву опрему израђује за њу не тражи купца већ је испоручује ономе ко ју је од њега наручио.²¹ Овакав став поново нагиње закључку да уговор о испоруци инвестиционе опреме представља својеврстан уговор о делу, јер за разлику од било које друге испоруке, испорука инвестиционе опреме подразумева извршење специфичних обавеза карактеристичних за уговор о грађењу (израда ствари по наруџбини и посебним спецификацијама наручиоца, монтажа опреме и сл.). У том смислу, овај уговор се може ставити и у однос са уговором о грађењу, с обзиром да се код оба уговора преузима обавеза изградње, односно израде ствари по посебној наруџбини, за потребе конкретног објекта, што је и његова основна карактеристика. Извршење одређеног посла, дакле, препознаје се као доминантна карактеристика уговора о делу,²² што и уговор о испоруци инвестиционе опреме може сврстати у породицу правних полова проистеклих из тог уговора.

Тешкоће квалификације било ког уговора настају онда када се његове изразите карактеристике почну губити, као што је случај са купопродајом са монтажом, или код купопродаје код које ствар у тренутку закључења уговора још увек не постоји, већ ће тек бити израђена.²³ Тада се битни критеријуми за разликовање ових уговора морају тражити у намери и вољи странака, боље рећи у намери коју су уговорачи имали

19 Вид. Б. Вукмир, *нав. дело*, стр. 298.

20 *Ibid.*, стр. 298–299.

21 *Ibid.*, стр. 299.

22 С. Перовић, *нав. дело*, стр. 712.

23 Б. Вукмир, *нав. дело*, стр. 299–300.

на уму када су закључивали уговор, јер извођачев рад не треба да буде једини показатељ намере странака, већ су то знање којим он располаже, средства рада, као и својства и средства која наручилац нарочито има у виду приликом закључивања уговора.²⁴

2. Уговор о испоруци инвестиционе опреме у упоредном праву

У страној литератури заступљени су слични ставови и схватања, али и нејасноће по питању правне природе уговора који у себи садрже елементе уговора о продаји и уговора о пружању услуга (уговора о делу). У том смислу, правна доктрина САД, у контексту тумачења примене Једнообразног трговачког закона²⁵ као критеријум разграничења уговора о испоруци опреме и уговора о пружању услуга (уговор о делу) узима онај елемент тог уговорног односа који је предоминантан у односу на остале.²⁶ У том смислу, уколико је уговором предвиђено извршење одређеног посла тј. услуге (код које се предаја одређених ствари појављује као пратећи, последични ефекат), такав уговор ће се сматрати уговором о делу, односно уговором о пружању услуга.²⁷ Америчка судска пракса, међутим, усвојила је различите приступе. Већина судова, заправо, усвојила је правило предоминантне, претежне сврхе уговора („*predominant purpose*“, „*predominant factor*“). Наведеним правилом предвиђено је да се најпре утврђује који је елемент уговора доминантан у одређеном уговорном односу, па се у зависности од тога одређује и правна природа тог уговора у целини. Услед тога, уколико је уговор највећим делом усмерен на продају а само као пратеће елементе подразумева и вршење одређеног посла, рада или услуге, биће реч о уговору о продаји у целини, и супротно, ако је продаја заступљена као споредан, пратећи елемент извршења одређеног посла (продаја неког пратећег, помоћног материјала и сл.) биће реч о уговору о делу („*service agreement*“).²⁸ Један мањи број америчких судова заузео је другачији став, према којем се примена одређеног закона простире само на онај део уговора на који се

24 *Ibid.*, стр. 301.

25 USA Uniform Commercial Code.

26 Вид. J. D. Ashcroft, J. E. Ashcroft, *Law for Business*, Mason USA, стр. 182; T. J. Kelleher, *Smith, Currie & Hancock LLP*, New Jersey, 2005, стр. 105; J. M. Lookofsky, *Understanding The Csig In The Usa*, Kluwer Law International, Hague, 2004, стр. 18.

27 *Ibid.*, стр. 182; вид. *Insurance Co. of North America v. Cease Elect., Inc.*, 688 N.W. 2d 462 (Wis.).

28 Вид. T. J. Kelleher, *нав. дело*, стр. 105; Calamari, Perillo, Bender, *Contracts*, New York, Kluwer, стр. 21; *Dacota Gasification v. Pascoe Building System, A division of Amcord., Inc.*, 91 F 3D 1094 (8th Cir 1995); *United States v. City of Twin Hols, Idaho*, 806 F 2d 862 (9th Cir 1986), cert. denied, 482 U.S 914 (1987).

тај закон односи, па „*predominant purpose*“ не доводи до тога да се уговор у целини тумачи према тако одређеној претежној сврси, већ само у оном делу у којем је одређени елемент толико изражен.

Француски „*Code Civil*“ као критеријум разграничења уговора о продаји од уговора о делу користи припадност материјала.²⁹ С краја 19. и почетком 20. века, у француском праву сматрало се да је у оним случајевима када испоручилац даје материјал за ствар коју израђује, реч о продаји будуће ствари, да би данас такав критеријум био напуштен, јер и уговор о делу може постојати онда када је поред рада посленик (испоручилац) уложио и материјал од којег ће ствар бити израђена.³⁰ Судска пракса у Француској заузела је, ипак, супротно становиште бранећи економски критеријум за разграничење ова два посла, према којем се правна природа уговора одређује према томе да ли је вредност материјала већа од вредности рада.³¹

У вези са становиштем енглеског права, већ смо навели случај зубара који се обавезао да свом пацијенту изради протезу.³² Дакле, иако је реч о знатно једноставнијем случају (који није директно повезан са испоруком инвестиционе опреме), можемо рећи да је принцип тумачења и квалификације ових уговора исти, пре свега због чињенице да је реч о уговорима који садрже елементе уговора о продаји (предаја ствари, односно пренос својине) и уговора о делу (израда, пројектовање, монтажа и сл.).

У немачкој правној терминологији за уговор о испоруци инвестиционе опреме устаљен је израз „*Lieferungsvertrag*“. Постоји став у домаћој литератури према којем се управо због овог израза у пословној пракси усталио израз „испурука“ уместо „купопродаја“ инвестиционе опреме.³³ Међутим, за Немачки грађански законик карактеристично је одређење специфичног критеријума за разграничење уговора о делу и уговора о продаји, тамо где постоји сумња о правној природи ових уговора. Наиме, према члану 651 Немачког грађанског законика, на уговоре чији је предмет испорука покретних потрошних ствари, примењиваће се одредбе закона који регулише продају ствари.³⁴ Применом принципа „*argumentum a contrario*“, испорука непотрошних ствари, сматрала би се уговором о делу.

29 Вид. Code Civil, чл. 1711, 1787, 1789; Н. Mazeaud, L. Mazeaud, *Leçons de Droit civil*, Tome 3, Vol. 2, стр. 617; Б. Вукмир, *нав. дело*, стр. 300, фн. 562.

30 *Ibid.*

31 Б. Вукмир, *нав. дело*, стр. 300, фн. 564.

32 *Lee v. Griffin* (1861) B&S, 272, 121, E.R. 716.

33 Д. Попов, *нав. дело*, стр. 35.

34 *Bundesgesetzblatt* I 42, 2909; 2003 27 July 2011 (1600), члан 651 – НГЗ.

III Испорука инвестиционе опреме као мешовит уговор

Код уговора о испоруци инвестиционе опреме, већ смо рекли, уговорне стране се могу споразумети о различитим уговорним обавезама, које се уграђују у јединствени текст, уговор као целину. У том склопу уговорних елемената, израда специфичне ствари је централна обавеза, без обзира на чињеницу ко обезбеђује материјал за њену израду, колика је вредност материјала, те да је крајњи циљ наручиоца стицање својине на ствари (предаја), као и да предају прате и друге услуге и сл. Јер, материјал може набавити било ко, али га може оплеменити само онај ко располаже потребном технологијом, знањем, искуством, другим речима, онај ко располаже специфичним знањем и струком. Међутим, уговорне обавезе код овог уговора су често такве да се не може лако утврдити којој врсти уговора припадају. Штавише, те обавезе нису увек усмерене само на израду и испоруку инвестиционе опреме, већ и на друге правне послове попут изградње, инжињеринга, продаје. Управо због тога, одређење правне природе ових уговора мора пратити њихово тумачење и квалификација.

Сваки од могућих елемената уговора о испоруци инвестиционе опреме има своју специфичност и карактеристике. Израда ствари је, као што смо рекли, централна обавеза испоручиоца и таква обавеза израде ствари има своју основу у уговору о делу. Међутим, наручилац опреме нема интерес да опрема буде само израђена, већ и да стекне право својине на њој, тј. да му испоручилац преда, испоручи ствар. Тиме се залази у поље уговора о продаји.

Овакво мешање уговорних елемената не представља прост, механички склоп, већ „органиско једињење“ као целину.³⁵ Тачније, у питању је самосталан али мешовит уговор. За одређење правила која ће се на њих применити, теорија нуди различита схватања, од којих су најчешће истицане теорије: апсорпције, каузе, комбинације, аналогije и креације.³⁶

Према теорији апсорпције, један елемент мешовитог уговора апсорбује други, па се на цео уговор имају применити правила која важе за тај, доминантни елемент уговора.³⁷ У овом случају, сматрамо да је претежни елемент овог уговора израда ствари и да је заједничка намера уговарача усмерена на обавезу извршења рада („*facere*“) јер, да би до предаје уопште дошло, опрема прво мора бити израђена. Друго, израда

35 Вид. Оливер Антић, „Именовани и неименовани уговори у савременом облигационом праву“, *Анали Правној факултету у Београду*, вол. 52, бр. 1–2, стр. 100.

36 Вид. С. Перовић, *нав. дело*, стр. 216–217; О. Антић, *нав. чланак*, стр. 100 и даље.

37 Борислав Благојевић, *Посебни гео облигационој права*, Београд 1936, стр. 7; Stojan Cigoj, *Obligacijsko pravo, Spolšni del*, Љубљана, 1962, стр. 98.

ствари према посебним спецификацијама, применом струке, искуства и технолошких знања, опредељује наручиоца да изабере одређено лице које ће опрему испоручити, јер је за производњу ове опреме потребан висок степен професионалности и искуства. Предају (у смислу уговора о продаји) и продају може извршити било које друго лице у склопу своје трговачке делатности. Најзад, како смо то више пута нагласили, испорука опреме која се не би производила по посебној поруџбини и за тачно одређени објекат, без икаквих других обавеза испоручиоца (осим гаранција за исправно функционисање) не би се сматрала уговором о грађењу тј. уговором о делу, него уговором о купопродаји.³⁸

Према једном схватању, ЗОО примењује теорију апсорпције управо код утврђивања критеријума за разграничење уговора о продаји и уговора о делу, тако што предвиђа да се уговор којим се једна страна обавезује да изради одређену покретну ствар од свог материјала сматра у сумњи као уговор о купопродаји.³⁹ Такав став, међутим, био би одржив да у истом члану не постоји одредба која каже да ће се у сумњи, уговор сматрати уговором о делу (без обзира на припадност материјала) уколико су уговорне стране нарочито имале у виду послеников рад.⁴⁰ Чини се да је принцип апсорпције, заправо, примењен овде тако што вредност и припадност материјала бивају обухваћени радом, уколико су уговорне стране то имале нарочито у виду приликом закључења уговора.

Теорија каузе, што је логично, настоји да природу мешовитих уговора објасни њиховом каузом.⁴¹ Имајући у виду одредбе ЗОО⁴² кауза је основ (узрок) уговорних обавеза.⁴³ У складу с тим, природу мешовитих уговора можемо одредити на основу тумачења воља уговорних страна испитујући основ, каузалност њиховог међусобног обавезивања.⁴⁴ Код овог уговора поново се поставља питање да ли је то обављање рада (израда ствари) или стицање права својине. Интерес наручиоца су, међутим, и једно и друго, јер разлог обавезивања наручиоца лежи у обећању испоручиоца да ће ствар бити израђена на уговорен начин, али и да, по изради, ствар буде предата ради стицања права својине.

38 Вид. Б. Вукмир, *нав. дело*, стр. 298.

39 Вид. С. Перовић, *нав. дело*, стр. 216.

40 Тако и Немачки грађански законик, према којем се на уговоре чији је предмет испорука покретних потрошних ствари имају применити одредбе закона који регулише продају ствари, док би се (применом принципа „*argumentum a contrario*“) на испоруку непотрошних ствари (каква је и инвестициона опрема), примењивала правила уговора о делу.

41 М. Вуковић, *Опћи дио грађанског права, књига II*, Загреб 1960, стр. 326.

42 Члан 51 ЗОО.

43 Вид. Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд, 2009, стр. 247.

44 Решење Округног суда у Ваљеву, Гж. 497/2007 од 22.3.2007. године.

Дакле, у питању је кумулација обавеза из најмање два именована уговора, с тим да је њиховим утапањем у јединствен правни посао нестала њихова независност и самосталност.⁴⁵ Реч је, значи, о мешовитом уговору који настаје кумулацијом уговора о продаји и уговора о делу, с тим да обавезе уговорних страна нису дељиве и да постоји интерес обеју страна да оне буде у потпуности испуњене. Разумевање оваквог односа уговорних елемената, треба тражити у теоријама које подједнако уважавају и економски и вољни елемент уговора. Тако, за присталице објективног схватања каузе, основ уговора треба тражити на пољу економског ефекта, због чега се ова теорија често назива и економском теоријом.⁴⁶ Према тој теорији, циљ грађанскоправних уговора увек је пренос неког економског добра на другога. С друге стране, субјективна теорија, каузу објашњава унутрашњим, вољним елементом уговора, па је кауза одлучујући мотив који доводи до његовог закључења.⁴⁷ Код уговора о испоруци инвестиционе опреме објашњење појма каузе дају обе теорије, у њиховој комбинацији. Наиме, чини се да пренос економског добра код овог уговора лежи у предаји израђене ствари, као крајњем циљу због којег се наручилац обавезује на исплату уговорне цене. У прилог томе говори и чињеница да код ових уговора материјал за израду ствари најчешће обезбеђује испоручилац. Међутим, поставља се питање да ли је то заиста крајњи циљ уговора и да ли се њиме испуњава сврха коју су уговорне стране имале у виду приликом његовог закључења, кад се узме у обзир да инвестициона опрема има производу намену, која ће омогућити даљу производњу добара и услуга. Она, заправо, за наручиоца има праву вредност уколико остварује инвестициону намену. Таква намена у потпуности зависи од технолошких карактеристика опреме, коју је једино испоручилац могао уградити у опрему својим знањем, опремљеношћу и искуством у њеној изради. Материјал, без обзира на његову вредност, није подобан да оствари производни (инвестициони) ефекат, па као такав и није потребан наручиоцу јер, да јесте, инвестициону опрему би могао да производи свако.

Наведени приступ је доследан до одређене границе, тачније до момента када се постави питање да ли би израда ствари била основ овог уговора и онда када не би било речи о инвестиционој опреми (која производи друга добра и услуге) и, друго, да ли по основу економске теорије превагу односи уговор о продаји онда када је материјал за израду опреме далеко вреднији од уложеног рада и стручности испоручиоца. У том погледу, потребно је узети у обзир и субјективну теорију, према којој је

45 Вид. О. Антић, *нав. чланак*, стр. 100.

46 О. Антић, *нав. дело*, стр. 259, фн. 750.

47 *Ibid.*, стр. 258.

унутрашњи фактор тај који доводи до обавезивања, односно закључења уговора, па основ уговора зависи од тога на шта је била управљена намера уговорних страна у моменту креације. Упориште таквом схватању даје и ЗОО који, у члану 601, став 3 изричито наводи да ће се уговор у сваком случају сматрати уговором о делу уколико су стране имале нарочито у виду послеников рад.

Уговорно обећање испоручиоца је, дакле, садржано у томе да ће ствар да се произведе на уговором утврђен начин. Каузалност таквог обећања постиже се утврђивањем уговорне цене коју наручилац дугује испоручиоцу за извршење његових обавеза. Дакле, наручилац се не обавезује само због обећања испоручиоца да ствар прода. Штавише, могуће је да до преноса својине и не дође (онда када се уговори задржавање права својине на страни испоручиоца). Пренос права својине, иако је садржан у овом уговору као његов крајњи циљ, не може бити и његов претежни елемент који би определио природу овог уговора као уговора о продаји. Полазећи од чињенице да је инвестициона опрема сложена опрема, која редовно достиже велику вредност, да је поступак њене израде специфичан и да се не производи серијски, јасно је да рад и технолошко знање и поступак производње испоручиоца представљају нарочити разлог обавезивања наручиоца према испоручиоцу.

Према теорији комбинације, потребно је узети све битне елементе и њиховим комбиновањем доћи до заједничких правила која би се као скупна и јединствена примењивала на мешивит уговор.⁴⁸ Другим речима, једноставно се узима да се на сваку престацију примењују она правила која за њу важе, али под условом да су престације дељиве и да њиховим дељењем уговор и даље може остварити своју сврху.⁴⁹ Код уговора о испоруци инвестиционе опреме, због кумулације два различита уговора, тачније уговора о делу и уговора о продаји, интерес уговорних страна је да опрема након израде буде предата наручиоцу јер, испоручилац не би знао шта да ради са опремом коју је производио према потребама другог лица, док наручилац, с друге стране, не би имао интереса да опрема буде произведена према његовим упутствима и потребама, а да му као таква не буде предата ради стицања својине на њој. Обавеза испоручиоца је, дакле, код овог уговора недељива, осим у случају да је дељивост обавеза обухваћена намером уговорних страна. Такав је случај са уговором о испоруци инвестиционе опреме, који садржи клаузулу о задржавању права својине од стране испоручиоца. Тада

48 Вид. О. Антић, *нав. чланак*, стр. 101; Борислав Благојевић, *Посебни гео облигационој љрава*, Београд, 1939, стр. 7; С. Перовић, *нав. дело*, стр. 216.

49 Вид. О. Антић, *нав. чланак*, стр. 101.

се обавеза израде мора јасно раздвојити од предаје ствари, с обзиром да је воља уговорних страна јасно раздвојила присуство елемената продаје од елемената уговора о делу. Тачније, сврха уговора се може остварити дељивошћу ових обавеза, јер су стране тако хтеле, с тим да сврха уговора услед тога не губи смисао.

Управо супротно, сврха дељивости обавеза лежи у обезбеђењу, да ће израда инвестиционе опреме бити исплаћена. Исти би случај био и са уговором којим се сликар обавезује да сачини портрет наручиоца, на платну који обезбеђује сам сликар. Јасно је да се у овом случају ради о уговору о делу, јер сликар не би сликао и правио портрет наручиоца да му овај то није тражио. По завршетку портрета, логичан след ствари подразумевао би да резултат рада буде предаја ствари, што у себи апсорбује и стицање права својине од стране наручиоца. Али, уколико би сликар пристао да цена буде исплаћена у оброцима, нпр. у периоду од наредних годину дана од момента предаје слике, с тим да својину на слици до назначеног момента задржава сликар, дељивост обавезе сликара да слику изради и преда, била би оправдана, па би се могла примењивати правила о уговору о делу (у погледу израде) и уговора о продаји (у погледу обавезе да се ствар преда, под одложним условом).

Теорија креација и теорија аналогije, такође имају своју примену. Прва предвиђа да одређење правила по којима ће уговор бити регулисан треба препустити суду који би морао наћи најбоље решење за конкретан случај, истражујући заједничку намеру уговорних страна.⁵⁰ По теорији аналогije, суд ће на конкретан мешовити уговор применити правила оног уговора који је, по аналогiji, најсличнији мешовитом уговору чија се правна природа испитује.

Суштина правне природе уговора о испоруци инвестиционе опреме, као и код других мешовитих уговора лежи у проналажењу праве воље уговорних страна, па суд мора утврђивати такву вољу применом свих релеватних критеријума. У том смислу, поменуте теорије не треба схватити тако да се оне међусобно искључују већ да ће се суд, приликом примене неке од теорије у конкретном случају, руководити заједничком намером уговорних страна.⁵¹

50 Вид. С. Перовић, *нав. дело*, стр. 216; Б. Благојевић, *нав. дело*, стр. 7; С. Цигој, *нав. дело*, стр. 98.

51 Вид. С. Перовић, *нав. дело*, стр. 216.

Jovan NIKČEVIĆ
Legal Advisor in Energoprojekt Holding a.d.

LEGAL NATURE OF THE CONTRACT FOR SUPPLY OF THE CAPITAL EQUIPMENT

Summary

The name of the contract for supply of the capital equipment stems from the concept of delivery and therefore, according to the widespread conceptions, this contract is usually classified as a contract of sale. However, the delivery of equipment (in narrow sense) represents only one of the duties of the seller under the contract of sale, and that terminological inconsistency shall not cast a shadow on specific characteristics of this contract in relation to the standard contract of sale. In this regard, the analysis of this contract must be accompanied by the study of ratio and the legal nature of the contractual elements contained therein. In this case, these contractual elements are derived from the same contract document but from different legal basis and therefore they have a different legal nature.

Key words: *supply of the capital equipment, legal nature, service agreement, sale agreement.*

Маја МАТИЋ

виши саветник у Агенцији за борбу против корупције

ПРАВНИ ОКВИР ЗА МЕЂУНАРОДНИ ФАКТОРИНГ У СРБИЈИ

Резиме

Факторинг посао омогућава краткорочно финансирање привредних субјеката на основу преузетих оближивања и одобравање авансних средстава по том основу. Осим у оквирима домаће тржишта роба и услуга, овај финансијски посао има широку примену на плану међународне трговине у условима промена робе и услуга са иностранством, где је његова важност посебно истакнута у побољшању извозног потенцијала и изасмана домаће робе на страна тржишта.

Актуелни економски услови показују да је и у условима светске економске кризе обим факторинг промена у сталном порасту, што говори о бољем функција које прати овај посао и способност прилагоджавања потребама тржишта. Овај раст нарочито је значајан у домену међународног факторинга што показује да извозници и увозници широм света овај посао све више препознају као свој бенефит у пословању.

Кључне речи: међународни факторинг, финансирање, извозници.

I Функције факторинга

У савременој привреди факторинг посао представља значајан извор финансирања обртног капитала што и јесте његова најважнија функција. Обезбеђење наплате потраживања је такође важна функција

факторинга, јер фактор води рачуна о бонитету дужника па се у случају да дужник не подмири своје обавезе одриче права на регрес према клијенту. Поред ове две суштинске функције фактор има и услужну функцију. Он води ажурну евиденцију о наплатама потраживања од купца, о роковима доспећа потраживања према куцима, испитује кредитну способност дужника, води књиговодство клијента, обрачунава порезе и провизије и обавља многе друге услуге.

У српској привреди факторинг је производ услуга који су донеле финансијске организације и страни партнери из подручја његове развијеније примене. Један од основних проблема привреде и друштва у целини је недовољна брзина наплате. Српску привреду карактерише и ниска ликвидност која са собом носи повећан ризик наплате.

Свако убрзање наплате потраживања омогућава привредном друштву да се новчана средства што пре врате у производњу и да се обезбеди потпуније коришћење производних капацитета. Пут да се убрза наплата потраживања за продају робу и извршене услуге, да се новац што пре врати у производни процес јесте поверавање послова наплате потраживања привредним друштвима и банкама које се баве факторинг пословима и добро познају тржиште, учеснике и њихову ликвидност.

У извозно-увозним пословима постоји економска мотивисаност титулара потраживања да прода потраживање пре договореног рока уз дисконт. Извознику требају обртна средства за даљу производњу или укључење тих средстава у биланс ради избегавања потенцијалних губитака у ком случају би власник будућег девизног прилива имао једино могућност да узима кредите који представљају скупљи вид финансирања.

Факторинг краткорочних спољнотрговинских потраживања подразумева и додатна питања која се јављају услед чињенице да су учесници у послу у различитим земљама, са различитим правним системима, информационим инфраструктурама, језицима и различито развијеним привредама.

До сада је постојало неколико законодавних покушаја у правцу превазилажења наведених баријера у спољнотрговинском промету робе и услуга у Републици Србији, али је неопходно даље приближавање позитивног правног поретка неким успешним нормативним решењима из упоредног уговорног права у овој области.

II Појам уговора о факторингу у домаћем законодавству и доктрини

У већини страних законодавстава појам и садржина уговора о факторингу нису одређени, па се овим питањем бави правна теорија.

У аустријском праву постоји непотпуна правна дефиниција факторинг посла која предвиђа само типичне елементе који долазе до изражаја у различитим варијантама овог уговора заобилазећи његово одређење.¹ О наведеном постоји оправдање.

С једне стране, овај правни институт је богат разноликим чиницама које фактор врши за свог клијента, а које појединачно посматрано представљају предмет познатих именованих уговора попут цесије, купопродаје, есконта, налога и комисиона. С друге стране, огроман је број модалитета овог уговора у пословној пракси. Утолико, дефинисање га увек чини сиромашнијим за мноштво услуга које ће фактор понудити у једном конкретном односу са клијентом. Због тога треба бити опрезан у дефинисању и оставити слободу за јављање нових модалитета у пракси.

Комисија за израду Грађанског законика коју је образовала Влада Републике Србије израдила је Преднацрт Грађанског законика Републике Србије који у Другој књизи – Облигациони односи, у Глави XLVIII регулише уговор о факторингу уз исказану резерву о целисходности законског регулисања овог посла. Између осталих одредби предвиђене су три дефиниције од којих је једна сачињена по угледу на UNIDROIT Конвенцију о међународном факторингу.

Она предвиђа да се уговором о факторингу једна страна која је испоручилац робе или вршилац услуга (клијент) обавезује да уступи другој страни (фактору) потраживања, већ настала или будућа, према трећем лицу из уговора о продаји робе или вршења услуга или из извршеног рада, а фактор се обавезује да уз накнаду и наплату трошкова изврши најмање две од следећих услуга: 1) да авансно финансира клијента (исплата потраживања пре доспелости, укључујући зајам и авансне исплате у вези тих потраживања); 2) да наплати пренета потраживања; 3) да гарантује наплату тих потраживања (преузима ризик наплате потраживања у случају неликвидности дужника); 4) да води евиденцију о потраживањима клијента.²

Уколико овај уговор буде регулисан у Грађанском закоником, он ће, наравно, садржавати само норме уговорног карактера (дефиниција уговора, обавезни елементи уговора, пренос потраживања, ризик наплате, трајање и раскид уговора, уговор о сукцесивном факторингу, правни односи између учесника: фактора, испоручиоца и дужника). Друго је решење да се норме облигационоправног карактера предвиде у тексту

1 Axel Wittman, *Factoring im Konkurs des Factoringkunden*, dissertation, Wien, 2009, стр. 8.

2 *Преднацрт Грађанског законика Републике Србије*, Књига друга – Облигациони односи, Влада Републике Србије, Комисија за израду грађанског законика, Београд, 2009, стр. 395.

који истовремено регулише и нормe статусноправног карактера (нормe о условима за бављење делатношћу, о регистрацији привредних субјеката, о надзору над радом и друго).³

Вероватно да ће у нашем правном систему бити примењено друго решење, те да ће се нормe и облигационоправног и статусноправног карактера наћи у истом тексту. У том смислу, у току је израда текста Нацрта закона о факторингу који припрема Министарство финансија и привреде у којем се поред дефинисања самог посла факторинга, предвиђају и предмет преноса потраживања, учесници у факторингу, услови за обављање делатности факторинга (ко може бити фактор, обавезни основни капитал, одобрење за обављање делатности, регистрација привредних субјеката, разлози за одузимање одобрења), врсте факторинга, дефиниција уговора, обавезни елементи уговора, пренос потраживања, обавештење о преносу потраживања, ризик наплате, трајање и раскид уговора, уговор о сукцесивном факторингу, правни односи између учесника: фактора, испоручиоца и дужника, као и одредбе о надзору над обављањем послова факторинга.

У истом Нацрту факторинг је дефинисан као правни посао у коме једна страна преноси постојеће будуће или краткорочно потраживање настало из уговора о продаји робе или пружања услуга у земљи и иностранству, а друга страна преузима ово потраживање и обавезује се да изврши најмање две од следећих услуга: 1) финансирање уступиоца на основу преноса потраживања; 2) евиденција и управљање пренетим потраживањем; 3) наплата потраживања; 4) преузимање ризика наплате потраживања.⁴

Уговором о факторингу уступилац се обавезује да ће пренети фактору своје потраживање према одређеном дужнику или дужницима, а које је настало из уговора о продаји робе или пружања услуга, а фактор се обавезује да изврши најмање две од напред наведених услуга.

Може се приметити да су у највећем делу дефиниција посла и уговора преузети из Конвенције, а обавештење о преносу је обавеза уступиоца.

Када би из свих дефиниција факторинг посла апстраховали најнужније елементе уговора, факторинг би био пренос краткорочних потраживања. Чак и елемент накнаде је овде мање битан, јер ће се нека-

3 Предраг Шулeјић, „Франшизинг, лизинг, факторинг – отворена питања код регулисања ових уговора у Грађанском законикy Србије“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2008, стр. 501.

4 *Нацрт закона о факторингу*, Министарство финансија и привреде, доступно на адреси: <http://mfp.gov.rs/sitemap.php>, 15.8.2012. године.

да чинити да је та накнада незнатна уколико околности посла то налажу и одређени пословни интерес.

Уступање новчаних краткорочних потраживања, постојећих или будућих, доспелих или недоспелих из уговора о продаји робе или вршења услуга са клијента на фактора је битан састојак уговора. Последица преноса је наплата тих потраживања од стране фактора.

На основу воље уговорних страна битан састојак уговора може бити и гарантовање наплате потраживања. У том случају фактор преузима ризик несолвентности дужника и неплаћања о доспелости, те пре давања гаранције приступа детаљном испитивању бонитета дужника.

Авансно финансирање дужника може бити битан елемент уговора у ком случају је фактор обавезан да клијенту исплати вредност потраживања пре доспелости.

Фактор редовно обавља читаву мрежу професионалних правних и фактичких услуга пружајући подршку у пословању клијента и ради ефикасне наплате потраживања. Правне радње фактора су давање налога за плаћање дужнику, слање опомена и обавештења, вођење судских и арбитражних спорова због неплаћања или неуредног плаћања. Фактичке радње су вођење књиговодства потраживања, испитивање тржишта, вођење евиденције и статистика од значаја за клијента, плаћање пореза, давања разних обавештења.

Факторова накнада обично укључује провизију, камату на износ аванса код факторинга са авансним финансирањем и накнаду трошкова.

III Извори права у домаћем законодавству

У овом тренутку факторинг није предвиђен домаћим законодавством, већ је творевина пословне праксе. Извори права факторинга су општи услови пословања факторинг компанија, типски и формуларни уговори, трговачки обичаји, општа правила уговорног права. Одређени закони и подзаконска акта само посредно се односе на факторинг.

1. Извори права у законима

Закон о облигационим односима предвиђа да странке слободно уређују своје облигационе односе и да је ограничење аутономије воље изузетак који мора бити предвиђен законом. Дакле, стране у пословном промету одлучују да ли ће засновати облигациони однос, с ким ће га засновати и како ће уредити његов садржај. Предмет уговорне обавезе мора бити могућ, допуштен и одређен, односно одредив. У одељку

посвећеном уступању потраживања уговором (цесија) садржани су елементи који чине факторинг однос који не може без цесије.⁵

Многи сматрају да је то и довољан правни оквир за могућност бављења факторинг послом у земљи. Правила о уговорном уступању потраживања која су основ факторинга, уклапају се у правну конструкцију факторинга, а остављају пуну слободу уговорним странама да уговоре престајације по њиховој вољи. Једино ограничење проистиче из евентуалног постојања *factum de non cedendo* за коју у унутрашњем промету не постоји законска могућност превазилажења. У пракси, фактори прибегавају прибављању претходне сагласности дужника за цесију, чиме смањују ризик ништавости цесије.

Закон о банкама набраја послове које банка може обављати. Као један од послова који нису искључиво послови које само банка може обављати, предвиђени су и послови куповине, продаје и наплате потраживања (факторинг и форфетинг и др.).⁶

Закон о привредним друштвима у потпуности оставља слободу оснивања привредног друштва које би обављало факторинг делатност у циљу стицања добити. Својство правног лица привредно друштво стиче регистрацијом. Законом о класификацији делатности (Сл. *гласник РС*, бр. 104/09) који прати Уредба о класификацији делатности (Сл. *гласник РС*, бр. 54/10), под шифром 64.99 предвиђена је делатност – Остале непоменуте финансијске услуге, осим осигурања и пензијских фондова, која између осталог обухвата факторинг посао. Закон о привредним друштвима такође предвиђа да друштво има претежну делатност која се региструје, али да може обављати и све друге делатности које нису законом забрањене. Посебним законом може се условити регистрација или обављање одређене делатности издавањем претходног одобрења, сагласности или другог акта надлежног органа. Предвиђено је и да основни капитал друштва износи најмање 100 динара, али да посебним законом може бити предвиђен већи износ основног капитала за друштва која обављају одређене делатности.⁷

Закон је омогућио и оснивање огранка привредног друштва који нема својство правног лица и у правном промету иступа у име и за рачун привредног друштва чији је издвојени организациони део. Обавезно се региструје огранак страног привредног друштва, док огранак домаћег привредног друштва само ако је то посебним законом предвиђено као услов за обављање делатности.

5 Закон о облигационим односима (Службени лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ, Сл. лист СРЈ, бр. 31/93, Сл. лист СЦГ, бр. 1/2003 – Уставна повеља), чл. 436–445.

6 Закон о банкама (Сл. *гласник РС*, бр. 107/05 и 91/10), чл. 4.

7 Закон о привредним друштвима (Сл. *гласник РС*, бр. 36/11 и 99/11).

Оснивање огранака страних факторинг компанија у нашој земљи допринело би развоју факторинга због њиховог знања, искуства, бржих поступака процене ризика, бржег доношења одлука, али и прилива свежег капитала. Пословима факторинга се могу бавити банке, привредна друштва, као и огранци страних факторинг компанија.

Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма помиње правна лица која врше делатност факторинга и форфетинга као обвезнике који су дужни да предузимају радње и мере ради спречавања и откривања прања новца и финансирања тероризма, а које произилазе из тог закона.⁸

Међународни факторинг је делимично регулисан законском регулативом која се не односи директно на овај правни посао, већ га регулише посредно. Значајна смерница за међународни факторинг био је Закон о девизном пословању из 2006. године (*Сл. гласник РС*, бр. 62/06) и пратећа Уредба о ближим условима и начину преноса потраживања и дуговања насталих по спољнотрговинским пословима резидената (*Сл. гласник РС*, бр. 112/06) који су ближе дефинисали ову материју. Касније је донет и Закон о изменама и допунама Закона о девизном пословању (*Сл. гласник РС*, бр. 31/11), али у овој материји није било измена о односу на ранији текст све до краја 2012. године.

2. Измене у прописима који регулишу девизно пословање

- а) *Закон о девизном пословању (Сл. гласник РС, бр. 62/06)*
и *Закон о изменама и допунама Закона о девизном пословању (Сл. гласник РС, бр. 31/11)*

Наведени прописи извршили су либерализацију девизних трансакција и отворили могућност коришћења нових, бржих и јефтинијих облика финансирања спољнотрговинских послова, тачније куповину потраживања и преузимање дуговања од стране правних лица, због бројних тешкоћа са којима су се привредни субјекти суочавали при обезбеђењу потребних обртних средстава за повећање производње или отпочињању нових производних програма. Чланом 7 уведена је могућност коришћења нових облика финансирања спољнотрговинских послова – куповина потраживања и преузимање дуговања од стране банака и других правних лица, па самим тим и могућност да треће лице изврши плаћање односно наплату преузетих дуговања и потраживања. Чланом 34 истог Закона омогућено је свим привредним субјектима – резидентима да постану носиоци иностраних девизних потраживања и дуговања и до-

⁸ Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма (*Сл. гласник РС*, бр. 20/09, 72/09 и 91/10), чл. 4.

пуштено да се у наведених пословима плаћање и наплаћивање између резидената у Републици врши у девизама. Постављени опсег права у спољнотрговинском пословању наметнуо је потребу конкретизације одредаба у циљу правне сигурности привредних субјеката и заштита интереса државе. Растао је извоз и све чешће су се јављали послови финансирања на бази откупа инопотраживања који решавају проблеме ликвидности извозника, поспешују његову производњу и омогућавају му да понуди повољније услове плаћања. Ови послови до тада нису били посебно регулисани па је постојала намера да се прецизирањем услова под којима се врше у спољнотрговинском промету подстакне већа учесталост обављања и умање потраживања и дуговања настала у спољнотрговинском и унутрашњем промету без употребе новца. У том смислу, превиђена могућност продаје девизног прилива у девизама имала је за циљ да повећа атрактивност ових финансијских механизма, да смањи трошкове њиховог обављања и учини их повољнијом врстом финансирања, као и да смањи губитке који настају због размене валуте, јер је извозник у могућности да бира испуњење у девизама или динарима, у зависности од потреба његовог пословања. У интересу правне сигурности је било да буде јасно да ли, у ком моменту и у ком обиму одређено инопотраживање припада старом или новом повериоцу, односно да нови обвезник уноса средстава у земљу буде упознат са последицама. Прописана форма и садржина уговора на основу којег долази до замене испуњења обезбеђује да наведени елементи буду довољно одређени, а избегава евентуална ограничења која се тичу преносивости из основног спољнотрговинског уговора и евентуална тумачења везана за наступање правних последица у зависности од облика правног посла.

Уредба је покривала све случајеве преноса потраживања у међународној трговини када је извозник – резидент поверилац, купац потраживања резидент, а увозник – нерезидент дужник, односно пренос дуга када је увозник – резидент дужник, преузималац дуга – резидент, а извозник – нерезидент поверилац. Промењени субјект поверилачко-дужничког односа је увек резидент, односно купац потраживања или преузималац дуга је увек резидент.

Уредба је прецизирала да предмет преноса односно преузимања дуговања могу бити новчана потраживања и дуговања која проистичу из тачно одређеног пословног односа – промета робе и услуга са иностранством, између резидента који није физичко лице и нерезидента као његовог дужника односно повериоца. Предмет уговора којим се преноси потраживање, односно преузима дуг може бити постојеће, цело или делимично, недоспело или доспело, одређено или најмање одредиво потраживање односно дуговање. Како је у пракси чест случај

да се уступају будућа потраживања предвиђено је да одредба у уговору којом се уступају будућа потраживања важи за пренос само када она настану, под условом да буду накнадно прецизирана у уговору о преносу, тако да прецизирање обезбеди сигурно утврђивање испоручене робе или извршених услуга по којима је настало потраживање. У овом подзаконском акту се наводи да се ови послови врше ради намирења потраживања или дуга по основу извоза и увоза робе и услуга или ради обављања регистроване делатности откупа краткорочних и дугорочних потраживања. Дакле, с обзиром на чињеницу да у тренутку доношења овог акта посао факторинга ни у једном закону није био поменут, нити је уговор о факторингу био законски дефинисан, а да је морао да регулише поред других врста преноса потраживања и дуговања у пословању са иностранством и пренос краткорочних потраживања насталих из уговора о продаји робе или пружања услуга са иностранством уз накнаду, овај акт је поставио неке одреднице обављања факторинг послова. Законом о девизном пословању предвиђена је писмена форма овог уговора и она је услов пуноважности посла. У међународном промету форма има пуно оправдање због повећаног ризика посла.

Уговор на основу којег се продаје инопотраживање ради прибављања новчаних средстава по основу продатог потраживања мора да садржи прецизне податке о потраживању из основног посла да би оно било тачно идентификовано. Такође, предвиђено је да моментом преноса потраживања на новог повериоца прелазе и административне обавезе које су законом предвиђене за извознике као носиоце основног посла. Оно на чему је посебно инсистирано у овим прописима је да у сваком тренутку буде јасно из ког посла потиче потраживање и коме оно припада.

Међутим, регулисање могућности да се нерезиденти појаве у улози откупиоца инопотраживања остало је правно нерегулисано са становишта девизног платног промета. Наиме, чланом 7 ставом 5 Закона о девизном пословању предвиђено је да нерезиденти могу куповати потраживања и дуговања по основу спољнотрговинских послова под условима и на начин који пропише Влада. Како овај акт није био донет све време важења овог закона пренос потраживања са резидента на нерезидента није био дозвољен. Могућност да страном лице купи спољнотрговинско потраживање од домаћег лица није регулисана, јер је у том тренутку постојала обавеза уноса укупног девизног прилива у земљу, док би на овај начин унета била дисконтована, дакле умањена вредност спољнотрговинског потраживања.

Овакав правни вакуум створио је проблеме код међународног факторинга у тзв. двофакторском систему, који је најзаступљенији механизам обављања преноса потраживања путем два фактора, једног у

земљи извозника, другог у земљи увозника. Двофакторски систем подразумева да фактор у земљи извозника одобрава увознику средства и преузима његово потраживање према увознику на основу договора са другим фактором у земљи увозника, који даље преузима потраживање и врши наплату од увозника у својој земљи.

Императив да у земљу буде унето 100% потраживања је на неки начин нанео више штете него користи, јер су привредни субјекти који су били регистровани и обављали факторинг делатност проналазили друге начине да превазиђу овај проблем немогућности преноса потраживања на нерезидента кроз двофакторски систем како би им коресподентни фактор у земљи увозника помогао у оцени бонитета, преузео ризик и наплатио потраживање од увозника у истој земљи. Тако су се у пракси јављали неки други модалитети наплате између преносиоца потраживања у земљи и откупиоца потраживања у иностранству или су се уговори друкчије називали или се користио институт осигурања потраживања како би препрека била избегнута.

Међународни факторинг се може обављати и у једнофакторском систему у ком случају домаћи фактор преузима обавезу да сам наплати потраживање од дужника у иностранству. У том случају постоји само фактор у земљи извозника (домаћи фактор), међутим, тада домаћи фактор у земљи увозника мора да преузима радње у вези испитивања бонитета дужника (увозника), што му није увек могуће у највећем делу из разлога техничке природе, али и због политичких, управних и других разлога.

Управо таква ситуација је до краја 2012. године постојала у ишчекивању дозвољавања могућности да страни субјект купи спољно-трговинско потраживање од домаћег лица. Уколико је домаћи фактор једини фактор у послу међународног факторинга, то у послу правог факторинга доводи домаћег фактора у положај да преузима велики ризик наплате од клијентовог дужника, због чега би домаћи фактор вероватно одустајао од правог факторинга (*del credere* функције) са спремношћу да прихвати само неправу факторинг.

Међутим, како се ради о међународном факторингу, у пракси се чешће догађа да се изврши пренос потраживања са домаћег клијента на домаћег фактора без његовог права регреса, а да се ризик ублажи осигурањем код страног осигуравајућег друштва за случај доцње у испуњењу доспелог дуга од стране клијентовог дужника.

На основу изнетог, за уобичајено одвијање међународног факторинга неопходно је инкорпорирање двофакторског система односно да поред извозника и увозника, односно продавца и купца из различитих земаља, постоји домаћи фактор у земљи извозника и коресподентни фактор у земљи увозника.

б) *Закон о изменама и дојунама Закона о девизном пословању*
(Сл. гласник РС, бр. 119/12)

Регулисање могућности да страном лице – фактор купи спољнотрговинско потраживање предмет је новог Закона о изменама и дојунама Закона о девизном пословању (Сл. гласник РС, бр. 119/12) који је ступио на снагу 25. децембра 2012. године. Одредбом члана 7 став 1 предвиђено је да и нерезиденти могу преносити, односно платити или наплатити потраживања и дуговања која су настала по основу реализованог спољнотрговинског промета робе и услуга резидената, који се не сматра комерцијалним кредитима и зајмовима. Предмет преноса је извоз или увоз робе или услуга уговорени у девизама или динарима који нису наплаћени, односно плаћени у року од годину дана од дана извршеног извоза или увоза. Рок од годину дана, иако уподобљен тржишним кретањима и методологији Народне банке Србије не одговара брзини и природи факторинг посла.

Закон прописује да се послови могу вршити само на основу уговора закљученог између преносиоца и примаоца потраживања и дуговања, уз обавезу преносиоца да дужника, односно повериоца из основног посла обавести о извршеном преносу. Ово решење не одговара институту преузимања дуговања, јер је овде поверилац заинтересован за то ко му је нови дужник и да ли је солвентан.

Даље се прописује да уговор садржи идентификационе податке о уговорним странама, податке о основу по ком су настала потраживања и дуговања која су предмет преноса, укључујући и податке о дужнику, односно повериоцу, као и податке о валути и износу потраживања и дуговања који су предмет преноса. Како више не постоји обавеза уноса прилива у земљу, нови поверилац односно дужник нема обавезу ни да извести неког о самом послу. Даном ступања на снагу овог закона престала је да важи Уредба о ближим условима и начину преноса потраживања и дуговања насталих по спољнотрговинским пословима резидената (Службени гласник РС, бр. 112/06), тако да се ови послови обављају на основу наведених законских одредаба.

У новом Закону посебно су издвојена инопотраживања и инодуговања резидената у поступку спровођења приватизације, јер у дугогодишњој пракси спровођења поступака приватизације није била поштована одредба о немогућности преноса спољнотрговинских потраживања и дуговања на нерезидента.

Сада је прописано да се потраживања и дуговања која су настала по основу реализованог спољнотрговинског промета робе и услуга резидента – јавног предузећа и правног лица са државним капиталом

или правног лица које је у процесу реструктурирања или приватизације могу преносити, односно платити или наплатити само на основу уговора, сагласности или изјава закључених између свих учесника у послу, уз претходно прибављену сагласност Владе, осим потраживања и дуговања резидента – правног лица које је Република Србија основала посебним законом ради финансирања извоза (који је изузетак предвиђен за Агенцију за осигурање и финансирање извоза Републике Србије).

3. Доношење закона који регулише факторинг посао

Потребно је ратификовати Конвенцију о међународном факторингу, како би Република Србија хармонизовала правна решења са својим најзначајнијим пословним партнерима у иностранству. Заједно са Законом о облигационим односима обезбедио би се солидан оквир за обављање факторинга. Пословној заједници није потребно усмеравање у облику закона о факторингу. Судовима, пореским органима и другим административним телима потребнија је обука ради упознавања са факторинг послом од самог прописа.

У прилог наведеном говори чињеница да само у 6 земаља ЕУ постоји директна контрола факторинга или кроз посебне законе о факторингу или кроз закон о банкарском пословању. Те земље су: Аустрија, Италија, Француска, Грчка, Шпанија и Португалија.

Оно што је за факторинг пословање много важније од закона је да, у случају неиспуњења обавезе од стране дужника, постоји ефикасан систем наплате потраживања путем судског налога. Наши судови дуго година након увођења измена у извршном поступку не успевају да обезбеде ефикасан поступак наплате.

Други који истичу да је закон неопходан сматрају да овом делатношћу не треба да се баве привредни субјекти који имају само минимум обавезног капитала и скроман број запослених, јер би финансијска тржишта могла да претрпе штету због превише поједностављеног схватања овог облика финансирања производње и извоза. Како акционарска друштва имају способност да привуку већи капитал, овај корпоративни облик треба применити у случају факторинг компанија.

У том смислу је у новом Нацрту закона о факторингу предложено да ове послове у Републици Србији може да обавља привредно друштво које има одобрење Министарства финансија и привреде и основни новчани капитал у износу од најмање 40.000.000 динара.⁹ Привредно друштво мора да обезбеди да новчани део капитала буде увек у овој висини, јер у супротном одобрење може бити одузето.

9 *Нацрт закона о факторингу*, Министарство финансија, стр. 2.

С друге стране, сматра се да не постоји потреба да се домаћим прописима условљава оснивање привредног друштва улагањем већег износа. Факторинг друштва не могу обављати своју делатност уколико не располажу довољним капиталом у новцу, јер је суштина факторинг посла у авансној исплати уступљених потраживања. Стога, оснивачи морају обезбедити потребан капитал било у виду оснивачког улога било у виду позајмица оснивача.¹⁰

Мишљења смо да је добро решење да унутрашњи факторинг буде ослобођен свих ограничења, закона *lex specialis* и цензуса за оснивање факторинг друштва, а да законска ограничења постоје у што мањем обиму у међународном факторингу и то у виду лиценцирања факторинг друштва, поседовања минималног основног капитала у износу од два милиона евра, што је цензус за извозни факторинг као и предвиђања надзорног органа за ове трансакције. У упоредном праву нема чврстих доказа у прилог потребе да се државно регулише и надгледа факторинг индустрија, али би са друге стране један вид формализације активности факторинг компанија сигурно допринео развоју индустрије. Подстицање факторинг компанија да користе рачуноводствене стандарде када припремају своје финансијске извештаје могло би допринети ширењу ове индустрије.¹¹

Поред банака ову делатност могу да обављају друштва са ограниченом одговорношћу и акционарска друштва. Ограничаних страних правних лица немају статус правног лица и не би могли обављати послове факторинга. Страна представништва не могу да послују на територији Србије.

У Нацрту је предвиђено да поред факторинга привредно друштво може да обавља једино са факторингом сродне послове, али поред процене бонитета и услуге наплате потраживања није наведено шта се још сматра сродним пословима како тумачењем не би били укључени послови који нису компатибилни факторским.

Краткорочним потраживањем сматра се потраживање које доспева на наплату у року до годину дана од дана продаје робе, односно пружања услуге и у том погледу је усклађен са новим девизним законом.¹² Рокови нису својствени факторинг послу где је предмет уговора краткорочно потраживање које доспева између 90 и 120 дана.

Датумом преноса потраживања сматра се датум када је уступилац фактору предао комплетну документацију (уговор, фактуре и обавештење

10 Дијана Марковић-Бајаловић, „Правни посао факторинга“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2006, стр. 443.

11 Радомир Ковачевић, „Значај и улога факторинга као инструмента финансирања извоза-искуства нових чланица ЕУ“, *Економски анали*, бр. 165/2005, стр. 98.

12 *Нацрт закона о факторингу*, Министарство финансија и привреде, стр. 4.

дужника).¹³ То имплицира да се моменат преноса потраживања не посматра са становишта транслативног дејства уговора о факторингу што је исправно. Наиме, самим закључењем уговора врши се пренос права са клијента на фактора. Није неопходан материјални акт предаје. Клијентова обавеза да преда фактору рачуне не представља предају потраживања, јер у њима није инкорпорирано право, рачуни су само веродостојне исправе, доказ о постојању потраживања.

Предвиђено је да будуће потраживање може бити предмет факторинга само ако је одредиво, а одредиво је ако уговор о факторингу садржи податак о томе ко ће бити дужник таквог потраживања.¹⁴

Будуће тражбине морају бити одредиве најкасније у тренутку њиховог настанка. Будуће тражбине су довољно одређене ако је у уговору означено ко ће бити дужник таквог потраживања. Одредба у уговору којом се врши пренос будућег потраживања производи правно дејство моментом настанка тог потраживања.

Наведене су само неке од основних одредаба Нацрта закона о факторингу. Нацрт такође прави разлику између домаћег и међународног факторинга. Основни критеријум за разликовање домаћег од међународног факторинга је основ настанка преузетих потраживања. Уколико су она настала из промета робе и услуга у земљи тада се ради о домаћем факторингу послу, а уколико су клијентова потраживања настала из промета робе и услуга са иностранством тада се ради о међународном факторингу послу.

Међународни факторинг може бити: 1) извозни факторинг који подразумева да фактор са седиштем у Републици Србији наплату преузетог потраживања врши од дужника или фактора са седиштем у иностранству и 2) увозни факторинг који подразумева да фактор са седиштем у иностранству наплату преузетог потраживања врши од дужника или фактора са седиштем у Републици Србији.

Прецизно је прописано да се међународни факторинг може обављати у једнофакторском систему и у двофакторском систему.

На основу напред изнетог, правни оквир за могућност бављења факторингом послом постоји. Правила о уговорном уступању потраживања из облигационог права уклапају се у правну конструкцију факторинга. Једино ограничење проистиче из евентуалног постојања *factum de non cedendo* за коју не постоји могућност превазилажења, те уколико буде донет закон о факторингу, он треба, између осталог, да регулише аспекте односа који се заснивају на приступу заузетом у Конвенцији о

13 Нацрт закона о факторингу, Министарство финансија и привреде, стр. 4

14 Нацрт закона о факторингу, Министарство финансија и привреде, стр. 5.

међународном факторингу у смислу негирања ове забране, која изричито укида дејство уговорних забрана и ограничења преноса потраживања на уговор о факторингу, у ком правцу се опредељује да пружи подршку развоју факторинг посла.

Maја MATIĆ

Senior Advisor at the Anticorruption Agency of Republic of Serbia

LEGAL FRAME FOR INTERNATIONAL FACTORING IN SERBIA

Summary

The business of factoring enables short-term financing of companies, based on taken claims and approvals of advance funds on this basis. Besides within the domestic market of goods and services, this financial business has a wide application in the field of international trade of goods and services, where its main importance is specially emphasized in the improvement of the exporting potential and the placement of domestic goods in the foreign markets. The current statistical data shows that even in the terms of global economic crisis, the volume of factoring traffic is in constant increase, which speaks of the multifunctionality of this legal work and its capacity of adjusting to the needs of the market. This growth is especially important in the field of international factoring which shows that exporters and importers throughout the world recognize this legal work as a benefit to their business.

Key words: *international factoring, financing, exporters.*

Свешислав ЈАНКОВИЋ, мастер
асистент Правног факултета Универзитета у Београду

ОДГОВОРНОСТ ВАЗДУХОПЛОВНОГ ПРЕВОЗИОЦА ЗА ШТЕТЕ КОЈЕ ПУТНИК ПРЕТРПИ УСЛЕД ОШТЕЋЕЊА ЗДРАВЉА ЗА ВРЕМЕ ПРЕВОЗА, А КОЈЕ НИЈЕ УЗРОКОВАНО НЕЗГОДОМ НА ВАЗДУХОПЛОВУ*

Резиме

У раду се покушава дати одговор на питање да ли је ваздушни превозилац одговоран за специфична (непозивна) оштећења здравља која путник претрпи приликом превоза ваздухопловом, попут чистог мениалних повреда, главобоља и инфицирања респираторним заразним болестима, као што је, на пример, туберкулоза. Одговор на ова питања се тражи, пре свега, у систему важећих међународних и домаћих правила, али и на *de lege ferenda* плану. Долази се до закључка да би за овакве врсте штета превозилац пре био одговоран по Варшавском систему правила из 1929. године, него по Монреалском систему објективне одговорности из 1999. године. Један од разлога оваквој размисли је и технички најредак у авио-индустрији који утиче на проширивање мера и обавеза које је превозилац дужан да предузме како би путнику омогућио безбедан и удобан превоз ваздухопловом, а имајући у виду околности да се превозилац по варшавском систему правила могао ослободити одговорности доказом предузимања „свих неопходних мера“ да до штете не дође.

* 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).

Кључне речи: одговорности ваздушној превозиоца, Монтиреалска конвенција 1999, Варшавска конвенција 1929, менталне повреде, нејетична општења здравља.

I Увод

У развоју ваздухопловног права, почев од Варшавске конвенције из 1929. године, па до Монтиреалске конвенције из 1999. године, уочљива је тенденција све строже одговорности ваздухопловног превозиоца и све већих новчаних износа као границе одговорности превозиоца.¹ Почело се, дакле, са (претпостављеном) субјективном одговорношћу, да би се завршило са, у принципу, објективном одговорношћу ваздухопловног превозиоца. Узроци оваквог развоја ваздухопловног права су двојаки.

Са једне стране, ваздухопловне компаније нису више биле толико финансијски слабе и осетљиве као на почетку 20. века, да би их систем објективне одговорности (комбинован са високим новчаним износима као лимитима одговорности) економски угрозио и, у крајњем исходу, представљао непремостиву препреку бављења овом врстом саобраћаја (својеврсна баријера уласку и опстанку у грани).² Како је с временом превоз ваздушним путем добијао на својој популарности, тако су и ваздухопловне компаније постајале економски снажније (услед све већег обима посла). Тиме је и нестао почетни разлог њиховог економског повлашћивања у погледу основа и висине (лимита) одговорности, а који је био присутан почетком 20. века.

Са друге стране, техничка решења у ваздухопловству су све више напредовала и тиме постепено доприносила да превоз вадушним путем постане један од најсигурнијих видова превоза, упоредно га посматрајући међу осталим облицима саобраћаја (друм, железница, море, унутрашњи пловидбени путеви). Чињеница техничког напретка у ваздухопловству имала је утицаја на ваздухопловно право, посебно у погледу основа одговорности ваздухопловног превозиоца. У варшавском систему субјективне одговорности (у коме се превозилац

1 Енгл. *Convention for the Unification of Certain Rules relating to International Carriage by Air signed in Warsaw 1929* – даље Варшавска конвенција; *Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air signed in Montreal 1999* – даље Монтиреалска конвенција. О изворима Ваздухопловног права вид. Nebojsa Jovanovic, *Transport Law of Serbia and Montenegro*, Kluwer Law International, 2005, стр. 343; Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, 13. издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, стр. 271.

2 Angela Cheng-Jui, Lu, *The Crisis of Unification of Private Air Law – Problems and Solutions*, Institut of Air and Space Law, Montreal, 1997, стр. 71.

ослобађао одговорности доказом предузимања „свих неопходних мера“ да до штете не дође или доказом немогућности да предузме овакве мере), то је довело до проширивања врста „мера“, а услед техничког напретка, које је превозилац могао и морао да предузме да би се ослободио од одговорности (када би штетна последица и упркос њиховом предузимању, ипак, наступила).³ Тако се дошло до схватања, израженог већ у 70-им годинама 20. века, да је варшавски систем субјективне одговорности обесмишљен и да је, услед техничког напретка, неопходно прећи на адекватнији, објективни систем одговорности.⁴

Међутим, са садашње тачке гледишта, поставља се питање да ли је технички развој ваздухопловства извршио довољан утицај на развој ваздухопловног права, односно, другачије речено, да ли ваздухопловно право својим правилима прати технички развој ваздухопловства. Нарочито је проблематична ситуација са врстама штета надокнадивих од превозиоца, а које претрпи путник у превозу ваздухопловом. Те надокнадиве штете су и данас, у 2013. години, истих врста као и на самим почецима ваздухопловства и ваздухопловног права, почетком 20. века. И по режиму Монреалске конвенције из 1999. године, истоветно као и по режиму Варшавске конвенције из 1929. године, превозилац је дужан да надокнади штете везане за смрт и телесне повреде путника (као и за закашњења и одлагања у превозу што се у овом раду не разматра) које путник претрпи приликом превоза ваздухопловом.⁵ Но, да ли су ово једине штете које путнику могу/требају бити надокнађене? Има ли путник право на обештећење за штете које нису угрозиле његов телесни интегритет (у ужем смислу), него и (само) његов ментални интегритет (на пример, појачани стрес приликом турбуленција у које је ваздухоплов упао услед лошег и незнаљачког пилотирања)? Или, ако се крене још даље, има ли путник право на накнаду штету због тога што

3 На Варшавски систем субјективне одговорности знатан утицај је извршило англосаксонско право – посебно концепт дужне пажње превозиоца (енгл. *due diligence*). Вид. Ivanka Spasic, „Liability of the Carrier in a Contract of Carriage of Passengers and Luggage by Air according to the new Yugoslav regulations“, *Yugoslav Law*, бр. 1–3/2000, стр. 44.

4 Philippon Trevor, *Carriage by Air*, Butterworths, London, 2001, стр. 126; Миодраг Трајковић, „Нови Гватемалски протокол у међународном Ваздухопловном праву“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 4/1971, стр. 431; Мирјана Кнежевић, „Правна природа одговорности за физички интегритет путника у ваздушном саобраћају“, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 3–4/2007, стр. 375.

5 Чл. 17 Варшавске конвенције 1929, чл. 17. Монреалске конвенције 1999. Иначе, ново српско право у овој области у потпуности прихвата правила Монреалске конвенције у погледу одговорности превозиоца. Вид. Закон о облигационим и основама својинско-правних односа у ваздушном саобраћају (*Службени гласник Републике Србије*, бр. 87/11), чл. 26.

је, на пример, претрпео тровање (интоксикацију) ваздухом из кабине ваздухоплова?⁶

Да би се добио одговор на ова питања, неопходно је утврдити постоје ли у савременим условима техничка решења која би отклонила/ублажила и ове врсте штета и, сходно томе, треба ли да постоји у оваквим случајевима директан утицај технике на право. Да ли право сме да остане немо на техничка достигнућа која омогућавају у потпуности удобан и безбедан (безопасан) лет ваздухопловом?

II Врсте штета које путник може да претрпи у превозу ваздухопловом

1. Врсте штета

Приликом превоза ваздухопловом путник може да претрпи, у основи, две врсте штета.⁷ Прве се тичу оштећења здравља и угрожавања живота (смрти), а друге закашњења, одлагања и отказивања лета. Ове друге врсте штета у овом раду се неће разматрати.

Што се тиче смрти и телесних повреда (угрожавања здравља у ширем смислу) ситуација није истоветна. Док је смрт путника приликом превоза ваздухопловом неспорна као чињеница која ангажује одговорност превозиоца, дотле су штете које су последица оштећења здравља у ширем смислу спорне из перспективе савременог ваздухопловног права, тј. ове врсте штета не доводе увек и безусловно до одговорности превозиоца.⁸ Ове штете су спорне из разлога разноврсности њихових појавних облика. Са једне стране, стоје телесне повреде као релативно неспорне чињенице које доводе до одговорности превозиоца, а са друге стране стоје оштећења здравља у ужем смислу (не обухватају чисто телесне повреде), које у пракси од самих почетака ваздухопловства и ваздухопловног права, па (и) до данас изазивају различита мишљења, у

6 Овде долазе у обзир и блажи облици тровања ваздухом (као што су мучнина, главобоља, дезоријентисаност), али и тежи облици тровања кабинским ваздухом (попут, зараза респираторних – дисајних путева добијених вирусима и бактеријама из вентилационих система авиона).

7 О појму и врсти штета које путник може да претрпи вид. Иванка Спасић, „Уговорна одговорност превозиоца за путнике и пртљаг у ваздухопловном праву“, *Сторани љавни живој*, бр. 1/2003, стр. 111; Ивана Хинић-Павић, „Одговорност ваздушног превозиоца за смрт и поверду путника“, *Правни живој*, бр. 11/1998, стр. 738.

8 Миодраг Трајковић, *Одговорност љрема љујинику у ваздухојловном љраву*, Институт за упоредно право, Београд, 1971, стр. 57. Уочавајући проблем врсте надокнадивих штета, професор Трајковић је истицао да „смрт као штета никада није била спорна“.

смислу јесу ли штете које превозилац треба (мора?) да надокнади путнику.

Оштећења здравља у ужем смислу појмовно обухватају разнолике врсте штета које путник може да претрпи приликом превоза ваздухопловом. Ове врсте штета се могу поделити у две врсте (категорије):

- чисто менталне (психичке) повреде путника и
- оштећења здравља путника која нису увек и нужно телесно видљива.⁹

2. Чисто менталне повреде путника

Једно од најспорнијих питања савременог ваздухопловног права представљају менталне (психичке) трауме (повреде) које путник претрпи приликом лета ваздухопловом, а које, при том, нису праћене (ни узроковане) неком телесном повредом.¹⁰ У раду је већ речено да почетком 20. века (у време развоја ваздухопловства и ваздухопловног права – Варшавска конвенција 1929. год.) овакве повреде нису представљале основ за накнаду штете путнику. Разлог за овакав третман психичких повреда био је двојак. Са једне стране, није се желело, да се њиховим увођењем у врсте надокнадивих штета преоптерети млада и још нејака авионска индустрија. Са друге стране, техничка решења у ваздухопловству су била таква да су путници морали рачунати и на изванредан ризик приликом превоза ваздухопловом, тј. приоритетно је било да се путник превезе телесно неоштећен у место опредељења, док психичке трауме уопште нису узимане у обзир (као врста штете).

Међутим, развој ваздухопловства, и то како у погледу економског оснаживања ваздухопловних компанија, тако и у погледу све савременијих техничких решења у авио-индустрији, довео је до тога да превоз ваздухопловом буде не само брз начин превоза, него истовремено и сигуран и удобан.¹¹ Због тога се у савременом праву (и) поставље питање: да ли би с обзиром на тренутан, висок, степен развоја ваздухопловства требало и психичке повреде, непраћене телесном манифестацијом, сматрати штетама које је превозилац дужан да надокнади? Одговор на ово питање треба тражити превасходно у одредбама важеће Монреалске конвенције из 1999. године, која се у погледу врста надокнадивих штета, у суштини, не разликује од, почетне, Варшавске

9 У ову широку категорију штета најчешће спадају тровања храном и пићем послуженим у ваздухоплову, тровање ваздухом из кабине ваздухоплова итд.

10 Миодраг Трајковић, *Међународно ваздухопловно право*, Правни факултет у Београду и ЈАТ, Београд, 1999, стр. 127 и даље.

11 N. Jovanović, *нав. дело*, стр. 343.

конвенције из 1929. године.¹² По правилима Монреалске конвенције (1999) ваздухопловни превозилац одговара за смрт и телесну повреду путника у случају да су наведене штете наступиле услед догађаја (енгл. *accident*) који се десио за време превоза у ширем смислу (укрцавање, лет, искрцавање).¹³ Дакле, уочљиво је да ово правило не помиње менталне повреде као могуће надокнадиве штете, ни самостално, али ни као пратилац (последича) телесних повреда. Међутим, поставља се питање да ли је то заиста тако уколико се савремени међународни режим посматра системски имајући у виду све утичуће факторе. Пре свега, потребно је дефинисати и прецизирати појам догађаја (енгл. *accident*) који је довео до „штете“ на путнику приликом превоза.

3. Појам догађаја (енгл. *accident*) који је довео до „штете“ на путнику приликом превоза

Како ни једна од међународних конвенција до сада није садржавала дефиницију појма „*accident*“, као догађаја који је довео до штете, тако је било неопходно да се овај појам дефинише од стране примењивача права. Врховни суд САД-а је догађај (енгл. *accident*) који је проузроковао штету дефинисао као „*неуобичајени и неочекивани догађај који је спољни у односу на путника, односно који не постоји уколико је путник нашкодио себи сопственом неуобичајеном реакцијом на уобичајене и предвидљиве околности у ваздухоплову*“.¹⁴ Овакво тумачење Врховног суда САД-а унеколико представља и „званично“ тумачење појма „*accident*“, као догађаја који је проузроковао штету. То значи да ће само догађаји који су неочекивани, неуобичајени и спољни у односу на путника моћи да представљају узроке штета које он претрпи у ваздухоплову.

12 Разлике у овим конвенцијама се састоје, пре свега, у основу одговорности и висини новчаног лимита одговорности.

13 За смрт и телесне повреде превозилац одговара до 100.000 (113.100 од 2009. године) специјалних права вучења Међународног монетарног фонда по принципу објективне одговорности, а преко тог износа по принципу субјективне одговорности. Вид. чл. 17 и 21 Монреалске конвенције (1999). У основи истоветна правила као Монреалска конвенција садржи и право Европске уније. Штавише, у оквиру ЕУ 1997. године донета су правила која су, у ствари, била претеча правила из Монреалске конвенције. Вид. *Council Regulation EC No. 2027/97 of October 1997 on Air Liability in the Event of Accidents, art. 3(2); Regulation (EC) No. 889/2002 of The European Parliament, art 10 (Annex)*.

14 Mc Clean, Mc Donald Eggers, *Chitty on Contracts*, Vol II, specific contracts, Sweet & Maxwell, London, 2004, стр. 516; R. I. R. Abeyratne, „The Spread of Tuberculosis in the Aircraft Cabine – Issues of Air Carrier Liability“, *Transportation Law Journal*, Vol 27:41/2000, стр. 58.

4. Практични значај дефинисања „*accident-a*“ на менталне повреде путника

Практични значај дефинисања „*accident-a*“ одлуком Врховног суда САД-а на менталне повреде путника као потенцијално надокнадиве штете је двојак. Прво, неспорно је да ће се менталне повреде (које самостално наступају) сматрати надокнадивим штетама уколико су оне последица неког догађаја који се неочекивано десио за време превоза ваздухопловом, а који је, такође, и неуобичајен за ваздухоплов као такав. То ће, најчешће, бити на пример отмице ваздухоплова, откривање подметнутог експлозива и, иначе, сваки облик насиља у ваздухоплову (на пример, због туче путника, међусобно или са посадом).¹⁵ Друго, питање је да ли су судови спремни да досуђују накнаде штете путницима за претрпљени страх који је уследио услед потреса у кабини изазваних турбуленцијама у лету, незгодним приземљењем ваздухоплова, временским непогодама итд. Ови други случајеви су дискутабилни спрам тога да ли улазе у опсег појма „*accident*“ као неочекиваног, спољног и неуобичајеног догађаја који је проузроковао штету. Дискутабилни су зато што нису све три особине појма „*accident*“ (неочекиваност, спољност и неуобичајеност) кумулативно испуњене. Примера ради, веома често се догађа да ваздухоплов незгодније слеће на писту и тако проузрокује менталне повреде (страхове) путницима који су у њему. Учесталост оваквих догађаја доводи до њихове уобичајености чиме се излазе из појма „*accident*“ као неуобичајеног догађаја који проузрокује (надокнадиву) штету. Међутим, сама уобичајеност, која никако није пожељна, не би смела да води ослобађања одговорности превозиоца на бази ризика на који путници морају увек да рачунају када се превозе ваздушним путем.

Требало би утврдити да ли ваздухопловни превозилац може, апстрактно посматрајући, да учини нешто како до оваквих штета не би долазило. Премда важећа Монреалска конвенција (1999) предвиђа објективну одговорност превозиоца, овде је потребно вратити се на правила о субјективној одговорности превозиоца, како би се утврдила његова реална позиција у оваквим ситуацијама. Уколико би превозилац могао да отклони овакву штету (менталне повреде путника) предузимањем одговарајућих (доступних) мера и радњи, утолико пре би се његова одговорност могла установити у одсуству предузимања оваквих мера. Чини се да би се познатом формулом (из Варшавске конвенције, 1929) предузимања „свих неопходних мера“ пре установила

15 Богољуб Филиповић, *Однос ваздухопловној њрава СФРЈ и међународној ваздухопловној њрава*, Савез удружења правника Југославије, Београд, 1979, стр. 29 и 82; P. Trevoг, *нав. дело*, стр. 97.

одговорност превозиоца у оваквим случајевима, него у режиму Мон-треалске конвенције (1999) која прихвата основ одговорности према путнику без обзира на кривицу превозиоца.

Сама чињеница да постоје техничка решења у ваздухопловству која би могла спречити или ублажити догађаје који доводе до менталних траума путника, говори у прилог постојања одговорности превозиоца, уколико таква решења он не би применио. Ово важи поготово зато што је реч о догађајима који се понављају (незгодна слетања) и који су врло често предвидиви (на пример, олује услед којих ваздухоплов упада у турбуленције). Зато чуди тумачење члана 17 Монтреалске конвенције (путем кога се предвиђа строжи режим (основ) одговорности у односу на онај који је постојао у Варшавској конвенцији) да се примењује само на штету услед смрти или телесне повреде путника.

Занимљивости ради, треба споменути и то да је *наирџи* Монтреалске конвенције (1999) предвиђао правило о одговорности превозиоца и за штете које путник претрпи услед искључиво менталних повреда.¹⁶ Но, услед непомирљивих разлика међу потписницима Монтреалске конвенције (1999) ово правило није унето у коначан *йредлої* Монтреалске конвенције. Зато би *de lege ferenda*, у будућим променама Монтреалске конвенције, требало увести правило да превозилац одговара и за чисто менталне повреде путника које је он претрпео приликом превоза ваздухопловом, а које су резултат догађаја на који је превозилац могао да утиче својим мерама с обзиром на своју конкретну позицију, али и конкретно стање техничких решења у ваздухопловству. На овај начин би се објективна одговорност из Монтреалске конвенције (1999) разрадила и оплеменила уз помоћ субјективних елемената (карактеристичних за Варшавску конвенцију), чиме би се дошло до правно извеснијих и правичнијих решења.

Праћење развоја технике у ваздухопловству требало би да представља неизбежну обавезу за ваздухопловне превозиоце. Као последицу овакво правило би имало немогућност превозиоца да се ослободи одговорности уколико није примењивао насавременија техничка решења. Штавише, превозилац се не би могао ослободити од одговорности ни доказом да, савремене техничке мере (које би у својој примени спречиле настанак штете) још увек нису ушле у масовну употребу у ваздухопловној индустрији. Приступачност је довољна да конституише обавезу примене ових техничких решења. Потпуно друга ствар је, и наравно без утицаја, што су ваздухопловне компаније спремне да, зарад својих економских интереса, праве картелне споразуме у циљу да ниједна чланица картела не користи најсавременија техничка решења. На тај на-

16 Р. Trevor, *нав. дело*, стр. 94; R. I. R. Abeyaratne, *нав. дело*, стр. 55.

чин, оне, стварајући критичну масу/број ваздухопловних компанија у свету које не користе сва могућа техничка средства, у ствари, утичу на то да се снизи апсолутни ниво опремљености ваздухоплова и, сходно томе, да се норме о техничким стандардима које су пре тога донете учине имперфектним, тј. неприменљивим правом.

Дакле, ваздухопловне компаније оваквим својим понашањем утичу на стварање стандарда пажње доброг превозиоца. Договор да не користе одређена савремена техничка решења (а у циљу смањења трошкова и максимизације добити) доприноси, у ствари, упросечавању (на дуги рок гледано, *снижавању*) стандарда пажње доброг превозиоца. Практичан значај и последица оваквог схватања најбоље би се видео уколико би неки превозилац био „позван“ на одговорност. Тада би се његово понашање (пажња) процењивало спрам унапред одређених критеријума пажње просечних, разумних превозилаца. Овакав начин просуђивања превозиочевог понашања (пажње) не би био ни мало чудан да саму пажњу просечног превозиоца нису злонамерним, договореним понашањем створили остали превозиоци, како би заштитили своје економске интересе. Зато би регулаторна тела требала да буду вешта и да „осете“ почетке формирања лоше праксе превозилачких компанија како би је кроз императивна правила (стандарде) на време спречили.

III Оштећења здравља која немају увек за своју непосредну последицу телесну испољеност

1. Уочавање проблема

За разлику од уобичајених штета које путник може да претрпи приликом превоза ваздухопловом, а (најчешће) услед незгоде на ваздухоплову, овде ће се разматрати штете које путник претрпи услед оштећења здравља, а које нису настале (нити иначе настају) као последица незгоде (пада) ваздухоплова. Дакле, на овом месту се разматрају путникова о(бе)штећења здравља која претрпи за време превоза ваздухопловом који је, при том, сасвим нормално и узлетео (у месту поласка) и слетео (у месту опредељења). Због ширине (опсега) појма „оштећење здравља“ и опште његове разноликости, даље излагање ће се сконцентрисати само на оштећења здравља изазвана тровањем ваздухом из кабине авиона, као и приликом тровања услед конзумирања хране и пића послужених у авиону.¹⁷

17 Овај феномен је познатији као „аеротоксични синдром“, вид. R. I. R. Abeyratne, „Aerotoxic Syndrome – A Novel Approach to Liability?“, *Abhandlungen, ZLW* 59 Jg. 4/2010, стр. 473. Више о опасностима у погледу добијања преносивих боле-

Сасвим је оправдано уколико се постави питање има ли смисла разматрати ове случајеве оштећења здравља као штете које би превозилац требало да надокнади. Оправданост дилеме је утолико већа, уколико се зна да овакви (горепомнути) случајеви уопште не улазе у појам штета које међународне конвенције помињу, а уз то још нису ни последице догађаја (*accident*) који, по конвенцијама, могу изазвати штету према путнику. Међународне конвенције, почев од Варшавске из 1929, па до Монреалске из 1999. године, у принципу су истоветне у погледу врста штета чију накнаду превозиоци дугују путнику (и, евентуално, његовим сродницима), као и у погледу врсте (критичних) догађаја који би те штете требало да изазива.

Смрт и телесна повреда су једини узроци/случајеви штета који дају путнику (путниковим сродницима) право на накнаду штете по правилима Монреалске конвенције (1999).¹⁸ У суштини слично правило је садржала и Варшавска конвенција (1929) – осим смрти и телесне повреде, надокнађивала су се и „повређивања“ сваке друге врсте (енгл. *wounding*). То је, у нашем сада више неважећем закону који је регулисао превоз путника ваздушним путем, формулисано уопштеним појмом „оштећења здравља“.¹⁹ Уочљиво је да наведена правила изричито предвиђају које ће штете путницима бити надокнађене, чиме желе недвосмислено да ставе до знања да се све остале штете према путнику које претрпи приликом превоза, неће надокнађивати.²⁰ Но, да ли је то заиста тако? Да ли би тако требало да буде? Постоји ли могућност да се постојеће међународне конвенције тумаче на начин како би се обештетили и путници који су приликом превоза доживели, на пример, тровање кабинским ваздухом, храном, пићем?

сти у ваздухоплову вид. D. M. Warner, „Commercial Aviation: An Unsustainable Technology“, *Journal of Air Law and Commerce*, 74/2009, стр. 573.

18 Члан 17 Монреалске конвенције.

19 Члан 17 Варшавске конвенције, Закон о облигационим односима и основама својинско-правних односа у ваздушном саобраћају (*Службени лист СРЈ*, бр. 12/98, 15/98), чл. 26.

20 Наравно, овакав став треба схватати релативно из разлога што и да не постоје конвенцијска правила и национални *lex specialis*-и о ваздушном превозу, увек постоји могућност да се штета надокнади на основу општих правила грађанског права. Када је у питању превоз ваздухопловом тада би се, у одсуству других, могла применити правила о одговорности за опасну ствар, а за корисника превоза је нарочито повољан члан 173 Закона о облигационим односима који установљава претпоставку узрочности на страни превозиоца. То би практично значило да би по нашем (општем) грађанском праву превозилац, ипак, био одговоран за оштећења здравља (било психичка, било физичка – телесна) која је путник претрпео приликом превоза, осим уколико превозилац не би доказао постојање неке од ослобађајућих околности. Вид. Закон о облигационим односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93, *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља), чл. 177.

У циљу да се дође до потврдног одговора на потоње питање, неопходно је померити видике са врста надокнадивих штета и правила међународног ваздухопловног права посматрати системски, тј. у својој целини.

2. Да ли је за путника повољнији Варшавски систем правила у односу на Монтреалску конвенцију?

Премда делује провокативно и можда апсурдно (посебно што је Монтреалска конвенција (1999) увођењем каузалне одговорности превозиоца за штете према путнику по аутоматизму до 113.100 специјалних права вучења (СПВ),²¹ декларисала себе као напреднији систем заштите путника у односу на Варшавски систем), ово питање, свакако, има смисла уколико се поменути системи правила пажљивије и дубље погледају. Док је кривица, додуше претпостављена, основ одговорности по Варшавском систему, дотле кривица нема никаквог утицаја на *установљење* одговорности превозиоца по Монтреалском систему, јер до 113.100 СПВ превозилац одговора путнику за штете без обзира на присуство/одсуство своје кривице.²² Супротно овом систему стоји Варшавски систем где кривица приликом установљавања одговорности превозиоца игра кључну улогу.²³ Ако би превозилац успео да докаже одсуство своје кривице (при том не доказујући прави разлог/узрок настанка штете), онда би се он у потпуности ослободио одговорности за штету коју је путник претрпео у превозу.²⁴ Међутим, ако превозилац не би могао да докаже одсуство своје кривице, онда би он био одговоран према путнику, па чак и да узрок штете остане непознат.²⁵ Штавише, ситуација када превозилац не може да докаже да није крив могла би да утиче на

21 С. Е. Cotter, „Recent Case Law Addressing Three Contentious Issues in the Montreal Convention“, *The Air and Space Lawyer*, Volume 24, Number 4/2012.

22 Кривица путника (односно, уопште повериоца накнаде штете) ипак игра адекватну улогу у одговорности, јер ће њено присуство ослободити превозиоца одговорности или ће му, пак, ублажити (поделити) одговорност. Вид. члан 20 Монтреалске конвенције. Такође, кривица превозиоца ако је манифестована као *намера* или *губа нејажња* може довести и до његове неограничене одговорности. Вид. чл. 22 ст. 5 Монтреалске конвенције.

23 Славко Царић, Ивица Јанковец, Предраг Шулејић, Миодраг Трајковић, *Саобраћајно право*, Центар за привредни консалтинг, Нови Сад, 1998, стр. 370.

24 У прилог ставу да превозилац не мора да доказује прави узрок штете, већ само одсуство своје кривице да би се ослободио одговорности, вид. N. Jovanović, *нав. дело*, стр. 356.

25 Одсуство кривице по Варшавском систему превозиоца доказује чињеницом да је предузео све неопходне мере да до штете не дође или, пак, докаже, да ове мере није могуће предузети. Више о томе вид. Ђурица Крстић, *Савремене тенденције*

проширивање његове одговорности и на друге врсте штета према путнику, а не само за смрт и телесне повреде. Чињеница да је превозилац могао да спречи настанак штете (оштећење здравља путника), а да то, ипак, није учинио доводи га у ситуацију одговорности према путнику, па, чак, и за оне врсте штета које нису изричито споменуте у одредбама међународних конвенција. Класичан пример за овакву ситуацију, где би требало да дође до проширивања одговорности превозиоца по основу врсте надокнадивих штета, представља путничково тровање ваздухом из кабине ваздухоплова, познатије још као „аеротоксични синдром“.

3. Аеротоксични синдром и његов правни третман

Аеротоксични синдром, као појам, представља заједнички имени-тељ за све облике оштећења здравља који су настали као последица нечистог ваздуха који је постојао у кабини ваздухоплова, тј. прецизније, који је излазио из његових вентилационих система. Распон интензитета оштећења здравља могао би се кретати од благих мучнина, главобоља, дезоријентисаности, па све до обољевања од тешких респираторних болести (каква је, на пример, туберкулоза).

Поменута оштећења здравља путника раније нису била третирана као штете које би превозилац требао путнику да надокнади. Постоје два разлога зашто је то тако било.

Први разлог је тај што је било тешко доказати да је путник баш због лошег ваздуха у кабини ваздухоплова осетио мучнину, главобољу итд. Још је теже било доказати да се путник инфицирао вирусом туберкулозе баш у ваздухоплову, а не на неком другом месту. Такође, сам превозилац је могао да се ослободи одговорности ако би доказао да је до оштећења путничковог здравља, у ствари, дошло услед нормалног стања и деловања аеронаутичких сила на његово, пре укрцаја на превоз, *већ делимично оштећено здравље*.

Други разлог је тај што је Варшавска конвенција (то се односи и на Монреалски конвенцију) затворила круг случајева за које превозилац одговара путнику (смрт, телесне повреде) и тиме формалноправно, тј. језички тумачећи, практично онемогућила да и ове штете буду надокнађене.

Међутим, ако се докаже да је у време настанка штете (тровања ваздухом из кабине авиона) постојала могућност да се штетне и инфективне материје (честице) елиминирају/избаце из кабинског ваздуха, онда

у унификацији *Међународној ваздухопловној приватној праву*, Савез удружења правника Југославије, Београд, 1964, стр. 39 и даље.

се пружају реалне шансе/могућности да се установи одговорност превозиоца у оваквим случајевима.²⁶ Путничково тровање лошим кабинским ваздухом при стању технике где постоје средства да се ваздух одржава и чини апсолутно нешкодљивим (неинфективни и незагађујући ниво), у ствари, значи да превозилац није предузимао све разумне (неопходне?) мере да до штете (тровања ваздухом) не дође.²⁷ Супротно, да их је предузео, до настанка штетних последица не би ни дошло. То значи да он у оваквим случајевима треба да буде одговоран, јер се није понашао као просечно добар превозилац. Са друге стране, овакав став би се могао оспоравати аргументима који се тичу дефинисања просечно доброг превозиоца и доказивања да већина, ако не и сви, превозиоци не користе савремене техничке мере како би се кабински ваздух учинио нешкодљивим за путнике. Међутим, то не би смела да буде извињавајућа околност, нарочито имајући у виду склоност превозилаца ка картелисању, тј. договарању о заједничком наступу на тржишту ради што веће економске добити. Тако би се, у овом конкретном примеру, они договорили да не купују филтере ваздуха најновије технологије који би стерилисали ваздух (учинили га нешкодљивим), чиме би знатно уштедели на трошковима оспособљавања ваздухоплова за безбедну и сигурну ваздушну пловидбу. Овакав начин поступања превозилаца, двојачко је нелегалан. Прво, картели сами по себи нису дозвољени уколико имају за циљ стицање финансијске користи на уштрб мањих, нејаких субјеката. Друго, овакво њихово поступање је у супротности са правилима Чикашке конвенције о цивилном ваздухопловству која својим правилима намеће обавезу обезбеђивања безбедног и сигурног превоза ваздухопловом, праћену обавезом непрестаног стремљења у усавршавању сигурности ваздушне пловидбе.²⁸

26 Пример савремених техничких решења путем којих би се отклониле опасности/штете од тровања кабинским ваздухом, свакако, би били *HEPA* филтери (енгл. *High Efficiency Particulate Air Filters*) и ваздухоплов *Boeing 787 Dreamliner* из 2009. године. Вид. више о томе Петер Макара, „Legal Issues arising from Aircraft Fume Events“, *Abhandlungen ZLW 59. Jg. 1/2010*, стр. 19.

27 Једна од мера која би могла да помогне у спречавању оштећења здравља путника лошим ваздухом, била би и јачање дискреционих овлашћења превозиоца да онемогући улазак у ваздухоплов оном путнику за кога процени да је таквог здравственог стања да би могао да нашкоди осталим укrcаним путницима. Но, с обзиром, да одише дискриминаторским тоном, ова мера би се, ипак, имала примењивати само изузетно, тј. само у недвосмислено очигледним случајевима заразних путника. Вид. Thomas A. Dickenson, „The Cruise Passengers Dilemma: Twenty-First-Century Ships, Nineteenth-Century Rights“, *Tulane Maritime Law Journal*, бр. 28/2004, стр. 457.

28 Члан 14 Чикашке конвенције је, нарочито, посвећен спречавању ширења заразних болести у кабинском простору ваздухоплова (енгл. *Convention on International*

4. Закључно о повољнијем, по путника, режиму Варшавских правила у односу на Монреалска правила

Гледано из перспективе накнаде оваквих врста штета, предност Варшавских правила (у односу на Монреалска) се састоји у томе што доводе до одговорности превозиоца и у ситуацијама у којима по Монреалским правилима он не би био одговоран путнику. Иако уводе субјективну одговорност, односно блажи тип одговорности у односу на Монреалска правила, Варшавска правила баш кроз синтагму „све неопходне мере“ (чије предузимање ослобађа од одговорности) установљавају једну растељиву норму која се има тумачити зависно, пре свега, од времена њеног примењивања.²⁹ Време је кључни фактор, јер својим током неспорно доводи до напретка у техници који ће некад бити већи, некад мањи, али који никада неће изостати у току (развоју) времена.

Технички напредак у ваздухопловству је у непосредној вези са опсегом расположивих мера које превозилац може (мора?) да примени како би спречио настанак штетних последица. Зато је оправдано тумачити спрам блажих критеријума синтагму „све неопходне мере“ почетком 20. века, али не и почетком 21. века. Тако би штете од тровања ваздухом из кабине авиона, а услед неупотребе најсавременијих филтера ваздуха, по Варшавским правилима у 21. веку увек доводиле до одговорности превозиоца, док та и таква одговорност не би постојала почетком 20. века када такви филтери нису постојали.

Међутим, другачија је ситуација ако се случај шкодљивог, прљавог кабинског ваздуха подведе под правила Монреалске конвенције. Уводећи, у принципу, апсолутно објективну одговорност³⁰ за штете које не прелазе новчани еквивалент од 113.100 СПВ, Монреалска конвенција је, у ствари, требала да побољша положај путника. То се путем ње донекле и учинило (мислићи пре свега на класичне врсте штета – смрт и телесне повреде), али су се, зато, јасноћом и прецизношћу њених одредаба о аутоматској накнади штете, практично искључили гранични случајеви, где је, уз кривицу као основ, превозилац ипак одговарао за штету. То значи да превозилац не би одговарао за случајеве оштећења здравља путника услед тровања кабинетским ваздухом, ако би се правила Монреалске конвенције доследно (дословно, језички) примењивала.

Civil Aviation, done at Chicago 1944) Вид. Bogoljub Filipovic, *Air Law Manual*, ICAO, Montreal, 1975, стр. 10.

29 Детаљније вид. М. Трајковић, *Међународно ваздухопловно право*, стр. 183 и даље.

30 Једина ослобађајућа околност по Монреалској конвенцији (1999) је кривица (или допринос) путника или његових сродника (као могућих поверилаца накнаде штете) у настајању штете. Вид. члан 20 Монреалске конвенције.

С обзиром да је оваква тренутна ситуација неправедна (гледано из угла оштећеног, а необештећеног путника) поставља се питање како је побољшати. Постоје два начина.

Први је, измена и допуна члана 17 Монреалске конвенције путем које би се у односни члан унела клаузула о накнадивости свих штета које путник претрпи приликом превоза ваздухопловом, а које је превозилац могао спречити (предупредити) коришћењем расположивих техничких решења која су постојала у тренутку настанка штете.

Други начин би се састојао у доследној примени члана 14 Чикашке конвенције о цивилном ваздухопловству који говори, управо, о свесрдном ангажовању ваздухопловних компанија у спречавању ширења болести (посебно заразних) и предузимању свих доступних техничких решења да се на том стремљењу и успе.

IV Закључак

На основу свега до сада изнетог, неминовно следи закључак да би правни положај путника у ваздушном превозу морао да буде побољшан, тј. да они имају право на накнаду штете и у случајевима нетипичних штета, попут менталних повреда, главобоља, заразних болести итд. Неспорно је да би побољшању положаја путника водила непосредна промена у правилима Монреалске конвенције из 1999. године, а сходно њој, промена и у националним прописима. Међутим, треба истаћи да би као предуслов оваквим променама, представљало прихватање Кејптаунске конвенције из 2001. године која у једном свом делу регулише заложна права на ваздухоплову и стимулише „набавку“ ваздухоплова путем механизма одложеног плаћања.³¹ Тиме би се удовољило захтеву опремљености ваздухоплова најсавременијим техничким решењима у авио-индустрији, а то би са своје стране водило практичном спречавању могућности настанка оштећења здравља путника.

Република Србија као чланица Међународне организације цивилног ваздухопловства, али и као власник највеће авио-компаније у својој земљи, има интереса да побољша положај путника који се превозе ваздухопловима регистрованим на њеној територији. Два су метода која воде остварењу овог циља. Први је да се на нивоу државе донесу правила која би (императивно) захтевала коришћење најсавременијих техничких решења у ваздухопловству. Други метод је да се приступи

31 Енгл. *The Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment, 2001*. Вид. више Небојша Јовановић, „Међународна недржавинска залога покретности – делова ваздухоплова“, у Мирко Васиљевић (ур.), *Зборник радова у сјомен њроф. гр Миоїраїа Трајковића*, Београд, 2006.

Кејптаунској конвенцији чиме би се омогућило домаћим привредницима, али и држави као привреднику, да долазе у посед најсавременијих летелица уз повољне финансијске услове (преко кредита, лизинга, залог на ваздухоплову).

Оваквим правним режимом, Република Србија би, поред побољшања положаја путника, истовремено себе и своје привреднике учинила конкурентнијим у односу на оне државе које не прихватају овако високе техничке стандарде.

Svetislav JANKOVIĆ, M.A.

Junior Faculty Member at the Faculty of Law University of Belgrade

AIR CARRIER LIABILITY FOR MENTAL INJURIES OF PASSENGERS CAUSED DURING THE TRANSPORT

Summary

In this work the author explains the issue of the contemporary air carriers' liability for the mental injuries of passengers and for the other atypical health wounding (like a headache and contracting communicable respiratory diseases, such as tuberculosis). The main obstacle for this liability of air carrier is the Montreal convention 1999 (which came into force on 2003), which explicitly excludes this type of damages from its provisions. Although the Warsaw convention 1929 also did not, it has explicit provision for this type of passengers damages, the author concludes that it is possible to create the liability of air carrier, if we construe the Warsaw convention regarding the contemporary surroundings. The main motto of Warsaw convention is "all necessary measures". It means that if the carrier did everything that he could, then it is impossible to create a liability on his side. If we include the contemporary technical progress, we will easily find the possibility of air carrier's liability in this type of damages, because the technical progress extends the ambit of notion of "all necessary measures".

Key words: *air carrier liability, Montreal convention 1999, Warsaw convention 1929, passengers mental trauma, air craft filters, communicable disease.*

Срђан СТОЈИЛКОВИЋ, мастер
судијски сарадник Привредног суда у Пожаревцу

ПРАВНО ДЕЈСТВО ГАРАНТНОГ ПИСМА КОД УГОВОРА О ПРЕВОЗУ СТВАРИ МОРЕМ

Резиме

Теретница је најважнија исправа поморског превоза са својством хартије од вредности за чију неопцијабилност је битно да буде издана без примедби бродара у погледу стиња робе приликом укрцаја. Ради реализације међународних акредитива и међународних плаћања уопште, наручиоци превоза захтевају од бродара издавање чистих теретница и када за то нема услова према фактичком стињу терета. Како би остварили своје економске интересе стицањем чистих теретница наручиоци се обавезују бродарима да ће им надокнадити сваку евентуалну штету коју претрпе због издавања чистих теретница. Наведено обавезивање наручиоца превоза врши се у форми гарантног писма и питање његове правне ваљаности различито је решавано кроз историју у различитим правним системима. Предмет рада јесте анализа институција гарантног писма кроз уредно право, са посебним освртом на анализу моћности примене истој у нашем правном оквиру.

Кључне речи: уговор о поморском превозу ствари, теретница, гарантно писмо.

I Увод

Приликом одабира теме овог реферата на мене су кључно утицала два разлога. Први се тиче парничног поступка који је вођен пред

Привредним судом у Пожаревцу између тужиоца, који је био бродар приликом поморског превоза робе, против тужених наручиоца превоза и осигуравача терета, те ћу у следећим реченицама укратко описати чињенично стање случаја.¹ Предметн сјора била је накнада штете коју је бродар претрпео издавањем чистих шеретница, иако приликом укрцаја робе стање исте није било задовољавајуће зарад издавања шеретница без примерби. Предметн превоза биле су вруће ваљане челичне траке и лимови, од чега је део лимова који су били предметн превоза био влажан пре укрцаја, неки кошурови лима су били зарђали, док су неки били деформисани и са улубљеним ивицама, те је из ових разлога бродар првобитно одбио издавање чистих шеретница. Наручилац превоза је ради добијања чистих шеретница понудио бродару гарантно писмо којим се обавезује да ће му надокнадити сваку штету коју бродар евентуално претрпи испоруком робе примаоцу. Бродар је пристао на ову понуду наручиоца превоза, те му је издао чисту шеретницу по укрцају робе у луци Бар. Осигуравач шерета је по уговору о осигурању са наручиоцем превоза издао полису поморског осигурања шерета у користи примаоца робе, те је као предметн осигурања одређена роба по шеретници коју је бродар издао наручиоцу превоза. Приликом приступања у искрцајну луку у Италији бродар је пријавио поморску незгоду услед буре и ветра на отвореном мору. Законити ималац коносмана је по преузимању робе у луци у Марџери изразио приговор у погледу стања робе, те је покренуо судски поступак ради издавања привремене мере забране испловљавања брода превозиоца. Привремена мера је донета, те је бродару дата дозвола испловљавања тек након што је исплатио сву штету примаоцу шерета, обзиром да је претходно шерета од стране експерата – (судских вештака у Италији), утврђено да је корозија на шерету настала претходним делом од слатке воде, док је мањи део шерета (10%) на који је примаоца имао примерби оштећен дејством морске воде. Вештаци су лабораторијским анализама и сребро-нитрам тестовима утврдили да је претходни узрок оштећења шерета кишница. Како је на поуздан начин утврђено да је роба била оштећена пре пријема на превоз, осигуравач шерета је одбио да исплати штету примаоцу, те је бродар ради испловљавања из луке морао измирити сву штету примаоцу шерета обзиром да је његова одговорност према примаоцу била неоторива издавањем чисте шеретнице. Према описаном чињеничном стању бро-

1 Бродар А. са седиштем у Бару поднео је тужбу пред Привредним судом у Пожаревцу, против наручиоца превоза УС. са седиштем у Смедереву и осигуравача терета Д. са седиштем у Београду ради исплате штете, коју је надокнадио законитом имаоцу коносмана у Италији. Предмет П.769/2006 је првостепено окончан пресудом од 10.9.2009. године, која је постала правноснажна крајем 2011. године повлачењем жалбе првотуженог након склапања поравнања између странака. Доступно у: *Архива Привредног суда у Пожаревцу*.

дар је по основу гарантног писма изражио надокнаду штете, коју је исплатио законитом имаоцу коносмана, од наручиоца превоза и његовој осигураваачу. Првошужени, наручилац превоза није осигуравао чињенично стање шужбе, већ је исплатио ириговор нишавости уговора о гарантном писму, док је другошужени осигуравач ипак исплатио да споразум о гарантном писму не може имати дејство према њему, те да он не би ни закључио уговор о осигурању да је знао за право стање ипак у време укрцаја.

Институт гарантног писма није регулисан нашим законом који уређује област поморског превоза робе.² Судска пракса у области поморског права је веома оскудна у нашем праву, а нарочито у погледу овог института.³ Последица недостатка судске праксе из неке области јесте да ни сама доктрина нема довољно материјала за своје коментаре и радове.⁴ Из ових разлога приликом доношења одлуке у овој правној ствари морао сам имати у виду правила међународних конвенција која регулишу овај институт, као и ставове правних система у којим овај институт има већи обим коришћења. Упоредноправном анализом утврдио сам да је институт гарантног писма у погледу дозвољености различито третиран што кроз историјски развој, као и у зависности од критеријума да ли у одређеној држави владајућу позицију имају бродари или корисници бродарских услуга. Анализа института гарантног писма, која је била неопходна ради израде одлуке у описаном случају, представља други разлог због чега сам изабрао ову тему за предмет рада. Након анализе овог института на крају рада изложићу и пресуду у горе описаном случају.

II Гарантно писмо – појам и правна природа

Гарантно писмо није било у значајнијој мери коришћено на просторима некадашње СФРЈ у периоду пре доношења Закона о поморској

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

3 Једна од ретких одлука у погледу овог института донета је на простору некадашње СФРЈ давне 1972. године од стране Вишег привредног суда СРХ бр. V-Сл-451/72-2 од 23.5.1972. године. Вид. Ђорђе Ивковић, *Поморски законик 2004 – Уговори – ириручник*, Пиран, 2005, стр. 89–90.

4 Последњи рад у региону са овом тематиком објављен је 1988. године, Иво Грабовац, „Јамчево писмо“, *Привреда и право*, бр. 11–12, Загреб, 27/1988, стр. 962–972. Раније са овом тематиком објављени су радови Стојан Цигој, „Коносамент ин гаранцијско писмо“, *Зборник знанствених радова*, XXXV, Љубљана 1972; Милан Трампуж, „Гарантно писмо вриједи ако је издано и прихваћено без побуда на страни крцатеља и бродара“, *Међународни транспорт*, Београд, 1961, стр. 552 и даље.

и унутрашњој пловидби, те како исто није било регулисано ни Конвенцијом о изједначавању неких правила о теретници из 1924. године, која је у значајној мери утицала на решења нашег ЗПУП, то је у погледу овог института остала правна празнина у домаћем законодавству.⁵

Конвенцијом Уједињених нација о превозу робе морем регулисан је институт гарантног писма (енгл. *letter of guarantee*) као споразум којим се крцатељ обавезује превознику, да ће му надокнадити губитак који настане, јер је превозник издао теретницу, а није унео резерву у односу на податке које је крцатељ дао о терету или опаске у погледу спољашњег стања робе.⁶ Хамбуршка правила на овај начин допуњују празнину Хашких правила, која нису давала одговор на проблеме правног дејства института гарантног писма.⁷ Правници система општег права за овај институт користе термин писмо обештећења (енгл. *letter of indemnity*), те критикују употребу термина гарантно писмо (енгл. *letter of guarantee*) за означавање овог института, јер се овај термин у њиховом праву користи за другу врсту гарантног писма, које издаје прималац робе који нема теретницу у свом поседу.⁸ Термином гарантно писмо (енгл. *letter of guarantee*) у систему општег права означава се институт којим се обавезује прималац терета, који нема у поседу теретницу да обештети бродара за штету коју може претрпети уколико се испостави да терет није предао правом примаоцу.⁹ Саставни део ове врсте гарантног пи-

5 Закон о поморској и унутрашњој пловидби усвојен је 1977. године (*Службени лист СФРЈ*, бр. 22/77), престао је да важи доношењем новог ЗПУП (*Службени лист СРЈ*, бр. 12/98). Конвенција о изједначавању неких правила о теретници из 1924. године (даље у тексту: Хашка правила) ратификована је од стране наше државе, (*Службени лист ФНРЈ, догађајак*, бр. 7/59 и 5/60). Протоколи о измени ове конвенције из 1968. и 1979. године нису ратификовани од стране наше државе. Вид. Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, 9. издање, Београд, 2006, стр. 188.

6 Конвенција Уједињених нација о превозу робе морем из 1978. године (даље у тексту: Хамбуршка правила), чл. 17 ст. 2. Текст конвенције доступан је на адреси: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitraltexts/transport_goods/Hamburg_rules.html, 10.3.2013.

7 Вид. Н. М. Joko Smart, *United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea – 1978 (Hamburg Rules) – Explanatory documentation prepared for Commonwealth jurisdictions*, London 1989, стр. 23–24; Ђорђе Ивковић, *Хамбуришка правила*, Пиран, 1994, стр. 1–4.

8 Ради сигурније доставе теретнице, пракса у поморском превозу робе јесте да наручилац превоза шаље примаоцу један примерак теретнице авионом, други поштом, док трећи примерак остаје заповеднику брода. На овај начин смањује се могућност да прималац робе неблаговремено добије теретницу која представља легитимационо средство код предаје терета. Вид. Миодраг Трајковић, *Поморско право*, Београд, 2004, стр. 99. У случају да ова пракса није испоштована, те када је реч о крајим дестинацијама или када дође до губљења теретнице од стране примаоца, а она не гласи на име, долази до могућности примене наведене врсте гарантног писма.

9 Вид. William Tetley, *Letters of indemnity at shipment and letters of guarantee at discharge*, 2004, доступно на адреси: www.mcgill.ca/files/maritimelaw/letters.pdf, 20.3.2010, стр. 4.

сам јесте и банкарска гаранција којом се банка обавезује према бродару да ће му исплатити тачно одређен износ новца уколико се испостави да је терет испоручен погрешном примаоцу.¹⁰ Правна ваљаност гарантног писма које издаје прималац терета није спорна у правним системима у којима постоји пракса издавања истих приликом доставе терета лицу које нема доказ о адекватној легитимацији за преузимање робе, те исто није ни предмет овог рада.¹¹

Предмет овог рада јесте гарантно писмо које издаје наручилац превоза ради добијања чистих теретница бродару.¹² Питање његове правне важности различито је регулисано кроз историју у упоредноправним системима и међународним конвенцијама. Гарантно писмо по ставу доктрине представља писмено обавезивање наручиоца превоза, бродару да ће му надокнадити сваку штету коју он може претрпети услед издавања чистих теретница, упркос чињеници да фактичко стање робе није исто са стањем које је констатовано у теретници.¹³ Мотив издавања гарантног писма од стране наручиоца превоза јесте добијање чистих теретница од стране бродара, иако за то не постоје услови обзиром на фактичко стање робе.¹⁴ Наручиоци превоза издају гарантно писмо бродару не само у ситуацијама када роба не задовољава критеријуме за издавање чисте теретнице, већ и ради бржег одвијања укрцајних операција, када је ситуација код укрцаја била таква да је бродару било онемогућено или битно отежано да утврди тачно стање терета.¹⁵

Писмо гаранције се издаје у писменој форми и садржи углавке о обвезивању наручиоца превоза да ће надокнадити сву материјалну

10 Упор. W. Tetley, *нав. дело*, стр. 4. Више о самосталној банкарској гаранцији и коносманској гаранцији вид. Владимир Стојилковић, *Међународно привредно право*, Београд, 2003, стр. 211–219.

11 Овај институт дозвољен је и изван држава система општег права, те има примену у француском, скандинавском и кинеском праву. Вид. W. Tetley, *нав. дело*, стр. 25–36; Xia Chen, „Chinese Law on Carriage of Goods by Sea under Bills of Lading“, *Currents International Trade Law Journal*, Vol. VIII, No. 2/1999, стр. 93.

12 Чиста теретница постоји у случају када бродар у ову исправу није унео никакве резерве у погледу стања укрцане робе, количине и тежине робе и паковања, док нечиста теретница постоји када садржи овакве резерве бродара. Вид. Зоран Антонијевић, *Привредно право*, Београд, 1979, стр. 526.

13 Упор. М. Трајковић, *нав. дело*, стр. 114; W. Tetley, *нав. дело*, стр. 3.

14 Теретница по члану 545 ЗПУП садржи поред података о бродару, броду, крцатељу и примаоцу и податке о луци одредишта, количини терета, врсти терета, стању терета и његовом спољњем изгледу, одредбе о возарини, месту и дану укрцаја терета и издавања теретнице. Садржина теретнице је на готово исти начин одређена у чл. 3(3) Хашких правила и чл. 15 ст. 1 Хамбуршких правила.

15 Бранко Јакаша, *Систем иловидбеног права Југославије, Уговори о искоришћавању бродова, Књига 3: Пријевоз људи и ствари; исељење и поштомскивање; остали иловидбени послови; пријевоз у којем судјелује више возара; закуј; заспара, свезак 3*, Загреб 1984, стр. 396–414.

штету бродару, коју претрпи услед испоруке терета примаоцу по чистим теретницама, као и да ће му надокнадити сваку другу штету услед потенцијалног задржавања брода у луци искрцаја. Наручилац превоза нуди гарантно писмо ради издавања чистих теретница у погледу терета који није у фактичком стању да би се издала теретница без примедби, или у ситуацији када бродар не може са сигурношћу утврдити право стање терета. Гарантним писмом констатује се и стварно стање робе која је предмет превоза, на казуистичан начин ако је роба оштећена, или уопштеним клаузулама ако је реч о издавању гарантног писма због бржег одвијања укрцаја, те се потписује само од стране издаваоца, па на први поглед делује као једнострана изјава воље која ствара облигациони однос. Гарантно писмо се ипак не може сматрати једностраном изјавом воље којом се твори облигациони однос јер оно представља понуду за закључење уговора о обезбеђењу бродару.¹⁶ Кауза издавања гарантног писма јесте добијање чистих теретница, те када бродар прихвати гарантно писмо и изда чисту теретницу у складу са захтевом из гарантног писма може се рећи да је дошло до закључења својеврсног *sui generis* уговора о обезбеђењу.¹⁷ Тумачећи овај институт кроз општа правила нашег облигационог права, обзиром да исти није регулисан позитивно правним прописима, може се рећи да он представља уговор о облигационом обезбеђењу, који настаје разменом писмених исправа између наручиоца превоза и бродара.¹⁸

Посматрано са становишта енглеског права уговор не може постојати уколико не постоји противчинидба друге стране, осим уко-

16 Закон о облигационим односима (*Службени листи СФРЈ*, бр. 29/73, 39/85, 57/89, *Службени листи СРЈ*, бр. 31/93; даље у тексту: ЗОО) је прихватио уже схватање у погледу облигационих односа који имају извор у једностраној изјави воље, те понуда за закључење уговора није извор облигација. Вид. Јаков Радишић, *Облигационо право*, Београд, 2004, стр. 310.

17 Закључење уговора о гаранцији код куповине техничке робе наликује закључењу уговора о гаранцији код поморског превоза робе, обзиром да и гарантни лист представља понуду за закључење уговора о гаранцији. Вид. Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1990, стр. 405–406. Уговор о гаранцији код куповине техничке робе настаје самом куповином робе која је предмет гаранције, док уговор о гаранцији код поморског превоза настаје издавањем чисте теретнице од стране бродара. У оба случаја уговор настаје неформалним прихватам понуде без закључења уговора о гаранцији у посебној форми. Разлику при закључењу ових уговора представља чињеница да је код гарантног листа понуда учињена неодређеном броју лица, док је код гарантног писма понуда упућена конкретном превозиоцу.

18 Реална форма за закључење уговора је напуштена у нашем праву прихватам начела консенсуализма у ЗОО, те и овај уговор о гаранцији може настати неформално простом сагласношћу воља уговорних страна, али то у пракси готово никада неће бити случај, јер би доказивање постојања овог уговора било готово неизводиво. Како се бродар приликом закључења овог уговора руководи економским интересом да се обезбеди у случају плаћања одштете примаоцу, тешко је поверовати да ће пристати на неформалну гаранцију крцатеља.

лико није сачињен у посебној писменој форми (енгл. *deed*).¹⁹ Из тог угла уговором о гарантном писму обавезује се наручилац превоза да изда гарантно писмо, те заузврат захтева противчинидбу бродара у виду издавања чистих теретница. Правна доктрина и судска пракса у систему општег права заузимају становиште да уговор о гарантном писму представља посебан уговор који је раздвојен од уговора о поморском превозу робе.²⁰

Уговор о гарантном писму у суштини представља уговор о гаранцији којим се наручилац превоза обавезује бродару да гарантује за његов успех у поморском превозу робе и преузима ризик због превоза робе која није у добром стању, односно робе за коју бродар није могао утврдити да је у стању које је у писменом обавештењу описао крцатељ, те се истим обавезује наручилац превоза на накнаду евентуалне штете коју бродар може претрпети извршавајући своју обавезу из уговора о превозу. Обавеза из уговора о гаранцији није зависна и споредна, већ самостална и примарна.²¹ Због тога, становиште система општег права које сматра овај уговор самосталним у односу на уговор о поморском превозу може бити прихваћено и у нашем правном оквиру.

III Дозвољеност института гарантног писма у упоредно-правним системима и међународним конвенцијама

Спорно питање које се кроз историју поставља код овог института јесте у којим ситуацијама се исти може сматрати дозвољеним. Када је гарантно писмо издато у доброј вери без намере преваре било ког трећег лица, већ због бржег промета робе јер бродар није могао утврдити стварно стање робе или у ситуацији када бродар и крцатељ имају неслагања о стању робе, правна важност института није спорна.²² Случајеви када је гарантно писмо издато искључиво као средство обезбеђења, без на-

19 Небојша Јовановић, *Кључне разлике енглеској и српској уговорној љрава*, Београд, 2008, стр. 17–28.

20 У случају *United Philippine Lines, Inc v. Metalrussia Corp. Ltd.*, одлуком *United States District Court, Southern District of New York* (1997 AMC 2132) утврђено је да писмо гаранције не представља уговор поморског права, обзиром да исти није везан за услуге поморског превоза, те како споразум о гарантном писму није представљао битан елемент уговора о превозу робе морем, то не постоји ни надлежност федералног суда из области адмиралитета, те се спор треба решити према општим правилима грађанског поступка који важи за уговоре пред судом надлежне федералне државе. Вид. W. Tetley, *нав. дело*, стр. 18–37.

21 Више о уговору о гаранцији вид. Ј. Радишић, *нав. дело*, стр. 325.

22 Ђ. Ивковић, *Поморски законик 2004 – Уговори – љриручник*, стр. 89; W. Tetley, *нав. дело*, стр. 20–21.

мере преваре трећих лица нису спорни у пракси, као ни њихово правно дејство.²³

1. Гарантно писмо и трећа лица

Правни однос по уговору о обезбеђењу који настаје на основу прихвата гарантног писма и издавања чистих теретница постоји само између наручиоца превоза и бродара. Бродар нема право истицати према примаоцу или трећем лицу чињеницу да је роба била оштећена пре него што је укрцана, јер је за његов однос са трећим лицима код уговора о поморском превозу робе (примаоцима терета, осигуравачима) меродавна само садржина теретнице. Уговор о поморском превозу ствари морем представља двострано обавезан правни посао којим се бродар обавезује да превезе ствари бродом од луке укрцаја до луке искрцаја, а наручилац се обавезује да за то плати возарину.²⁴ Битни елементи овог уговора јесу роба, престација превоза робе од луке укрцаја до луке искрцаја и возарина.²⁵ Уговор о поморском превозу робе је по правилу неформалан,²⁶ те у односу на њега теретница представља самосталан правни акт, који се издаје након закључења уговора о превозу и представља доказ о постојању уговора о превозу.²⁷

Теретница представља стварноправну, презентациону хартију од вредности, којом бродар потврђује пријем робе на броду и преузима обавезу да робу преда по извршеном превозу одређеном лицу.²⁸ Доказна снага теретнице је по нашем ЗПУП апсолутна у односу бродара и примаоца робе, јер се сматра да је бродар преузео робу у стању које је означено у теретници уколико није унео примедбе.²⁹ Доказна снага те-

23 Вид. М. Трампуж, *нав. дело*, стр. 552 и даље; Paul Todd, *Modern Bills of Lading*, Oxford, 1990, стр. 88.

24 Вид. М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 187.

25 Постоји и супротан став да возарина не мора бити нужни елемент овог правног посла, јер је могућ и добротин, бесплатан превоз робе. Вид. М. Трајковић, *нав. дело*, стр. 63–64.

26 Писмена форма се захтева у случају бродарског уговора за више путовања и бродарског уговора на време за цео брод. Вид. ЗПУП, чл. 481–483.

27 Вид. М. Трајковић, *нав. дело*, стр. 117.

28 Вид. М. Трајковић, *нав. дело*, стр. 107–108. Теретница у односу бродара и крцатеља представља каузалну хартију од вредности, док у односу бродара и примаоца представља апстрактну хартију од вредности. Вид. М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 453.

29 Вид. ЗПУП, чл. 552 ст. 1. Необорива доказна снага теретнице у односу бродара и примаоца прописана је и у Хамбуршким правилима. Хашка конвенција је садржала обориву претпоставку тачности садржине теретнице, која је Протоколом из 1968. год постала необорива у случају када је теретница пренесена на треће савесно лице под којим се сматра и прималац терета. Упор. чл. 16 ст. 3 Хамбуршких правила и

ретнице у правном односу бродара и примаоца терета у енглеском праву постиже се преко теорије естопела обзиром да бродар и прималац терета нису у уговорном односу.³⁰

Проблем правног дејства гарантног писма различито је решаван у државама континентално-правног система и државама система општег права, али је заједничка црта решења оба система да гарантно писмо не може имати дејство у односу бродара и примаоца терета.³¹ Трећа лица као што су банке и осигуравачи терета поуздају се у садржину теретнице и по основу теретнице која им је презентирана дозвољавају наплату акредитива, односно издају полису осигурања.³² Због тога је у међународним конвенцијама и националним законима општеприхваћено правило да је за правни однос између бродара и примаоца робе меродавна једино садржина теретнице, те је неспорно да гарантно писмо издато од стране наручиоца превоза ни у једном случају не може имати дејство према примаоцу робе или неком трећем лицу код поморског превоза робе.³³

2. Правно дејство гарантног писма између бродара и наручиоца превоза

Тачка спотицања у погледу правног дејства гарантног писма постоји када приликом издавања чисте теретнице бродар на захтев наручиоца

чл. 3(4) Хашких правила. Вид. Ђорђе Ивковић, *Хашка-Висбу њавила у односу на Поморски законик 2004*, Пиран, 2005, стр. 26–27.

- 30 Естопел представља забрану даваоцу неке изјаве да је накнадно оспори, ако би се њеним оспоравањем могла изазвати штета неком лицу, које се поуздало у њену истинитост у обављању својих послова. Вид. Н. Јовановић, *нав. дело*, стр. 29.
- 31 Упор. W. Tetley, *нав. дело*, стр. 7–10.
- 32 Банке не одговарају за тачност, ажурност и правна дејства докумената ако је изјава о стању робе нетачна код међународних акредитива. Вид. В. Стојиљковић, *нав. дело*, стр. 205. Упор. З. Антонијевић, *нав. дело*, стр. 527. Апсолутна доказна снага теретнице према примаоцу изражена је и у одлуци Апелационог суда у Токију 25.10.2000. године у случају *Tessin Sempaku KKv. Kyoei Kaijo Hoken Sogokaisha*. По извршеном поморском превозу робе из Кине до Јапана терет се овлажио и изгубио сваку економску вредност. Превозник се правдао у луци искрцаја примаоцу да је терет већ био оштећен у моменту укрцаја. Осигуравач терета је исплатио штету примаоцу, те је тужио бродара за регресирање штете, обзиром да је издао чисте теретнице. Парница је окончана у корист осигуравача, обзиром да је у односу бродара и примаоца меродавна једино садржина теретнице, те се сматра да је роба укрцана у добром стању уколико бродар није ставио резерве у самој теретници, вид. Ђ. Ивковић, *Хашка-Висбу њавила у односу на Поморски законик 2004*, стр. 27.
- 33 Вид. чл. 17 ст. 2 Хамбуршких правила који изричито прописује да гарантно писмо нема никакво дејство према трећим лицима. Француски Закон бр. 66–420 од 18.6.1966. о уговорима о закупу и поморском транспорту чланом 20 ст. 1 прописује да гарантна писма не могу имати правно дејство према трећим лицима већ само међу уговорницима. Упор. W. Tetley, *нав. дело*, стр. 22–25.

превоза свесно приказује нетачним чињенице о фактичком стању робе. Нетачно приказивање чињеница у теретници у погледу стања робе се у енглеском праву сматра чак и деликтном радњом. Пресудом Апелационог суда у Лондону од 3.7.1957. године преиначена је првостепена пресуда у случају *Brown Jenkinson & Co Ltd v. Percy Dalton Ltd* којом је дозвољена наплата обештећења бродара према наручиоцу превоза који је издао гарантно писмо. У овом случају наручилац превоза је послао сок од поморанџи из Енглеске за Хамбург у бурадима која су била стара и трошна од којих су нека цурила, те је ради добијања чистих теретница понудио гарантно писмо бродару као средство обезбеђења. Бродар је прихватио гарантно писмо, те је по искрцају робе у Хамбургу бродар морао обештетити примаоца, јер је сок из више буради процурео. Апелациони суд је преиначио првостепену одлуку којом је дозвољена наплата износа који је бродар платио примаоцу робе заузевши становиште да иако бродар није имао намеру да било ко буде преварен исти је дао чињеничну изјаву за коју се знало да није истинита, са намером да се поступи у складу са њом, те се сматра кривим за извршење дела преваре па је наплата по гарантном писму неизвршива.³⁴ На овај начин сузбија се примена института гарантног писма, јер странке знају да судови неће дозволити наплату по истом, чиме оно добија карактер натуралне облигације. Главни разлог сузбијања института гарантног писма у енглеском праву представља чињеница да је Енглеска држава у којој је поморски превоз веома значајна грана привреде, те се на овај начин желе заштитити трећа савесна лица (примаоци робе, банке и осигураваачи) која се поуздају у садржину теретнице.³⁵

Начелан став држава континентално правног система јесте да гарантно писмо има правну важност у односу бродара и наручиоца превоза, али да према трећим лицима исто не може имати било каква дејства.³⁶ Бродар може користити гарантно писмо у поступку против наручиоца превоза, али га не може користити у односу са трећим лицима, што је став изражени у француском праву.³⁷ Скандинавски поморски законик из 1994. године допушта примену гарантног писма у односу наручиоца превоза и бродара уколико није постојала намера обмане савесног имаоца коносмана или трећих лица.³⁸ За разлику од ових ставов-

34 Упор. W. Tetley, *нав. дело*, стр. 5 фн. 10.

35 Вид. W. Tetley, *нав. дело*, стр. 5–7.

36 W. Tetley, *нав. дело*, стр. 8.

37 Вид. фн. 34 у француском закону из 1966. године.

38 Вид. Шведски поморски законик из 1994. године, доступно на адреси: <http://smuiml.shmtu.edu.cn>, 10.3.2013, поглавље 51 Скандинавске земље: Шведска, Финска, Норвешка и Данска су 1994. године донеле идентичне Поморске законике, али чланови нису једнако распоређени у законцима.

ва немачко право гарантна писма сматра ништавим и неизвршивим и у односу бродара и наручиоца превоза.³⁹

Хашка правила нису регулисала институт гарантног писма, те су Хамбуршка правила отишла корак даље у овом правцу. Чланом 17 ст. 2 Хамбуршких правила прописано је да се споразум о гарантном писму којим се наручилац превоза обавезује превознику да ће му накнадити сваки губитак због издавања теретнице без резерви у погледу спољашњег стања робе или на податке о роби које му је издао крцатељ сматра ништавим и без дејства према трећим лицима. Ставом 3 истог члана прописано је да споразум о гарантном писму има дејство између уговорница осим у случају када су резерве изостављене од стране бродара у намери да се превари трећа особа. Став 4 истог члана предвиђа и санкцију у случају постојања намере преваре трећих лица у виду губљења погодности о ограничењу одговорности из конвенције. Бродар се приликом закључења уговора о гарантном писму не руководи намером преваре, већ својим економским интересом обезбеђења евентуалног потраживања које ће исплатити примаоцу робе. Због тога доказивање намере преваре трећег лица од стране бродара ће у пракси бити веома тешко изводиво, јер се он пре свега руководи економском логиком код закључења уговора о поморском превозу и уговора о обезбеђењу гарантним писмом.⁴⁰

На просторима некадашње СФРЈ је у погледу гарантног писма донета одлука Вишег Привредног суда СРХ 1972. године којом је одбијен тужбени захтев бродара против наручиоца превоза који је издао гарантно писмо, јер је бродар знао да подаци из теретнице у погледу укрцане робе нису тачни.⁴¹ Резоновање суда 1972. године било је разумљиво, обзиром да је држава имала развијен поморски превоз и желела је сузбити гарантно писмо које се у то време сматрало негативном појавом која угрожава интересе трећих савесних лица.

IV Закључак

Извршеном анализом гарантног писма неспорно се утврђује јединствен закључак да овај уговор о обезбеђењу не може имати дејство према трећим лицима. Правно дејство овог споразума између уговор-

39 Вид. W. Tetley, *нав. дело*, стр. 18.

40 William Tetley, *Marine Cargo Claims*, Montreal, 1988, стр. 834.

41 Дејство гарантног писма се не може дозволити када је издата тертница „укрцано“ за терет који није укрцан, нити је примљен за укрцај. Јамчевно писмо се признаје када бродару није било могуће утврдити да ли је крцатељева изјава која се уноси у теретницу тачна. Вид. одлуку ВПС СРХ бр. V-Сл-451/72-2 од 23.5.1972. године у Ђ. Ивковић, *Поморски законик 2004 – Уговори – йриручник*, стр. 89–90.

них ствара различито је регулисано у упоредноправним системима. Системи који га сматрају апсолутно ништавим не признају му дејство ни између уговорних страна, те одбијају тужбе бродара против наручиоца превоза. На тај начин желе да обесхрабре употребу овог института и делују пре свега превентивно, све зарад постизања апсолутне заштите трећих савесних лица у поморском транспорту робе. Овај став се може сматрати оправданим код држава у којима поморски транспорт робе има значајан део у друштвеном производу.

Правни системи који дозвољавају овај споразум као и Хамбуршка правила допуштају тужбу бродара против наручиоца превоза, ако није било намере преваре трећих лица приликом закључења овог споразума. Намера преваре на страни бродара готово да никада не постоји приликом закључења овог уговора, већ се бродар води економском логиком обезбеђења евентуалног потраживања. Лажно представљање чињеница у теретници није законом кажњиво у нашем праву, као што је то случај у енглеском праву, где оваква радња представља деликт. Наш ЗПУП прописује само шта теретница треба да садржи, а последица неуношења тачних података јесте необорива претпоставка одговорности бродара према примаоцу робе на основу података из теретнице.

Посматрајући институт гарантног писма са данашње тачке гледишта, када наша држава више нема излаз на море, сасвим је извесно да ће овај институт бити веома ретко коришћен, те не постоје превентивни разлози којим би се ускраћивало правно дејство гарантног писму у односу бродара и наручиоца превоза. Непризнавањем дејства гарантног писма у случају када је бродар исплатио штету савесном имаоцу теретнице долази се до ситуације да наручилац превоза неосновано стиче корист из ништавог правног посла када бродар исплати штету савесном имаоцу теретнице. Међутим чл. 104 ст. 1 ЗОО прописује као последицу ништавости правног посла повраћај престајања уговорних страна или њихову накнаду у новцу. Одредба члана 104 ст. 2 ЗОО о одузимању предмета у корист општине примењује се само ако се на тај начин могу отклонити штетне последице уговора којим се нарушава друштвени интерес, ако је то потребно ради сузбијања масовних друштвених негативних појава и ако предмет уговора објективно представља предмет кривичног дела.⁴² Неспорно је да се у судској пракси предаја ствари општини које је уговорна страна примила на основи ништавог правног

42 Вид. закључак са саветовања грађанских и грађанско-привредних одељења Савезног суда, врховних судова и Врховног војног суда од 27. и 28.5.1987, објављен у: Врховни суд Србије, *Билтен судске праксе*, бр. 3/2008, стр. 23–27. Члан 104 ст. 2 ЗОО прописује да суд може одлучити да одбије захтев несавесне стране за повраћај и одлучити да друга страна оно што је примила по основу забрањеног уговора преда општини на којој има седиште, пребивалиште у случају када је уговор по својој садржини или циљу противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима. Приликом доношења ових одлука суд мора водити рачуна о савесности

посла може наредити само ако су уговорне стране несавесне, када је то одузимање једино правилно и оправдано решење.⁴³

На основу ове анализе гарантног писма донета је и пресуда Привредног суда у Пожаревцу П. 769/2006 од 10.9.2009. године, по чињеничном стању описаном у глави I овог рада. Пресудом П. 769/06 усвојен је захтев бродара за најлашу јоштраживања у износу од 199.929,81 евра јоштив наручиоца јревоза са каматиом јо сјоии Евројске цен-тралне банке, док је јужба за овај износ одбијена јрема осјуравачу јерејта. Сјранке су у јоку јосјуйка јосјииле сјоразум да се сјор реши јо мајеријалном јраву Рејублике Србије. Наручилац јревоза је исјакао нишјавосји сјоразума о јаранјном јисму јозивајући се на чл. 615 сј. 1 ЗПУП. Суд је одбио јријовор нишјавосји иако наведени члан јројисује да се одредбе ЗПУП не моју мењати на шјетју корисника јревоза, обзиром да сјав 2 исјој члана јројисује да се одредбе о одјоворносји бродара моју ујовором мењати у корисји бродара у случају ошјетјења, мања или јубијка јерејта јре јочетјка укрцавања или јосле укрцаја. Из наведеној јроизилази да чл. 615 сј. 1 нема имјерајивни каракјер у случају ошјетјења јерејта јре укрцаја, је чак и када би се ујовор о јаранјном јисму смјтрао ујлавком ујовора о јоморском јревозу робе, исји не би био нишјав. Чак, и ако би се ујовор о јаранјном јисму смјтрао нишјавим морало би доћи до ресјијуције сходно чл. 104 ЗОО. Како су ујоворне сјранке закључиле својеврсјан сјi generis ујовор о обезбеђењу који није јројиван имјерајивним јројисима нашеј јравној јоретјка суд је обавезао јаранјта, наручиоца јревоза на исјлају шјетје коју је бродар морао јлајији законјиом имаоцу коносмана. Суд је јриликом доношења одлуке имао у виду ујореднојравно рејулисње овој инсјију-та, је одбио захтев бродара јрема осјуравачу јерејта. Осјуравач јерејта јредсјавља савесно лице које не би издало јолису осјурања да је знало за јраво сјање јерејта. Полису је издало на основу јерејнице коју је издао јужилац, а која му је јрезентјрана од сјране наручиоца јревоза. Како ујовор о јаранјном јисму јредсјавља облијациони ујовор он има дејсјво *inter partes*, је он не може имаји дејсјво јрема јрећим лицима, а условима осјурања из јолисе јројисано је да су из осјурања искључене шјетје које се моју јријисати немарном јосјуйку осјура-ника. Збој јоја се не може усвојији захтев јрема осјуравачу јерејта који јредсјавља савесно лице, а јри јом јолиса и не јокрива шјетје које су настјале на јретју јре укрцаја.

уговорника, о значају угроженог добра, као и о моралним схватањима пројсује став 3 истог члана.

43 Врховни суд Србије, *нав. дело*, стр. 23–27. Поред постојања рестриктивних услова за досуђење ствари општине из ништавог уговора мора се рећи да је ова одредба готово дерогирана у пракси, те у скоројјој судској пракси није забележено одузимање ствари у корист општине.

Описана пресуда постала је правноснажна одбачајем жалбе наручиоца превоза решењем Привредног апелационог суда Пж. 9799/10 од 21.10.2011. године, након повлачења жалбе услед склапања вансудског поравнања између бродара и наручиоца превоза на исплату нешто мањег износа у односу на износ који је досуђен пресудом. Остаје делимична жал, јер овај спор није решен мериторно у другом степену, чиме би се заузео јасан став судске праксе о овом институту. Међутим како су странке уговорнице по гарантном писму склапањем поравнања фактички изразиле слагање са првостепеном одлуком може се закључити да је иста донела комутативну правду за све парничне странке.⁴⁴

Srđan STOJILKOVIĆ, M.A.

Assistant Judge, Commercial Court, Požarevac

LEGAL EFFECT OF LETTER OF GUARANTEE AMONG CONTRACTS OF CARRIAGE OF GOODS BY SEA

Summary

Bill of lading, the most important document of maritime transport with the capacity securities for which portability is essential to be issued without objection regarding the condition of shipping goods during loading. In order to implement international letters of credit and international payments generally require transportation commissioners from issuing clean bill of lading shipping when the conditions are not according to the actual state of cargo. In order to achieve its economic interests by acquiring clean bill of lading, purchasers undertake shippers that they would compensate any damage suffered by the issuance of clean bill of lading. Stated commitment contracting transportation is done in the form of a letter of guarantee and the question of its legal validity is resolved differently throughout history in different legal systems. The paper offers an analysis of the letter of guarantee in comparative law, with special reference to the analysis of possible applications of it in our legal framework.

Key words: *contract of carriage of goods by sea, bill of lading, letter of guarantee.*

44 Више о појму комутативне правде вид. Аристотел, *Никомахова еџика*, Београд, 1970, књига V, стр. 111 и даље; Слободан Перовић, „Комутативна правда и накнада штете“, *Правни живоић*, бр. 9-10/1992, стр. 11 и даље.

Вера ЖИВКОВИЋ, мастер
сарадник у настави Правног факултета Универзитета у Београду

ПОНУДА, ПРИХВАТ И ВРЕМЕ ЗАКЉУЧЕЊА КОД ИНТЕРНЕТ УГОВОРА

Резиме

У раду се покушава разрешити дилема која постоји код ових, иако рећи, нових врста уговора – интернет уговора. У питању су уговори који се од класичних уговора облициационој права разликују по специфичном окружењу у коме настају. То повлачи за собом потребу за модификовањем постојећих правила. Оно што се јавља као кључна дилема тиче се примене излазања робе на веб страници као понуде или позива на понуду. У овом раду образложимо схватање по коме би требало то решити увођењем објективне представке да је у питању позив на понуду. С друге стране, јавља се питање да ли је понуда начињена између присутних или одсутних лица. Покушавамо објаснити зашто се на два типична представника ових уговора, примењују различити режими.

Кључне речи: интернет уговори, понуда, позив на понуду, понуда између присутних лица, понуда између одсутних лица.

I Увод

Да бисмо уопште говорили о интернет уговорима, морамо покушати да дефинишемо „интернет уговоре“. У теорији постоје различита схватања о томе како дефинисати интернет уговоре, али преовлађују два, која међусобно нису сасвим супротстављена. Појам интернет

уговори се, по првом схватању, употребљава као збирни појам за све уговоре чији је предмет повезан са употребом Интернета. Интернет уговоре, по овом схватању, можемо подвести под уговоре који су регулисани општим правилима уговорног права, са једном специфичношћу која се огледа у предмету интернет уговора. По другом схватању, које је раширеније, интернет уговори подразумевају уговоре који су закључени посредством Интернета. Оно што је специфичност ових уговора, у односу на класичне уговоре, јесте окружење у коме они настају, а то је електронско окружење, односно мрежа. Основна карактеристика интернет уговора јесте да настају у електронском облику, односно да бар једна изјава воље која води закључењу уговора мора бити емитована преко Интернета.¹

Оно што се поставља као питање код интернет уговора, јесте која правила треба на њих примењивати – да ли правила облигационог права која се примењују на класичне уговоре, та иста правила само модификована у складу са потребама интернет уговора или нека сасвим нова правила. Одговор на ово питање јесте примена класичних правила облигационог права, али модификована како би била у складу са потребама интернет уговора.

У овом раду обрадићемо два типа интернет уговора, реч је *e-mail* уговорима и *web* уговорима. И кроз ова два типа уговора, обрадићемо, слободно можемо рећи, најпроблематичнија питања у вези са закључивањем ових уговора, а то су понуда и прихват понуде, као и време закључења уговора.

II *E-mail* и *web* уговори – опште карактеристике

1. *E-mail* уговори

Да бисмо говорили о *e-mail* уговорима, морамо имати нека основна знања о самом *e-mail*-у (електронској поруци). *E-mail* је најстарији Интернет сервис, који се појавио још 60-их година прошлог века. Представља данас најкоришћенији сервис на Интернету, јер представља *online* пошту, која путује неупоредиво брже од класичне поште и омогућава комуникацију између људи који се налазе на великим раздаљинама (где би писмо послато класичном поштом путовало данима). Међутим, осим што је веома користан сервис за комуникацију, и може се рећи да постаје основни сервис за модерну комуникацију међу

1 Драган Павић, „Закључивање интернет уговора (Поводом усвајања Закона о електронској трговини)“, у: *Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ (правни, економски и социолошки аспекти)*, Београд, 2010, стр. 4.

људима (било приватну, било пословну), *e-mail* може послужити и у рекламне сврхе, и у крајњој линији, и за закључење правног посла.

Колико је *e-mail* постао саставни и незаобилазни део свакодневнице, показује и чињеница да на сваком рачунару, међу основним програмима, постоји и програм за пријем, односно слање *e-mail*-а, а то је *Outlook*, као део *Microsoft Office*.

За нас је интересантнија структура електронске поруке, с обзиром да путем ње треба да буде изражена правно релевантна воља која ће водити закључењу уговора. Незаобилазне компоненте електронске поруке су адреса примаоца, адреса пошиљаоца, време слања/пријема, тема (*subject*), главни део поруке (простор на коме куцате своју поруку), као и прилози (*attachments*). Управо ови саставни делови електронске поруке омогућавају да се обухвате сви елементи да би изјава воље имала правно дејство.

E-mail уговори су таква врста уговора, код којих уговорне стране сагласност воља, понуду и прихват, саопштавају електронским путем и то слањем електронских порука. Они се не разликују од било којих других уговора код којих се писмена форма користи за емитовање воље, понуде и прихвата понуде, као што су нпр. уговори закључени разменом писмена путем класичне поште, телефакса, или путем писаних телефонских порука. Размотрићемо неке од карактеристика *e-mail* уговора.

Прво, уговори закључени путем електронских порука нису масовни уговори и нису типично потрошачки уговори. Оно што је карактеристично за њих јесте да се, најчешће, закључују између привредних субјеката који се налазе у сталном пословном односу. Из овога закључујемо да се путем електронске поруке (*e-mail*) не може ни на који начин послати општа понуда неодређеном броју лица, пошто се електронска порука може послати само на тачно одређену *e-mail* адресу, или на више њих, али никако не може имати правно дејство опште понуде.

Друго, *e-mail* уговори не спадају у формуларне уговоре, као што спадају, рецимо, *web* уговори. Управо супротно у односу на формуларне уговоре, код *e-mail* уговора може доћи до класичних преговора, који претходе закључењу уговора, само ће се овде преговори састојати у размени више електронских порука.

Треће, када се говори о правној дилеми, да ли се одређена изјава воље уговорне стране има третирати као понуда или позив на понуду, код *e-mail* уговора такве ситуације су реткост. Наиме, најчешће је пошиљалац поруке уједно и понудилац. Међутим, то не значи да се преко електронске поруке не може позивати на понуду. То се чини слањем

каталога, ценовника, тарифа или других обавештења, као и огласа чиме се прималац електронске поруке позива да начини понуду.

Четврто, код времена закључења уговора, уочавају се одређене специфичности које ћемо мало касније детаљно анализирати.

Пето, специфично правило код *e-mail* уговора, тиче се (не)могућности опозива понуде, односно опозива прихвата понуде. Међутим, ова одредба ЗОО чини се готово неупотребљивом приликом закључења уговора електронским путем, а нарочито путем *e-mail*-а, управо због непостојања временске разлике између слања и пријема поруке. Евентуални начин да се опозове понуда/прихват понуде јесте телефоном, пре него што понуђени/понудилац прочита електронску поруку. У случају да лице истовремено отвара обе електронске поруке, и поруку о понуди и поруку о опозиву понуде, јер због спречености није био у прилици да раније приступи порукама, опет постоји временски размак између те две поруке, тако да дискутабилно је да ли се то може сматрати истовременим стицањем понуде и опозива.

Шесто, пуноважност закључених неформалних уговора путем *e-mail*-а никада се није доводила у питање, међутим, проблем се могао појавити код формалних уговора, односно код оних уговора код којих закон захтева постојање писане форме.² Питање које се у тој ситуацији поставља јесте да ли се може сматрати да је код уговора закљученог разменом електронских порука испуњена писана форма која се за тај уговор захтева. Мислимо да се на ово питање може дати потврдан одговор, имајући у виду идеје водиле из *UNCITRAL*-овог *Модел закона о електронској трговини*³ и *Директиве о електронској трговини* Европске уније.⁴ Наиме, *UNCITRAL*-овим *Модел законом о електронској трговини* уређује се ово питање, тако што се поставља као опште правило у члану 6, да електронска порука испуњава захтев писане форме уколико су информације које су у њој садржане доступне за каснију употребу. Идеја водила била је да основна функција коју има папир, а коју би требало да има и електронска порука, јесте да се обезбеди трајан запис информација.⁵ *Модел закон* оставља могућност националним законодавствима да одреде изузетке, односно на које уговоре се неће односити опште правило о допуштености закључивања електронских уговора.

2 Генц Трнавци, „Закључивање, пуноважност и доказивање електронских уговора: компаративна анализа“, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, бр. 1/09, стр. 455.

3 *UNCITRAL* Модел закон о електронској трговини (Резолуција УН, бр. 51/162/1996).

4 Директива о електронској трговини, 2000/31/ЕЗ.

5 Вељко Тривун, Милош Трифковић, Ведад Силајџић, Јасмин Хошо, *Национално и европско право*, Сарајево, 2007, стр. 185.

Такође, *Директива о електронској трговини* Европске уније прихвата идеју о замени хартије електронским порукама, и налаже земљама чланицама да ускладе своје национално законодавство, уколико оно садржи посебне захтеве форме који спречавају или ограничавају могућност коришћења електронских порука за закључивање уговора. Као и *Могел закон*, и *Директива* предвиђа постојање одређених изузетака, односно оставља могућност земљама чланицама да одређене уговоре изузму из ових правила, и захтевају њихово закључење у традиционалном облику.

2. Web уговори

Када говоримо о *web* уговорима, најпре морамо да дефинишемо *web* страницу преко које се закључују *web* уговори.

Web страница представља документ у електронском облику који је за наручиоца израдио пружалац тог типа услуга (енгл. *provider*) и који је доступан наручиоцу уз коришћење посебног програма. Основно је да *web* страница јесте електронски запис који физички постоји на рачунару интернетског сервера, на тачно одређеном месту, а да се преко Интернета само долази до ње. Тај електронски запис може бити постављен на серверу тако да му приступ има само наручилац, или ограничени број наручиоца и корисника, или сваки корисник наведеног програма.⁶ Посетиоцу се на *web* страници може омогућити да изјавом воље која се врши кликом миша на одређено место, са власником *web* странице склопи уговор. Размотрићемо неке од карактеристика *web* уговора.

Прво, одлучујућа чињеница која раздваја *e-mail* уговоре од *web* уговора је та, што се *web* уговори третирају као формуларни, због начина њиховог закључивања, односно због постојања тачно утврђених услова којима се има само приступити или не приступити.⁷ Шта су то формуларни уговори? Формуларни уговори су такви уговори код којих једна страна унапред одређује елементе и услове уговора преко једне опште и сталне понуде, а друга страна само приступа тако учињеној понуди.⁸

Друго, оно што се код *web* уговора поставља као основно питање, и уједно и главни проблем, тиче се тога да ли се излагање робе на *web* страници има сматрати понудом или позивом на понуду.

Треће, код *web* уговора изјава воље се врши кликом миша.⁹ Из ове карактеристике извлачимо поделу на *click wrap* и *browse wrap* уговоре,

6 Слободан Ненадовић, *Основи комјутерској њрава*, Ваљево, 2011, стр. 117.

7 Tana Pistorius, „Click-Wrap and Web-Wrap Agreements“, *S. Afr. Mercantile L. J.*, бр. 575/2004, стр. 569–570.

8 Слободан Перовић, *Облигационо њраво – Књига I*, Београд, 1980, стр. 219.

9 Тин Матић, „Формуларни уговори у електроничком облику (склапање уговора кликом миша – електроничким очитовањем воље путем Интернета на *web* страни-

као типичне представнике *web* уговора.¹⁰ *Click-wrap*¹¹ уговори су такви уговори који се склапају на *web* страници електронским путем и у електронском облику, и њима понуђени у потпуности прихвата понуду, уз услов да је претходно прегледао¹² (што не значи да је заиста и прочитао) целокупан текст уговора.¹³ *Click-wrap* уговори представљају најбезбеднији механизам и основ за судску заштиту продавца, као што ћемо видети на примеру судског спора.¹⁴ С друге стране, *browse-wrap* уговори су такви уговори, код којих општи услови пословања не представљају саставни део уговора, већ се ту користи начин за приказивање општих услова пословања када путем хиперлинка корисник буде пребачен на други дијалог прозор или другу *web* страницу.¹⁵ У овом случају се пристаје на услове уговора на основу прегледа *web* странице без потребе изричите и директне изјаве о прихватању услова, осим самог прегледа *web* странице.¹⁶

Четвртио, код времена закључења уговора, различито се третирају *e-mail* и *web* уговори, о чему ћемо у посебном поглављу.

III Понуда и прихват понуде код интернет уговора

1. Понуда – општа правила

Да видимо како су уређена правна питања која се тичу понуде.

Закон о електронској трговини (даље у тексту: ЗЕТ),¹⁷ као посебан закон који уређује уговоре у електронском облику, само у једном

ци – *click wrap* и *browse wrap* уговори)¹⁸, *Зборник Правној факултету у Загребу*, бр. 58/2008, стр. 780.

10 Philippa Lawson, Cintia Rosa de Lima, „Browse-wrap Contracts and Unfair Terms: What the Supreme Court Missed in *Dell Computer Corporation v. Union des consommateurs et Dumoulin*“, *R. G. D.*, бр. 37/2007, стр. 451–454.

11 Zachary M. Harrison, „Just Click Here: Article 2B’s Failure to Guarantee Adequate Manifestation of Assent in Click-Wrap Contracts“, *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J.*, бр. 8, стр. 907–913.

12 Drew Block, „Caveat Surfer: Recent Developments in the Law Surrounding Browse-Wrap Agreements, and the Future of Consumer Interaction with Websites“, *Loy. Consumer L. Rev.*, бр. 14/2001–2002, стр. 229.

13 С. Ненадовић, *нав. дело*, стр. 125–127.

14 Susan Y. Chao, „Contract Law-Electronic Contract Formation-District Court for the Central District of California Holds That a Web-Wrap Site License Doesn’t Equate to an Enforceable Contract-Ticketmaster Corp. v. Ticket.com.“, *S. M. U. L. Rev.*, бр. 54/2001, стр. 439–446.

15 Drew Block, *нав. дело*, стр. 230.

16 Т. Матић, *нав. дело*, стр. 793.

17 Закон о електронској трговини (*Службени гласник РС*, бр. 41/09, даље у тексту: ЗЕТ).

ставу говори о понуди и прихвату понуде, и то у члану 9, став 2: „Понуда и прихватање понуде могу се давати електронским путем, односно у електронској форми“. С обзиром да нам ЗЕТ не даје одговоре на бројна питања која се тичу понуде, на понуду и прихват понуде код закључења интернет уговора сходно се примењују одредбе ЗОО.¹⁸ Члановима 32–44 ЗОО уређена су питања везана за понуду. Члан 32, став 1 ЗОО дефинише појам понуде: „Понуда је предлог за закључење уговора учињен одређеном лицу, који садржи све битне садржајке уговора иако да би се његовим прихватањем могао закључити уговор.“ Понуда представља једностранни акт лица (понудиоца) којом он обавештава друго лице о намери закључења уговора. У овом ставу уређена је понуда учињена одређеном лицу, за разлику од понуде учињене неодређеном броју лица, која се назива општа понуда и која је уређена чланом 33. ЗОО: „Предлог за закључење уговора учињен неодређеном броју лица, који садржи битне садржајке уговора чијем је закључењу намењен, важи као понуда, уколико дружице не произлази из околности случаја или обичаја.“ И управо ова синтагма „уколико дружице не произлази из околности случаја или обичаја“ у многим ситуацијама ствара забуну око тога да ли нешто треба третирати као понуду или као позив на понуду.

2. Општа понуда или позив на понуду?

Ово питање ствара недоумице само код *web* уговора. Један вид опште понуде представља излагање робе са назначењем цене. Члан 34 ЗОО гласи: „Излагање робе са назначењем цене смајтра се као понуда, уколико дружице не произлази из околности случаја или обичаја.“ У овом случају управо „уколико дружице не произлази из околности случаја или обичаја“ прави разлику између понуде и позива на понуду. Излагање робе има правно дејство опште понуде зато што је учињена неодређеном броју лица, а само излагање робе представља конклюдентну радњу којом се изражава постојање правно релевантне воље за закључење уговора. Излагање робе неће бити третирано као понуда ако није назначена цена, као што неће бити третирано као понуда уколико дружице произлази из околности случаја или обичаја. У том случају излагање робе биће третирано као позив на понуду. Значи, само у једном случају ће излагање робе бити третирано као општа понуда – уколико је назначена цена и уколико околности случаја или обичаји то дозвољавају. Шта се подразумева под излагањем робе? У најширем смислу излагање робе је акт понудиоца којим се он обраћа неодређеном броју лица са намером закључења уговора, дајући информације о роби и услугама које намерава да прода.

18 Закон о облигационим односима (Службени лист СФРЈ, бр. 29/78, даље у тексту: ЗОО).

Друга ситуација код које се може поставити питање да ли се ради о понуди или о позиву на понуду регулисана је чланом 35, став 1 ЗОО: „Слање каталога, ценовника, тарифа и других обавештења, као и описи учињени путем интернета, лењака, радија, телевизије или на који други начин, не представљају понуду за закључење уговора, него само позив да се учини понуда под објављеним условима.“

Зашто је толико значајна разлика између понуде и позива на понуду? Значај разлике је у томе какве последице настају у сваком од ових случајева. Уколико постоји понуда, до закључења уговора води само један корак, односно тај корак представља прихват понуде од стране понуђеног. Тим чином закључује се уговор и настају права и обавезе за уговорне стране. Престанак тих обавеза може се издејствовати само раскидом уговора. Када говоримо о раскиду уговора, до њега може доћи само сагласношћу воља обе стране. То се може изразити као, с једне стране, споразумни раскид уговора, где је очигледна потреба сагласности воља обе стране, или као, с друге стране, једнострано раскид уговора, уколико је то уговором или законом предвиђено, из чега опет видимо да је неопходна сагласност обе воље, односно, сам разлог раскида уговора већ је претходно предвиђен уговором, осим за случај када је разлог законом предвиђен.

С друге стране, код позива на понуду, имамо корак више до закључења уговора. Наиме, пошиљалац позива на понуду, позива другу страну да начини понуду. Када друга страна начини понуду, она постаје понудилац, а пошиљалац позива на понуду добија статус понуђеног. Пошиљалац позива на понуду не одговара као понудилац, јер нема статус понудиоца пошто учињена обавештења не представљају понуду, већ само позив на понуду. Али, пошиљалац таквих позива дужан је да прихвати понуду која је учињена под објављеним условима. Уколико без основаног разлога не прихвати понуду, одговараће за штету коју је понудилац због тога претрпео, што је уређено чланом 35, став 2 ЗОО.

И овде долазимо до ситуације да ли да се изложена роба на *web* страници подводи под члан 34 или члан 35 ЗОО?

Правећи паралелу са интернет уговорима, излагање робе може се посматрати као излагање робе на *web* страници, уз назначење цене, које метафорички може представљати излог *online* продавнице, наравно уз ограду која постоји и код класичног излагања робе (уколико другачије не произлази из околности случаја или обичаја). И по том схватању, требало би применити одредбу члана 34 ЗОО, којом би се то излагање третирало као понуда. Међутим, чини нам се ближим супротно схватање, које излагање робе на *web* страници третира као позив на понуду. Наиме, другачије посматрано, изложена роба и услуге на Интернету, одно-

сно на *web* страници одређеног лица, не представља обавезујућу понуду за закључење уговора, већ представља позив на понуду и одговара слању каталога у коме су доступне информације о роби и услугама, и ту се подводи под члан 35 ЗОО и има правно дејство позива на понуду. Пошто ЗОО у члану 35 изричито нормира да се огласи учињени путем штампе, летака, радија, телевизије или на који други начин, имају третирање као позив на понуду, а због могућности ширег тумачења дела одредбе „или на који други начин“, можемо закључити да тај други начин управо може бити путем Интернета, и обезбедити правни оквир за третирање излагања робе на *web* страници као позива на понуду. Правно се може говорити о понуди, тек када особа (Интернет корисник), која је приступила *web* страници преда одговарајућу изјаву воље (понуду) администратору *web* странице која излаже робу и услуге. Та изјава воље која представља понуду може бити изражена у форми испуњеног формулара на *web* страници или путем слања *e-mail*-а. Исто тако, понуда за закључење уговора о роби и услугама презентованим на *web* страници, може бити изјављена путем телефона, телефакса или класичном поштом.

Правну потпору ставу који је горе изнет, а тиче се третирања презентације робе и услуга на *web* страници као позива на понуду, а не понуде, налазимо у члану 14 Конвенције о међународној продаји робе,¹⁹ по којој би требало податке о цени и асортиману робе коју трговци наводе на својој *web* страници сматрати позивом на понуду, а не понудом. Из свега овога, можемо извести закључак да је оборива правна претпоставка (*praesumptio iuris tantum*) да се излагање робе и услуга на *web* страници третира као позив на понуду.

Али, како би се избегле могуће забуне око тога да ли презентација на *web* страници представља понуду или позив на понуду, саветује се лицу (било физичком, било правном) које излаже робу на *web* страници да одговарајућом формулацијом текста и корака који воде до закључења уговора, усмери тумачење на понуду, односно позив на понуду. Такве одговарајуће формулације би биле, рецимо, „*уговор се сматра закљученим тек кад потврдимо вашу понуду*“.²⁰

3. Прихват понуде

Прихватање понуде представља једнострану изјаву воље лица коме је понуда упућена, да безусловно пристаје на закључење уговора, под условима наведеним у понуди. Прихват понуде уређен је чланом

19 Конвенција о међународној продаји робе, 1980.

20 Маја Станивуковић, „Закључивање уговора путем електронских средстава комуникације“, *Правни живот*, бр. 11/04, стр. 354.

39, ставом 1 ЗОО, који гласи: „Понуда је прихваћена када понудилац прими изјаву понуђеног да прихвати понуду.“ Члан 39, став 2 ЗОО који гласи: „Понуда је прихваћена и кад понуђени пошаље ствар или илајти цену, као и кад учини неку другу радњу која се, на основу понуде, праксе утврђене између заинтересованих страна или обичаја, може сматрати као изјава о прихватању“ уређује могућност да се изјава воље којом се прихвата понуда учини и конклюдентним радњама. Предузимањем акта прихвата понуде настаје потребна сагласност између најмање две изјаве воље, односно настаје уговор. Последица настанка уговора, који представља склоп од два једнострана акта (пошто је понуда, односно прихват понуде једностран акт), јесте немогућност да се једностраном изјавом воље опозову правна дејства тако насталог уговора. Услови које прихват понуде треба да испуни да би довео до закључења уговора, исти су они услови које понуда треба да испуни да би за понудиоца била правно обавезујућа, само у супротном смеру, односно мора потицати од понуђеног и бити усмерена ка понудиоцу. У ситуацији када постоји општа понуда, која је усмерена неодређеном броју лица, управо прихват понуде чини да понуђени постане одређено лице.

IV Време закључења интернет уговора

1. Општа правила

Код понуде и прихвата понуде веома је важно правити разлику између понуде учињене између присутних и понуде учињене између одсутних лица. С тим у вези је и питање времена закључења уговора. Члан 40, став 1 ЗОО, који гласи: „Понуда учињена присућном лицу сматра се одбијеном ако није прихваћена без одлагања, изузев ако из околности произлази да понуђеном припада извесан рок за размишљање“ уређује када треба да буде учињен прихват понуде, ако је она учињена између присутних лица. Чланом 40, став 2 ЗОО, који гласи: „Понуда учињена телефоном, телејринџером или непосредном радио-везом сматра се као понуда присућном лицу“ одређује која се средства комуникације могу користити, да би се сматрало да је понуда учињена између присутних лица. Међутим, у овом набрајању, које је се може сматрати таксативним, и у том случају не оставља могућност ширег тумачења, није наведена електронска пошта (*e-mail*).

Према једном схватању, закључење интернет уговора може се сматрати као закључење уговора између присутних лица у погледу времена закључења, у случају да се коришћењем Интернета остварује директна и интерактивна комуникација између странака, физички одсутних лица, што се постиже видеоконференцијском везом, телефонском везом

оствареном преко интернета или тзв. *chat* порукама. У том случају, као и када је реч о непосредно присутним лицима, време закључења уговора биће тренутак када понуђени емитује изјаву о прихвату понуде, из простог разлога, што ће у истом тренутку то бити и пријем изјаве о прихвату понуде, пошто постоји директна комуникација између понуђача и понуђеног.²¹

Када је у питању закључење уговора између одсутних лица, наука облигационог права познаје теорију изјаве, теорију сазнања и теорију према којој је одлучна намера странака.²² Наше право прихвата теорију пријема, и то изричито у члану 39, став 1 ЗОО: „Понуда је *прихваћена* када *понуђилац* *прими* изјаву *понуђеној* да *прихвати* понуду.“

ЗЕТ питање времена закључења уговора електронским путем регулише чланом 15, став 1, који гласи: „*Уговор у електронској форми сматра се закљученим оној часа када понуђач прими електронску поруку која садржи изјаву понуђеној да прихвати понуду.*“ И ЗЕТ као и ЗОО, који је општи закон за регулисање свих уговорних односа, па и за закључење уговора у електронској форми, прихвата теорију пријема, иначе широко прихваћену међу страним националним законодавствима. Чланом 15, ставом 2 ЗЕТ, који гласи: „*Понуда и прихвати понуде, као и друге изјаве воље учињене електронским путем, сматрају се примљеним када им лице коме су упућене може прислушати,*“ иако се начелно, правно даје одговор на питање који је то тренутак када се сматра да је порука примљена, практично није од великог значаја.

2. Време закључења код *e-mail* уговора

Поставља се питање како третирати закључење уговора путем *e-mail*-а. С једне стране, електронска пошта омогућава брзо слање поруке подједнако као и телефакс, а с друге стране уколико се за рачунаром понуђеног у том тренутку не налази и сам понуђени та електронска пошта може остати непрочитана неодређено дуг временски период. Ставови о томе да ли такве уговоре треба сматрати уговорима закљученим између присутних или између одсутних лица, ни у оквиру правне теорије, а још мање у оквиру позитивноправних прописа, нису довољно искристалисани.

Према једном схватању, на уговоре закључене путем електронске поште треба примењивати правила о закључењу уговора између присутних лица, која су се раније примењивала и на комуникације преко телекса. Електронска пошта је подједнако брза као телефон, телекс или

21 С. Ненадовић, *нав. дело*, стр. 116.

22 С. Перовић, *нав. дело*, стр. 281–284.

телефакс, али разлика постоји у томе што прималац електронске поруке не добија обавезно (мада се може предвидети могућност добијања) сигнал о пријему поруке као што га добија прималац телекса, телефакса или телефонске СМС поруке.²³ Међутим, значај ове разлике умањује чињеница да се код свих ових набројаних средстава комуникације јавља могућност да прималац добије поруку у време када је одсутан, па се јавља временски размак између слања и пријема поруке. Управо изложено доводи у питање претпоставку о присутности уговорних страна. С обзиром на то да и електронска пошта, као и телефон или телефакс, даје могућност непосредније комуникације, чини се да има основа да би се могло прихватити мишљење да и на електронску пошту треба применити правила о закључивању уговора између присутних лица, уз ограду која се тиче околности случаја, односно времена слања или (не) могућности приступа примљеној електронској поруци.

Међутим, према другом схватању, које је прихваћено нпр. у Немачкој, и које нам се чини ближим и применљивијим, на уговоре закључене путем електронске поште треба примењивати правила о закључењу уговора између одсутних лица.²⁴ Правну потпору овом схватању можемо наћи у члану 40, став 2 ЗОО, који гласи: „*Понуда учињена телефоном, телеграфом или непосредном радио-везом сматра се као понуда присујном лицу,*“ и то само под условом, раније наведеном, да сматрамо да је у овом члану реч о таксативном набрајању. Пошто размена електронских порука не омогућава интерактивну комуникацију између пошиљаоца и адресата, време када је адресат заиста упознат са електронском поруком тешко је прецизно утврдити, па се користе одређене правне претпоставке које се тичу одређивања времена закључења уговора. Користећи се овим претпоставкама, прво *mailbox* изједначавамо са поштанским сандучетом, затим, ако говоримо о привредним субјектима, претпостављамо њихову обавезу да се пошта чита најмање једанпут дневно, за време радног времена, и добијамо обориву претпоставку да уколико је електронска порука послата у време радног времена, а због брзине слања (тренутно стицање до адресата), адресат ће истог дана бити упознат са електронском поруком. Међутим, ова правна претпоставка која решава дилеме које се односе на привредне субјекте, није применљива на појединца (потрошача), јер остаје neodговорено питање како (и колико је оправдано?) такву обавезу наметнути физичком лицу као потрошачу. За појединца (потрошача) би се ово правило могло тумачити тако да су могли приступити поруци онда када су то могли учинити у уобичајеним (нормалним) околностима, како је нпр. предвиђено у немачком праву.²⁵

23 М. Станивуковић, *нав. чланак*, стр. 357.

24 С. Ненадовић, *нав. дело*, стр. 133.

25 Д. Павић, *нав. рад*, стр. 8.

3. Време закључења код *web* уговора

Када говоримо о *web* уговорима, ту скоро да и не постоји дилема око тога да се закључивање *web* уговора има третирати као закључење уговора између одсутних лица. Већ смо рекли да ЗОО у члану 39, став 1, који гласи: „Понуда је *прихваћена* када *понуђилац* *прими изјаву понуђеној да прихвати понуду*“ прихвата теорију пријема, али још увек нам не даје потпун одговор на питање који је то тренутак пријема изјаве о прихвату понуде, уколико се уговор закључује између одсутних лица.

Када говоримо о *UNCITRAL*-овом *Модел закон о електронској трговини*, он садржи одредбе о претпостављеном времену слања и пријема поруке, али оставља могућност да уговорне стране одступе од тако предложених правила. Порука се сматра послатом у оном тренутку када ступи у информациони систем који није под контролом пошиљаоца, односно лица које шаље поруку у име пошиљаоца. Код тренутка пријема поруке, разликујемо две ситуације. *Прва*, када је прималац одредио информациони систем за потребе пријема поруке, тада се сматра да је порука примљена у тренутку када ступи у информациони систем који је прималац одредио. *Друга*, када прималац није одредио информациони систем за потребе пријема поруке, тада се сматра да је порука примљена у тренутку када ступи у било који информациони систем примаоца. *Модел закон* чланом 14 одређује да прималац треба да пошаље потврду о пријему електронске поруке ако пошиљалац то затражи у самој поруци или ако су се стране споразумеле да ће прималац потврдити пријем. Захтевана потврда, у зависности од правног дејства који производи, развија се у два правца: први, уколико је пошиљалац условио пуноважност поруке пријемом потврде, сматраће се да порука није ни послата, све док потврда не стигне пошиљаоцу, и друга, уколико пошиљалац није условио пуноважност поруке пријемом потврде, може обавестити примаоца да није добио потврду о пријему, и оставити му накнадни рок за слање потврде.²⁶ Уколико и након остављеног накнадног рока потврда не стигне пошиљаоцу, он има право да се понаша као да порука није ни послата, али о том свом ставу мора обавестити примаоца.²⁷

Директива о електронској трговини Европске уније као почетну идеју имала је регулисање момента закључења уговора електронским путем. Међутим, од те идеје се одустало, и моменат закључења уговора остављен је државама чланицама да га уреде у свом облигационом праву. Члан 11 *Директиве* односи се на слање поруџбине електронским

26 D. Streeter, „Into Contract’s Undiscovered Country: A defence of Browse-wrap Licenses“, *San Diego L. Rev.*, бр. 39/2002, стр. 1373.

27 М. Станивуковић, *нав. чланак*, стр. 358.

путем, и предвиђа обавезу даваоца услуга да пошаље кориснику услуга електронским путем и без одлагања потврду да је примио поруџбину. Али, ова обавеза не примењује се на уговор закључен искључиво употребом електронске поште или сличних начина личне комуникације. Захтевана потврда пријема служи заштити потрошача који мора бити сигуран да је прималац примио поруку, односно да је уговор закључен.

Одредба члана 14, став 1 ЗЕТ, гласи: „*Пружалац услуга дужан је да, без одлагања, електронским путем, посебном електронском поруком потврди пријем електронске поруке која садржи понуду или прихвати понуду за закључење уговора.*“ Међутим, када погледамо развој ове одредбе, која је преузета из *Директиве о електронској трговини*, а чији је почетни циљ управо и био да се на тај начин регулише тренутак закључења уговора, али се од тога одустало, видимо да ни она не решава у потпуности проблем, пошто повреда ове обавезе ни на који начин не утиче на настанак уговора. Она представља само доказно средство о пријему понуде, односно прихвата понуде. Следећим, ставом 2 овог члана ЗЕТ, који гласи: „*Уговорне стране, које нису потрошачи, у међусобним уговорним односима могу изричито уговорити одступање од одредбе става 1 овог члана*“ предвиђа се и могућност одступања, код уговорних страна које нису потрошачи, чиме се штите права потрошача, с обзиром да се не дозвољава одступање од ових одредби ако су уговорне стране потрошачи. Тако да, осим доказне функције, овај члан има и функцију заштите правне сигурности потрошача, који мора бити сигуран да је прималац примио поруку. Ова одредбе не примењују се на уговоре закључене путем електронске поште, односно других средстава личне комуникације остварене електронским путем.

V Закључак

На основу изложеног, види се да поједина правила нису модификована и усклађена потребама развоја ове нове врсте уговора. С тим у вези, у раду је покушано упоређивање схватања која постоје у теорији, како би се пронашло оптимално решење којим би се попуниле правне празнине које постоје у овој материји.

Интернет уговори неминовно су питање данашњице, а не више питање будућности како се могло говорити пре само неколико година. Предности интернет уговора и самог интернета, као што су могућност повезивања људи на веома удаљеним дестинацијама, а самим тим и закључивање уговора између лица која се налазе на различитим географским подручјима, и у различитим временским зонама, само је један од разлога зашто се мора радити на усклађивању правила како би била применљива на ове уговоре.

Оно што је неопходно јесте постизање што већег степена правне сигурности и јачање поверења између потенцијалних уговорних страна.

Циљ којем треба стремити јесте виши ниво правне свести о значају закључивања уговора електронским путем и успостављање правних оквира за коришћење истог.

Vera ŽIVKOVIĆ, M.A.

Junior Faculty Member at the Faculty of Law University of Belgrade

OFFER, REQUEST FOR OFFER AND TIME OF FORMATION OF INTERNET CONTRACTS

Summary

In the practice there is a tendency to solve a dilemma regarding these, so-called, new types of contracts – internet contracts. These are agreements which differ from common agreements in contractual law due to the specific surrounding in which they are stipulated. The aforesaid fact implies necessity of alteration of the existing rules. The key dilemma regards treatment of goods exposure on web pages either as an offer or as a request for offer. We hereby provide reasons for an understanding based on which the aforesaid matter should be solved by introduction of a simple assumption that this issue should be regarded as a request for offer. On the other hand, a question rises whether such offer is made between present or absent persons. We are endeavoring to explain why different treatments apply to two typical types of these contracts.

Key words: *internet contracts, offer, request for offer, offer between present persons, offer between absent persons.*

Адриана МИНОВИЋ

Марко МАТОВИЋ

ОДГОВОРНОСТ ПРУЖАОЦА УСЛУГА ИНФОРМАЦИОНОГ ДРУШТВА У ЕЛЕКТРОНСКОЈ ТРГОВИНИ НА НИВОУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Резиме

Аутори овог рада истичу да све већи и експанзивнији развој нових технологија и интернета утиче у великој мери на све сфере живота, а поготово на тржиште и начин одвијања међународних трансакција. Стога електронска трговина због својих значајних предности и присујачности почиње да заузима доминантно место у светским трансакцијама. Међутим, најважнији технолошки развој има и своје мане, а то је дефинитивно могућност праћења и регулисања нових решења на овом плану. Као једно од најзначајнијих питања у области електронске трговине аутори виде одговорност пружаоца услуга информационе друштва. Иако се на ово питање, наравно, примењују већ присујни правни принципи и правила у вези са одговорношћу, ипак треба имати у виду специфичност ове активности што захтева и посебан сет правила само за њу. Сигурно најзначајнији покушај регулисања електронске трговине на нивоу Европске уније представља Директива о електронској трговини 2000/31/ЕС која је посебну пажњу посветила баш правилима о одговорности пружаоца услуга информационе друштва кад наступају као посредници.

Директива предвиђа такозвани режим „сигурне луке“ који прописује да пружаоци услуга, кад врше чисте посредничке услуге, привремено складиштење података или трајно складиштење података, ако

исцрпљивају одређене услове прописане у члановима 12, 13 или 14 Директиве нису одговорни за садржај који преносе, нићи имају обавезу да контролишу садржај који преносе. Иако их ова правила ограничавају одговорности и накнаде штете, они су ипак дужни да оној пренутика кад стекну сазнање о нелегалном садржају или кад приме налој од стране надлежној тела, реајују скидањем или блокирањем садржаја или неким друим начином онемоућавања присутног садржаја. Начин на који се сајту ставља до знања присуство нелегалног садржаја варира од земље до земље и није јединствено уређен на нивоу ЕУ, али је дефинитивно један од механизма који се најчешће прејоручује процедура скидања сорној материјала након обавештења (енгл. Notice and Take and Down Procedures). Иако има доста критика ове процедуре, ипак она јосиавља значајан ниво извесности што је веома битно за предвидивост и сигурност јословања. Проблем који се јавља код ових мера забране је у вези са моућношћу да се претворе у мере обавезној мониторинга, ако се поред намењања обавезе скидања незаконитој материјала намегне и обавеза да и убудуће срече јојављивање тој материјала.

Аутори закључују да, поред тога што дефинитивно јосијоји неоходност ревизије Директиве и преиспитивање јосијојих решења у складу са новим развојем технологија, иакоје треба бити и одрезан приликом прописивања оваквих механизма који се тичу мера забране. Свакако ревизија је неоходна ради премошћивања неуједначене примене решења из Директиве.

Кључне речи: електронска трговина, одговорност, јужалац услуга информационој друштва, принцип сигурне луке, мере забране.

I Основи одговорности/врсте одговорности

Савремено доба у коме живимо нам непрестано доноси иновације и напретке у развоју цивилизације. Свакако једна од највећих окосница XXI века је свеопшта дигитализација, значај и присуство интернета као свакодневнице већине светске популације. Интернет је постао место на којем се проводи све више времена, помаже у долажењу до потребних информација, информише нас о актуелним дешавањима, преко интернета се послује и користе се разни забавни садржаји. Како је интернет свеприсутан у животу људи, неопходно је да постоје одређена правила преточена у закон која се односе на општу комуникацију на интернету, као и на податке и услуге које омогућавају пружаоци услуга информационог друштва.

Кад је реч о регулацији интернета, постоје становишта одређених група да је интернет универзални простор који припада свима, те да као такав, он не би требало да буде уопште регулисан законом, а поготово не законом на нивоу сваке државе засебно.¹ Међутим, сматра се да управо због домаћаја интернета, доступности и значаја у свакодневном животу људи јесте неопходно да исти буде законом регулисан како би се уредили односи субјеката који оперишу у оквиру њега и да би у случају злоупотребе и повреде права могло адекватно да се одговори.

Један од веома важних аспеката интернета и електронских комуникација се односи на појаву електронске трговине која је својом све учесталијом присутношћу и великим обимом, поставила питање њене све детаљније регулације. Питање пословања у виртуелном простору и његове размере, па самим тим и уређење на међународном нивоу све више се поставља.² Једно од најзначајнијих питања у светлу ове проблематике је питање одговорности пружаоца услуге информационог друштва (тј. електронског трговца) које је од изузетне важности за предвидивост пословања и пружање правне сигурности. Али, пре него што се пређе на специфичности овог режима одговорности у вези са електронском трговином, треба констатовати да се на њу подједнако примењују и општи правни принципи.

Правна теорија разликује више критеријума поделе од којих бисмо скренули пажњу на следећа два. Са становишта степена могуће одговорности пружаоца услуга информационог друштва разликујемо две врсте одговорности: 1) систем стриктне одговорности (енгл. *strict liability system*) који је и најригорознији кад је у питању одговорност пружаоца услуга информационог друштва и он лежи у наметању обавезе пружаоцу услуге информационог друштва да надгледа сав материјал постављен на интернету; 2) систем заснован на субјективној одговорности тј. кривици (енгл. *with fault liability system*) у оквиру којег је нагласак на намери да се повреди нечије право.³ Тако се у оквиру њега разликују два подсистема од којих један полази од знања пружаоца услуга информационог друштва за постојање материјала који доводи до директног кршења неког права, до ситуације у којој би пружалац услуга информационог друштва требало да претпостави да ће одређени материјал довести до кршења неког права.

1 Juan Carlos Riofrio Martinez-Villalba, *Principles of Liability of Internet Service Providers*, Ecuador, 2006, доступно на адреси: <http://www.internationallawoffice.com/newsletters/detail.aspx?g=2b4a44e5-0223-db11-8a10-00065bfd3168>.

2 *E-commerce Proposal Causes Liability Jitters*, 2012, доступно на адреси: <http://www.euractiv.com/infosociety/commerce-proposal-causes-liabili-news-510099>.

3 Pablo Baistrocchi, „Liability of Intermediary Service Providers in the EU Directive on Electronic Commerce“, *Santa Clara Computer & High Technology Law Journal*, Vol. 19, 1/2003, стр. 114.

С друге стране, одговорност можемо поделити и на основу следећег критеријума:⁴ 1) грађанска одговорност – примарна компонента да би постојала грађанска одговорност јесте постојање штете. У оквиру цивилне одговорности, кад је реч о електронској трговини, и кад је реч о споровима који се воде поводом исте, може се направити подела на уговорну одговорност и на деликтну одговорност; 2) управна одговорност – кад говоримо о управној одговорности, неопходно је истаћи да до управне одговорности долази услед кршења управних прописа или других чињеница.⁵ Код управне одговорности прави се разлика у односу на субјект који крши управни пропис, па се тако разликује кршење од стране физичких лица, правних лица, институција и других организација и са друге стране кршење управних прописа од стране државних органа; 3) кривична одговорност – главна карактеристика код кривичне одговорности се огледа у регулисању одговорности кад је реч о електронској трговини од случаја до случаја. Законодавац појединачно прописује одређено понашање као кривично дело и за њега прописује одређене казне. Тако нпр. у САД се сматра федералним злочином скидање, поседовање и примање заштићене информације у трговини без дозволе овлашћеног лица.⁶

Ово су само неке од подела које познаје правна доктрина код питања одговорности генерално, а које се подједнако примењују и на одговорност пружаоца услуга информационог друштва. Поред ових правила, електронска трговина познаје и себи својствена правила која само представљају додатни систем заштите у односу на већ постојеће механизме.

II Системи/приступу регулисању одговорности

Кад се говори уопштено о системима регулисања одговорности пружаоца услуга информационог друштва, издвајају се три значајна система: процедура скидања спорног материјала након обавештења (енгл. *Notice and Take and Down Procedures*, у даљем тексту: НТД), само-регулација и ко-регулација.⁷

НТД процедура се сматра једним од најефикаснијих метода заштите права од спорног материјала који се објављује или дистрибуи-

4 Zheng Qin, *Introduction to E-Commerce*, Beijing, 2009, стр. 195–201.

5 Z. Qin, *нав. дело*, стр. 199.

6 Katie Matison, *Liability for Breach of E-Commerce Security Standards*, Washington, 2001, стр. 5.

7 Студија ЕУ из 2007. године – *EU Study on the Liability of Internet Intermediaries*, даље у фуснотама: *EU Study from 2007*, European Commission's Information Society and Media Directorate – General, стр. 106–116.

ра на интернету. Такође, поменути метод је уједно и мета многих критика које почивају на становишту да та процедура угрожава слободу информисања. Процедура скидања спорног материјала је присутна у законодавствима земаља ЕУ, али је неопходно истаћи да није на исти начин и у истој мери кодификована. Она се огледа у скидању спорног материјала тек по пријему обавештења. НТД процедура је најпотпуније регулисана у финском законодавству где је читав поступак од обавештења пружаоца услуга информационог друштва о спорном садржају, па до скидања истог садржаја до детаља разрађен и кодификован.⁸ Поменута процедура је намењена заштити ауторских права искључиво. У мађарском законодавству је НТД процедура такође присутна, али само у сврху заштите права интелектуалне својине. Најшире постављена НТД процедура је у Литванији, где се поред заштите ауторских права, НТД примењује и у било којој ситуацији појаве материјала за који неко лице сматра да не треба да буде објављен или дистрибуиран.⁹

Систем само-регулације је присутан у скоро свим земљама ЕУ где пружаоци услуга информационог друштва самостално креирају методе контроле садржаја који се дистрибуира/складишти на интернету. Пример једног програма који је признат као ефикасан у тој сврси је програм који је лансирао *e-Bay*, тзв. *VeRo* програм. *VeRo* програм је у свим земљама у којима се појављује намењен заштити права интелектуалне својине.¹⁰ Белгија (енгл. *Belgacom*) је развила врло ефикасан систем заштите, где пружалац услуге информационог друштва неколико дана после примљеног обавештења шаље обавештење директно јавном тужиоцу који наставља даљу процедуру. У Великој Британији, такође, постоји само-регулација као метод заштите. Може се приметити да је доста институција у Великој Британији прихватило овај систем (енгл. *Direct Marketing Association, ICSTIS, The Internet Watch Foundation*), па су тако они самостално кодификовали одређене принципе по којима ће поступати у случају да дође до обавештења о спорном садржају који се налази на интернету.¹¹ Орган који је задужен да касније настави са испитивањем навода у обавештењу је омбудсман.

Поента ко-регулације лежи у сарадњи компанија, институција са државним органима по питању регулисања и процедуре у случајевима кад се укаже на неки недозвољени садржај на интернету. Пример успешне сарадње на том пољу је протокол о сарадњи који су потписали

8 *EU Study from 2007*, стр. 106.

9 *EU Study from 2007*, стр. 108–109.

10 Доступно на адреси: <http://pages.ebay.com/help/community/vero-aboutme.html>.

11 *EU Study from 2007*, стр. 113.

белгијска *Internet Service Provider Association*, Министарство правде и Министарство телекомуникација, који предвиђа периодично информисање о недозвољеном садржају и то тако што ће се подаци о томе складиштити у *Federal Crime Computer Unit*, после чега ће се разматрати даље прослеђивање јавном тужиоцу.¹²

III Правила о одговорности у Директиви о електронској трговини

Најзначајнији покушај да се питање одговорности пружаоца услуге информационог друштва регулише на међународном нивоу је Директива о електронској трговини која је првенствено донета у циљу стварања правног оквира који ће омогућити слободно кретање услуга информационог друштва између земаља чланица.¹³ Директива треба да поспеши развијање услуга информационог друштва, обезбеди правну сигурност кроз координацију националних правних режима и појасни правне аспекте електронске трговине како би се обезбедило правилно функционисање унутрашњег тржишта ЕУ. Посебно, код регулисања питања одговорности пружаоца услуга информационог друштва Директива тежи да поспеши развој међународног пословања и да отклони дисторзије у конкуренцији кроз хармонизацију националних одредби у вези са одговорношћу пружаоца услуга информационог друштва у улози посредника.¹⁴

Питање одговорности пружаоца услуге информационог друштва у улози посредника је од нарочите важности имајући у виду да због природе услуге коју обављају они имају врло мало сазнања о томе које информације преносе или чувају, и због тога, регулисање њиховог односа и односа субјеката који постављају информације, које они даље преносе, може бити веома проблематично код питања одговорности за недопуштен материјал. Стога, иако питања одговорности пружаоца услуге информационог друштва, у вези са недопуштеним материјалом, потичу од њихових корисника, сами пружаоци услуга су много атрактивнији за наметање одговорности због тога што их је лакше лоцирати и због финансијске јачине која је погодна за намирење.¹⁵ Управо због тих раз-

12 *EU Study from 2007*, стр. 114.

13 *Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market („Directive on electronic commerce“)*.

14 P. Baistrocchi, *нав. дело*, стр. 122.

15 Студија ЕУ из 2009. године – *EU study on the Legal analysis of a Single Market for the Information Society – Liability of online intermediaries*, даље у тексту: *EU Study from*

лога Директива препознаје специфичну улогу пружаоца услуга информационог друштва када наступају као посредници и, стога, тежи да регулише то питање изједначавајући њихове обавезе у свим земљама чланцима.

1. Дефинисање пружаоца услуге информационог друштва, *safe harbor* принцип и основи за изузеће од одговорности

Директива уводи посебан сет правила одговорности које се односе на пружаоце услуга информационог друштва, али само кад наступају као посредници пружајући одређене врсте услуга које су дефинисане у члановима 12, 13 и 14 Директиве о електронској трговини. Принцип садржан у овим члановима се назива у доктрини режим „сигурне луке“ (енгл. *safe haven, safe harbor*) који омогућава да, док год су испуњени услови из поменутих чланова, пружалац услуге информационог друштва не може бити одговоран за незаконит садржај.¹⁶ Пре свега, потребно је обратити пажњу на саму дефиницију услуга информационог друштва, јер се у складу са њима дефинише и сам пружалац поменутих услуга.

Директива их дефинише као услуге које се „регуларно пружају на основу накаде, на даљину, електронским средствима на индивидуалан захтев примаоца услуге“,¹⁷ у чему се виде два битна елемента, а то је накнада и да је пружена електронским средствима.¹⁸ Поред испуњавања овог основног услова, да би могли да буду заштићени овим принципом, пружаоци услуга информационог друштва морају да, или врше чист аутоматски посреднички пренос података (енгл. *mere conduit*), или привремено складиштење (енгл. *caching*) или трајно складиштење (енгл. *hosting*), под тачно одређеним условима које ћемо у наредном делу детаљно образложити.¹⁹ Оно што треба приметити је да Директива уводи хоризонтални режим одговорности који значи да се он примењује на три тачно одређене врсте услуга, независно од врсте одговорности за коју се терете (тј. небитно је да ли је у питању кршење права интелектуалне својине, клевета, итд.).²⁰

2009, European Commission's Information Society and Media Directorate – General, стр. 3.

16 *EU Study from 2009*, стр. 7.

17 *Directive 2000/31/EC*, рецитал 17.

18 *EU Study from 2009*, стр. 11.

19 P. Baistrocchi, *нав. дело*, стр. 118.

20 *EU Study from 2009*, стр. 9; Trevor Cook, „Online Intermediary Liability in the European Union“, *Journal of Intellectual Property Rights*, N. 17/2012, стр. 158.

а) Чист аутоматски посреднички пренос података (енгл. *mere conduit*)

Чист аутоматски пренос података постоји онда када се ради или о пружању услуге приступа мрежи или пружању услуге преноса података. У складу с тим пружалац услуга који преноси електронске податке које му је предао корисник услуге, није одговоран за садржај послатих података и њихово упућивање ако није: иницирао пренос, извршио одабир података, изменио податке и одабрао примаоца преноса. Ово укључује и аутоматско, посредничко и привремено складиштење пренетих података, али они морају бити складиштени само у периоду који је неопходан за њихов пренос.²¹ Овде је заправо реч о традиционалним провајдерима који пружају приступ интернету преко *dial up* модема, кабла, фиксних линија, итд. и провајдерима који врше интерконекију и оно што им је заједничко је то да преносе огромну количину података на захтев својих корисника. Стога, у светлу њиховог изузећа од одговорности веома је важно да су пасивно укључени у пренос података.²²

б) Привремено складиштење (енгл. *caching*)

Привремено складиштење података се односи на привремено и аутоматско складиштење у сврху омогућавања даљег преношења података на најефикаснији начин. Овде се најчешће говори о такозваним прокси серверима (енгл. *proxy server*) који чувају копије информација о посећеним веб сајтовима од стране њихових корисника. Кад се један сајт посећује изнова и изнова прокси сервер омогућава испоруку локално сачуване копије сајта, што омогућава да се избегне ситуација да оригинални веб сервер мора бити контактиран поново, и тиме се смањује загушење интернет саобраћаја и убрзава процес испоруке информације. Да би овакав пружалац услуга био изузет од одговорности, мора да испуни одређене услове. Мора се радити о аутоматском, посредничком и привременом складиштењу које служи само за ефикаснији пренос података тражених од стране других корисника услуга, ако пружалац услуге: не мења податке, уважава услове за приступ подацима, поступа у складу са правилима за ажурирање података, делује у складу са дозвољеном применом технологија за прикупљање података и ако укљони или онемогући приступ подацима које је чувао одмах након сазнања да су подаци укљонени из првобитног преноса посредством мреже или је онемогућен приступ до њих, као и када је суд, односно други надлежни орган наредио њихово уклањање или онемогућавање приступа (чл.

21 *Directive 2000/31/EC*, чл. 12.

22 *EU Study from 2009*, стр. 7.

13 Директиве). Као што можемо приметити, за разлику од претходног услова који се сводио на чисто објективне елементе за оцену изузећа од одговорности, овде имамо и субјективни елемент који се односи на сазнање у вези са незаконитим подацима и применом дужне пажње у том погледу.²³

Кад је у питању судска пракса, привремено складиштење података није изазивало много недоумица до сада. Један од интересантнијих случајева се односио на кршење права интелектуалне својине кроз *Google*-ово објављивање чланака, а који су објављени од стране трећих лица (новинских кућа), и који су били копирани захваљујући тужениковом кеш систему и тиме били доступни *Google*-овим корисницима. Централни проблем је овде био потенцијално кршење права интелектуалне својине од стране туженог, кроз копирање садржаја трећих лица. Белгијски суд је у овом случају одбио да примени изузетке од одговорности на *Google*.²⁴

в) Трајно складиштење (енгл. *hosting*)

Кад је у питању овај услов, реч је о чувању тачно одабраних података и њиховом постављању од стране корисника услуге, који су намењени да буду чувани у неодређеном временском периоду. Типичан пример је веб хостинг компанија која пружа простор на интернету својим корисницима који желе да поставе веб сајт. Стога су услови за њихово изузеће од одговорности да само складиште податке пружене од стране корисника услуге на захтев корисника услуга и то под условом да не знају за недопуштено деловање корисника услуга или за садржај податка, као ни за чињенице или околности на основу којих би недопуштена активност корисника била очигледна и ако благовремено закон сазнања да се ради о недопуштеном деловању или податку уклоне или онемогуће приступ том податку. Ове одредбе се неће примењивати на случајеве у којима је корисник услуга лице које је на било који начин зависно од пружаоца услуга (чл. 14 Директиве). Овде треба напоменути да постоје два различита степена свести у зависности од захтева који се могу упутити против пружаоца услуга (у даљем тексту: хостинг провајдер): први се односи на то да није свестан чињеница и околности које се тичу недопуштеног податка или деловања и то ако се ради о грађанскоправним захтевима за накнаду штете и други, који се односи на стварно сазнање о недопуштеном деловању / податку кад је реч о свим осталим захтевима.

23 Р. Baistrocchi, *нав. дело*, стр. 118.

24 *Copie Press v. Google*, Tribunal de Premiere instance de Bruxelles, 13.2.2007.

У пракси судова земаља чланица се досад показало да највише нејасноћа изазива баш овај члан и одређивање пружаоца услуга као хостинг провајдера што је доста тешко имајући у виду развој нових технологија. Иако није неуобичајено да судови различито одлучују у сличним стварима, одлуке судова које су биле у вези са *eBay* су нарочито интересантне, јер су имале везе са питањем да ли је тужени уствари хостинг провајдер, али су судови у својим одлукама користили различите приступе приликом тумачења овог питања. Стога је трговински суд у Паризу у три одвојена случаја против *eBay* заузео исти став и одбио да примени правила о изузећу за трајно складиштење података на туженог наводећи да се аукцијска услуга *eBay* не састоји само од услуга које се односе на трајно складиштења података и да то није најбитнија услуга коју нуди тужени и да се стога не може на њега применити режим за хостинг провајдере.²⁵ Међутим, други француски суд је ова правила применио на туженог само у одређеном делу и то на услуге које су повезане са аукцијским услугама, сматрајући да његову комерцијалну активност треба поделити у више активности и да се режим изузећа може применити само на оне активности које испуњавају услове за то.²⁶ На крају, Белгијски суд је одбио да примени ова правила о изузећу на *eBay*.²⁷ Међутим, у Великој Британији разлика се прави на основу тога да ли пружалац услуга само олакшава нелегалне активности треће стране или их и одобрава,²⁸ а у Грчкој је довољно да је само нека активност за складиштење података присутна како би се неко оквалификовао као хостинг провајдер.²⁹

Као што се може видети, иако се приступ у земљама чланицама разликује те је, стога, немогуће наћи јединствену дефиницију за овај принцип која би се једнако примењивала у свим случајевима, ипак треба приметити да у свим овим случајевима Директива захтева да се ради о пасивној посредничкој улози како би пружалац услуге информационог друштва могао имати користи од ових принципа ограничења одговорности. Али, тај степен пасивности варира у зависности од врсте услуге коју пружа и мора се ценити у сваком случају посебно. Тако, код пуког посредничког преношења садржаног у члану 12 Директиве захтева се највећи степен пасивности и пружаоци услуге не смеју имати

25 *Louis Vuitton Malletier / Christian Dior Couture and Parfums Christian Dior, Kenzo, Givenchy et Guerlain v eBay*, Commercial Court of Paris, First Chamber, 30.6.2008.

26 *Hermès International v. eBay*, T.G.I. Troyes, 4.6.2008.

27 *Border Mesures, Brussels Commercial Court agrees with NYSD Court about eBay*, доступно на адреси: <http://www.bordermeasures.com/spip.php?article144>.

28 *Bunt v. Tilley*, [2006] EWHC 407 (QB).

29 Greek case No 44/2008 of Rodopi Court of First Instance, published in Armenopoulos 2009/3, стр. 406.

никакву активну улогу. За разлику од њих, провајдери који привремено складиште податке могу имати активнију улогу, јер им се дозвољава да одаберу податке или примаоце услуге. А најмањи ниво пасивности имају хостинг провајдери којима се дозвољава да селектују, измене податке које чувају, као и да одаберу примаоца података.³⁰

2. Непостојање генералне обавезе мониторинга

Као што се може закључити из претходно објашњених изузећа од одговорности, пружаоци услуга информационог друштва неће се сматрати одговорним за недопуштен податак ако испуњавају услове из чланова 12, 13 или 14. У складу са тим произлази и општи принцип садржан у члану 15 Директиве,³¹ да пружаоци услуга информационог друштва који пружају претходно објашњене врсте услуга немају обавезу да врше мониторинг података које преносе или чувају, нити да активно траже чињенице или околности које би указале на неки незаконит податак или материјал. Међутим, они су свакако дужни да скину недопуштен податак онда кад у складу са претходно објашњеним члановима стекну сазнање о њему или када им то нареди суд или надлежни орган.³²

Иако су пружаоци услуга информационог друштва који пружају претходно објашњену врсту услуга генерално изузети од одговорности и немају обавезу да врше мониторинг података које преносе или чувају, то не значи да им се не може наложити да скину спорни садржај и прекину или предупреду радње које воде кршењу права трећих. У складу с тим, иако у тим ситуацијама не може да им се тражи накнада штете, јер нема основа за одговорност, свакако им се може наложити да независно од њихове одговорности прекину штетне радње.³³ Оно што се овде првенствено поставља као питање је, када се пружалац услуга информационог друштва сматра свесним незаконитих радњи и како и у којој форми, тј. на који начин, му се може тражити да скине одређени незаконит материјал.

а) Неопходни ниво свесности/знања о недопуштеном подацима/радњи

Без обзира на изузеће од одговорности, пружалац трајног или привременог складиштења података мора скинути или блокирати не-

30 *EU Study from 2009*, стр. 8.

31 *Directive 2000/31/EC*, чл. 15.

32 *EU Study from 2009*, стр. 9.

33 *EU Study from 2009*, стр. 9.

легалан садржај онда кад сазна за недопуштено деловање корисника услуга или за садржај податка, као и кад је свестан чињеница или околности на основу којих би недопуштена активност корисника била очигледна или када добије налог суда или другог надлежног органа да поступи тако. Наизглед најједноставнија је ситуација кад је процедура обавештења прописана националним законима и када пружалац услуга добије налог од надлежног органа, јер онда зна шта тачно треба да уради и има правно ваљан основ за то. Међутим, проблем се овде јавља са тумачењем стандарда кад неко има сазнање о незаконитом материјалу или чињеницама које чине тај материјал/активност очигледно незаконитим, а у ситуацијама кад процедура није прописана и кад није јасно по чијем обавештењу је пружалац услуге дужан да реагује и да ли по сваком обавештењу мора да реагује. У тој ситуацији се пружалац услуга ставља у незавидну улогу неког ко треба слободно да процени незаконитост одређеног материјала или радње и да ли ће и по чијем обавештењу реаговати.³⁴ Посебно је проблематично што сама директива не прецизира ове услове, него оставља земљама чланицама да пропишу детаљније услове, и као резултат тога постоје различити приступи у различитим земљама чланицама у вези са истим питањем.

Кад је у питању одређивање нивоа знања о незаконитим подацима/радњама, различите земље су заузеле различите ставове приликом тумачења. Немачки судови, на пример, траже ниво знања који одговара знању човека, а не вештачке интелигенције, тј. компјутера. Такође, ни евентуални умишљај, ни нехат нису довољни да се оквалификују као сазнање. Термин „сазнање“ се може односити само на сазнање о тачно одређеном садржају, јер је то неопходно да би се он могао и скинути. Стога, у складу са немачком праксом пружаоци услуга су одговорни само ако поступају у складу са грубом непажњом.³⁵ С друге стране, опште је прихваћен став да, кад је реч о очигледно незаконитом материјалу или активностима, ту се сматра да постоји сазнање о незаконитости радње / материјала. Аустријски судови су ту ситуацију окарактерисали на начин на који би и једном лаику, без икакве посебне истраге, било јасно да се ради о недозвољеном материјалу. Конкретан пример је био везан за неауторизовано регистровање домена истоветног називу најпознатије политичке партије у Аустрији.³⁶ Такође, Апелациони суд у Паризу је нашао да је ширење расистичког, антисемитистичког садржаја, као и текстова о ратним злочинима и педофилији представљало евидентно нелегално садржај.³⁷ Иако овај критеријум, наизглед, делује да је много

34 *EU Study from 2009*, стр. 17.

35 *EU Study from 2007*, стр. 37.

36 AU12. – OGH, 13/9/200, 4Ob 194/05s.

37 *EU Study from 2007*, стр. 39.

лакши, ипак треба имати у виду да питање очигледних незаконитости и није тако лако разграничити у свим ситуацијама (типа клевета).

На крају, као битно питање поставља се и проблем обавештења. Да ли пружалац услуга мора да реагује по сваком обавештењу и ако не, по чијем мора? Какво обавештење треба да буде и да ли мора да садржи одређене елементе?

б) Обавештење о недопуштеном податку/деловању и НТД процедура

У погледу самог обавештења веома се разликују критеријуми и приступи од земље до земље. Неке земље детаљно регулишу ово питање док друге немају никакву посебну регулацију у овом погледу и прихватају било какво обавештење. Приступ решавању овог проблема се генерално искристалисао у три правца у земљама чланицама.

Једна група земаља чланица нема формалне услове за процедуру обавештења о недопуштеном податку/деловању, него се ослања на различите критеријуме које је већ развила њихова судска пракса или доктрина. У Холандији, на пример, суд је заузео став да (на основу парламентарних преписки које се тичу концепта стварног сазнања) просто обавештење није довољно да би пружалац услуге реаговао, док је судски налог сасвим довољан основ. С друге стране, у Немачкој, кад је у питању кршење права интелектуалне својине ако обавештење нема све податке неће се реаговати по њему.³⁸

Друга група земаља, иако није установила посебне формалне услове за ову процедуру ипак има одређене прописане критеријуме који се морају испунити кад је у питању обавештење. У Португалији пружалац услуга није дужан да скине садржај само зато што се трећа страна жали на кршење права. У Великој Британији суд узима у обзир све релевантне околности, а посебно да ли је обавештење примљено на одређен начин, да ли има све неопходне податке (име и контакт податке пошиљаоца, детаље о локацији спорног садржаја и објашњење незаконите природе садржаја), итд.³⁹

На крају, трећа група земаља је у својим законима увела детаљно прописану НТД процедуру. Такав је случај у Шпанији где пружалац услуге реагује кад надлежно тело – суд или управни орган – наложе скидање или блокирање незаконитог материјала, прогласи тај материјал незаконитим или кад је већ констатовано да је штета настала. Мана овог приступа је што не мора да реагује по притужби странке којој је

38 *EU Study from 2009*, стр. 19.

39 *EU Study from 2009*, стр. 19.

право угрожено. Слично је и у Италији где се тражи да надлежне власти пошаљу обавештење. Финска је детаљно прописала ову процедуру, али само у погледу повреда ауторских права.⁴⁰ Она има три различита режима за различите врсте одговорности: пружалац услуга мора скинути или блокирати материјал кад обавештење добије од стране суда без обзира на врсту права која се крше; код кршења ауторских права примењује се процедура НТД; и на крају, за кривична дела довољно је било какво друго обавештавање, тј. имање сазнања.⁴¹

3. Мере забране (енгл. *injunction*)

Као што је већ напоменуто, принципи ограничења одговорности не утичу на то да се од пружаоца услуге може тражити да прекине или предупреди незаконите радње, а посебно да скине или блокира недопуштене активности/податке, без обзира на чињеницу да није одговоран за исте. Ко ће издати ову наредбу (суд или други државни орган) и на основу чега, зависи од земље до земље. У Аустрији, Француској и Италији су усвојене посебне одредбе које се односе на издавање оваквих забрана против пружаоца услуга, док с друге стране у већини земаља чланица црпи ову могућност из основних правила грађанског процесног права. Такође, и врста ових мера може бити различита: блокирање приступа одређеном сајту, блокирање конкретне адресе интернет протокола (енгл. *IP addresses*), филтрирање, откривање података о починиоцу незаконите радње итд.⁴² У вези са тим, Литванија, на пример, захтева од хостинг провајдера само да онемогуће приступ недопуштеном податку, али не и да уклони тај садржај. С друге стране, у Словачкој постоји само обавеза да се уклони незаконит податак, а не да се онемогући приступ. Док је у Шведској заступљена једна генералнија формулација која се односи на спречавање даљег ширења незаконитог материјала без улажења у сам начин остваривања.⁴³

Проблем код мера забране није у томе што оне налажу прекидање штетне радње, тј. скидање или блокирање садржаја, него у томе што се таква мера врло лако може претворити у обавезу мониторинга, јер налаже да се предупреди и будуће штетне радње такве врсте. Ако би се говорило о мери која има баш такав карактер, онда би се то директно косило са принципом да пружаоци услуга информационог друштва (који испуњавају услове из чланова 12, 13 или 14 Директиве) немају

40 *EU Study from 2009*, стр. 19.

41 *EU Study from 2007*, стр. 40.

42 *EU Study from 2009*, стр. 21–22.

43 *EU Study from 2007*, стр. 35.

обавезу да врше мониторинг у складу са чланом 15 Директиве. У вези са тим, судска пракса земаља чланица је јако подељена те у Немачкој, на пример, Федерални суд је установио да пружалац услуге не само да треба да уклони незаконит материјал, него да и предузме све могуће и разумне мере да спречи даље такве повреде.⁴⁴ У једном аустријском случају наметнута је мера забране једном хостинг провајдеру интернет форума због клевете. Хостинг провајдер не само да је морао да скине материјал у вези са том клеветом, него и да пази да се у будућности не понови та клевета, јер аутор клевете је анониман, а очекивало се да ће их бити још, јер је сам садржај клевете позивао на њено даље ширење. Суд је нашао да је за ово праћење специфичне информације потребно мање труда него за генерални мониторинг.⁴⁵ С друге стране, британски суд је у једном случају везаном за клевету нашао да би оваква мера забране против провајдера који привремено складиште податке била непропорционална.⁴⁶

Кад је у питању пракса Суда правде ЕУ у случају *L'oreal SA v eBay* суд је нашао да на основу Директиве 2004/48⁴⁷ земље чланице не само да морају обезбедити да се не крше права интелектуалне својине, него да се путем мере забране нареди пружаоцу услуге да предузме мере у циљу прекидања кршења и спречавања даљег кршења права интелектуалне својине.⁴⁸ С друге стране, у другом случају *Scarlet v SABAM* исти суд је рекао да, иако национални судови могу изрећи меру забране, не могу да наметну пружаоцу услуге меру забране која би захтевала да инсталира, на недискриминаторној бази према свим својим корисницима, и на свој трошак, на неодређено време, систем филтрирања за целокупну комуникацију која пролази кроз његов систем.⁴⁹

Проблем са оваквим врстама мера забране је њихова неизвесност, која доводи до могућности наметања обавезе мониторинга. Иако пружалац услуге није одговоран, и стога се против њега не могу уперити захтеви за накнаду штете, изрицање овакве мере забране која се у ствари своди на мониторинг, доводи суштински до истих резултата, као и да

44 *RapidShare Cases: Oberlandesgericht, Hamburg*, 2. July 2008; District Court of Düsseldorf, 23. January 2008; Regional Court of Hamburg, 12.6.2009.

45 *Online-Gatebuch*, AU5 – OGH, 21/12/2006, 6 Ob 178/04a.

46 *Bunt v. Tilley & Others*, UK1 – Queen's Bench Division, 10/03/2006, [2006] EWCH 407 (QB); [2006] ALL ER 336; [2006] EMLR 523.

47 *Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the Enforcement of Intellectual Property Rights*.

48 *L'oreal SA v eBay*, Case C-324/09, (CJEU, 12 July 2011).

49 *Scarlet v SABAM*, Case C-360/10, (CJEU 24 November 2011); T. Cook, *нав. дело*, стр. 159.

је уперен захтев за накнаду штете, имајући у виду трошкове које може изазвати овакав мониторинг. Стога треба бити веома опрезан приликом одређивања ове обавезе и неопходно је бити добро упознат не само са чињеницама сваког случаја посебно, него и са самом инфраструктуром пружаоца услуге и могућих техничко-технолошких решења.

IV Закон о електронској трговини Републике Србије

Кад је реч о Закону о електронској трговини Републике Србије, он скоро у потпуности транспонује решења из Директиве.⁵⁰ У вези са одговорношћу пружаоца услуге информационог друштва закон дословно прати решења Директиве. Међутим, иако је смисао Директиве до-словце преузет, оно што би се могло унапредити је сама терминологија, као на пример у одредбама о искључењу одговорности где уместо термина „електронска порука“ треба користити термин „податак“, јер је шири од тренутно прописаног у закону и у складу са Директивом.⁵¹ Кад се говори о трајном складиштењу порука, ту је потребно додати и део који се односи на сазнање о чињеницама или околностима на основу којих би недопуштена активност корисника била очигледна.⁵² Такође, потребно је прецизирати одредбе о обавештавању у складу са већ поменутом НТД процедуром. Што се тиче мера забране, оне се не прописују посебно у овом закону, него се примењују општа правила грађанског процесног права. На крају треба поменути да, за разлику од Директиве, Закон уређује и питање линкова и то по узору на режим за трајно складиштење података.⁵³ Све у свему, Закон је у претежној мери усклађен са Директивом и у његовим следећим изменама би само требало ускладити терминологију, прецизирати и прописати у овом закону неке већ постојеће механизме.

VI Закључак

Иако Директива представља најзначајнији покушај регулације овог питања на нивоу ЕУ до сада, ипак су многа питања остала нерешена и нерегулисана. Прво од тих питања је то што сем чистих посредника, пружаоца услуга привременог складиштења и хостинг провајдера (у

50 Закон о електронској трговини (*Службени гласник РС*, бр. 41/2009; даље у фуснотама: ЗЕТ).

51 ЗЕТ, чл. 16.

52 ЗЕТ, чл. 18.

53 ЗЕТ, чл. 19.

члановима 12, 13 и 14) Директива не регулише друге подједнако значајне посреднике као што су претраживачи и хиперлинкови / линкови. Неке земље су по угледу на правила прописана за посреднике у Директиви уредиле и ово питање, али свакако остаје чињеница да се Директива не бави овим питањем. Такође, питање се поставља и са дефинисањем пружаоца услуге информационог друштва који захтева елемент накнаде, имајући у виду да је већина данашњих услуга која се пружа на интернету бесплатна, јер се профит не остварује директном накнадом, него углавном кроз закуп рекламног простора или се циља на популарност сајта или неке компаније послују само због стварања *goodwill*-а. Такође, имајући у виду технолошки напредак поставља се и питање прецизности дефинисања улоге посредника у члановима 12, 13 и 14. Приметно је у том погледу да, у поређењу са системом у САД-у, на једној страни (у САД) имамо презаштићене пружаоце услуга информационог друштва док у ЕУ Директива махом штити „традиционалне“ пружаоце услуга информационог друштва (нпр. *caching* и *web hosting*), док су пружаоци услуга нових пословних модела (нпр. Веб 2.0 модели) мање заштићени, него у САД.⁵⁴

Једно од најважнијих питања које се јавило у вези са ревизијом Директиве јесте препозната потреба да се регулише НТД процедура. Оваква потреба је неопходна у циљу обезбеђивања правне сигурности, јер одсуство ове процедуре приморава пружаоце услуга да врше цензуру како би избегли одговорност, такође омогућава појаву злонамерних обавештења како би се онемогућила конкуренција и на крају прети угрожавању и слободи говора. За разлику од Директиве, амерички *Digital Millenium Copyright Act 2000* детаљно регулише НТД процедуру, и не само то, него и прописује одговорност особа које пошаљу лажно обавештење и такође, прописује и могућност враћања материјала који није требало да буде скинут.⁵⁵ Баш због пропуста Директиве да регулише ово питање, велики је раскорак и разлика међу законодавствима земаља ЕУ која су често врло различита и неуједначена. Примећено је у ранијем излагању да се нпр. НТД процедура другачије уређује од земље до земље, али што је још значајније и горе за цело стање је што се помнута процедура користи у различите сврхе. Управо је огромна дискрепанца у регулативи земаља ЕУ разлог неефикасности и неусклађености кад је реч о електронској трговини и одговорности пружаоца услуга информационог друштва.

Због свих ових разлога ЕУ је и покренула иницијативу за измену Директиве и завршила јавне консултације у вези са Директивом још

54 *EU Study from 2009*, стр. 11–34.

55 Р. Baistrocchi, *нав. дело*, стр. 130.

2010. године.⁵⁶ Решавање ових питања кроз измену Директиве би била неопходно како би се омогућила несметана електронска трговина и повећао обим њене размене.

Adriana MINOVIĆ

Marko MATOVIĆ

LIABILITY OF INFORMATION SERVICE PROVIDERS IN E-COMMERCE AT THE EUROPEAN UNION LEVEL

Summary

The authors of this article state that expansive and huge development of new technologies and the Internet affects all spheres of life in significant manner, especially the way in which markets and international transactions are conducted. Therefore, e-commerce due to its significant benefits and affordability begins to occupy a dominant position in the global transactions. However, the fast growing development of technology has its flaws such is a possibility of monitoring and regulating new solutions in this area. As one of the most important issues in the field of electronic commerce the authors see the question of liability of information service providers. Although this question is already regulated with existing legal principles and rules relating to liability, it should be borne in mind the specificity of this activity, which requires a special set of rules for it. Certainly the most significant attempt to regulate electronic commerce on the EU level is the Directive 2000/31/EC on electronic commerce which devoted special attention to the rules of liability of information service providers when they are acting as intermediaries.

Directive stipulates a so-called regime of “safe harbor” which requires that service providers when they are doing a mere conduct of intermediary services or acting as cashing or hosting, if they meet certain requirements set out in Articles 12, 13 and 14 of the Directive are not responsible for the content they carry, nor do they have an obligation to control the content that they transmit.

56 Public consultation on the future of electronic commerce in the internal market and the implementation of the Directive on electronic commerce (2000/31/EC), доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2010/e-commerce_en.htm; JF Bretonniere, *Liability for internet host providers in the European Union: time for a reform?*, France, 2011, стр. 31, доступно на адреси: <http://www.iam-magazine.com/issues/Article.ashx?g=f8e060f5-378c-4979-a1d5-0ef3a42f0c9c>.

Although these rules are exempting them from liability and damages, they are still bound to react by removing or blocking content or by other means of preventing access to illegal content, from the moment when they gain knowledge of illegal contents or when they receive an order from a competent body. The manner on which information service provider is informed about the illegal content varies from country to country and it is not uniquely designed at EU level, but definitely one of the most recommended mechanisms is "Notice and Take Down and Procedure". Although there are many critics of this procedure, however, it raises a significant level of certainty which is very important for the predictability and safety of business operations. The problem that arises in regard of these measures (injunctions), is related to the possibility that they may transform into mandatory monitoring measures, if in addition to the imposing obligations of removing illegal material imposes also an obligation to prevent dissemination of illegal material in the future. Therefore, authors conclude that despite the fact that there is definitely a need for revision of the Directive and a review of existing regime in accordance with the new technology development, also we should be very cautious in regard of prescribing the mechanisms related to the injunctions. Anyway the revision of Directive is necessary in order to overcome non harmonized application of the Directive.

Key words: *e-commerce, liability, safe harbor principle, injunction, information service provider.*

ПРИВРЕДНИ СПОРОВИ – СУДСКИ И АРБИТРАЖНИ

др **Мирослав ПАУНОВИЋ**
адвокат у Београду

САДРЖАЈ АРБИТРАЖНИХ СПОРАЗУМА

Резиме

Пред сйранке се, не само у међународним йословним йтрансакцијама, йосйавља йийање да ли своје сйорове йтреба да изнесу на решавање државним судовима или арбийтражама. У овом друћом случају йосйавља се и йийање како сйранке йтреба да изразе своју намеру да сйор изузму из надлежностйи националних судова и йрејусйе их арбийтражи као йривайној инсйийуцији. Како сйранке йтреба да йосйује да би осйурале да њихово ойредељење за арбийтражу буде йризнайто у националним йравним сисйемима? Како да на најбољи начин, својим арбийтражним сйоразумом, уреде майтерију решавања сйорова йућем арбийтраже? Треба ли да корисйе сйандардне клаузуле уз евенйуалне мање измене у изузейним случајевима или йтреба да се уйусйе у израду комйлекснијих арбийтражних сйоразума, йрилаћоћених конкретним сйуацијама односно йприроди йосла и сйранака? Који сасйојци арбийтражној сйоразума су бићни, да ли су сви дећаља који се сусрећу у йракси неојходни или зайраво оййерећују сйоразум и моју да изазову йешкоће у њевој реализацији?

У раду се анализира садржај арбийтражних сйоразума и укаже на йийања која йтреба имаћи на уму када се йрисйуја њиховој изради. Аућор смайра да сйранке йтреба да насйоје да у свој арбийтражни сйоразум унесу више дећаља од једносйавне изјаве да намеравају да своје сйорове из одрећеној односа изнесу йред арбийтражу.

Кључне речи: арбийтража, арбийтражни сйоразум, арбийтражни йосйу-йак, меродавно йраво.

I Споразум странака основ за надлежност арбитраже

Универзални принцип модерних арбитражних закона је да уговор игра кључну улогу у руковођењу арбитражом. Споразум странака пружа најважнија правила за уређивање арбитраже и спровођење арбитражног поступка.

У правним системима ово овлашћење странка заснива се на различитим разлозима.¹ Али основно полазиште свих је да се слобода уговарања налази у самој сржи начина уређивања арбитраже; оно што странке предвиде својим споразумом постаје право које се на арбитражу примењује.²

Судови могу наметати свој ауторитет арбитражи у одређеним ситуацијама. Сви модерни арбитражни закони дозвољавају да суд контролише арбитражни процес. Међутим, мешање судова у рад арбитраже је јако ограничено и има основ и своди се само на обезбеђење извршења арбитражног споразума и одлуке донете на основу њега.

Садржина арбитражног споразума, било да је уоквирен посебним споразумом или посебном одредбом основног уговора, може имати велики значај на права и обавезе уговорних страна.

Најпре, споразумом о арбитражи елиминише се право странака да се за решење спора обраћају државном суду односно оне се арбитражним споразумом одричу права на остварење уговорних права кроз судски поступак. Овакав избор странака је врло чест, посебно у пословним трансакцијама са међународним обележјем, јер се сматара да поступак пред државним судовима у неколико важних аспеката не одговара интересима странака у трговачким стварима.

Ово, практично, значи да се арбитражним споразумом делегира одлучивање о индивидуалним правима у приватни сектор и, по многим, у још недовољно регулисану, посебну „сервисну индустрију“. Појединци, као приватна лица, у функцији арбитра, добијају тиме овлашћење да поступају као судије. Тржишни фактори (настојање „давалаца“ услуга да обезбеде посао односно арбитра да осигурају поновно именовање) и правила институционалних арбитража су једини „регулатори“ овог сектора и његових учесника. Ово би се тешко могло сматрати посебним

1 Вид. F. V. Weigand (ed.), *Practitioner's Handbook on International Arbitration*, 2002, Минхен, Беч, Берн, стр. 12–16.

2 T. Varady, J. J. Barcelo III, A. T. Von Mehren, *International Commercial Arbitration – a Transnational Perspective*, 2. издање, Њујорк, 2003, поглавље под насловом „The Arbitration Agreement as the Cornerstone of the Arbitration Process“, стр. 84 и даље; вид. и Г. Кнежевић, В. Павић, *Арбитража и ADR*, 2009, Београд, стр. 35.

гаранцијама, те таква ситуација, поред очигледног размаха арбитраже, понекад изазива и оклевање пред избором: суд или арбитража.³

Друга функција доброг арбитражног споразума је да омогући ефикасан арбитражни поступак из кога ће произаћи одлука коју ће бити могуће извршити.⁴

II Развој арбитражних споразума

Може се посведочити да постоји тенденција да арбитражно законодавство јасније и детаљније уреди одређене области. Овај развој би требало да се одрази и на арбитражне споразуме у смислу да у њиховом тумачењу не буде неспоразума о ваљаности и домаћају одлуке странака да спор изнесу на арбитражу.

У пракси постоје познате формулације арбитражних споразума, са врло „економичном“ изјавом странака о намери да спор реше путем арбитраже. Овим, уходаним, методом странке најчешће одређују да ће спор бити решен по арбитражном правилнику или под окриљем одређене арбитражне институције.⁵ Пошто су ове стандардне клаузуле једноставне, директне и познате, постоји разумљиво оклевање странака да одступе од познатог пута.

Међутим, како се право трговинске арбитраже развија, тако се уочава и извесна тенденција да се сачињавају и комплекснији, софистициранији арбитражни споразуми. У њиховој изради узимају се у обзир особености конкретних странака и њихових пословних односа, те врло различите околности које их окружују. Ово доводи до појаве споразума који имају посебну, детаљнију и сложенију „конфигурацију“.

Оно што би требало да буде циљ израде оваквих споразума, прилагођених конкретної ситуацији, јесте да они не смеју да закомпликују арбитражани поступак, већ да им је сврха да осигурају његову потпуну функционалност. Морају се тачно проценити околности од којих зависи формулисање арбитражног споразума, те потреба и обим улажења у детаље које оне захтевају. Отуда, израда комплексног арби-

3 Вид. F. V. Weigand, *нав. дело*, стр. 11, где се говори о стварању „међународне арбитражне индустрије“ (*international arbitration industry*), која има за циљ не само да „промовише правду и фер поступање, већ и... арбитражни бизнис“.

4 О функцијама арбитражних споразума вид. Г. Кнежевић, В. Павић, *нав. дело*, стр. 61.

5 Г. Кнежевић, В. Павић, *нав. дело*, стр. 62–65, говоре о „минималистичком“ приступу у изради арбитражних споразума, те констатују да арбитражни споразуми, поред основних, неопходних елемената, често садрже и додатне састојке.

тражног споразума не може бити сама себи циљ и у том поступку мора се избећи *l'art pour l'art* приступ.

III Избор између институционалне и *ad hoc* арбитраже

Странке најпре морају да се одлуче да ли ће своје спорове препустити арбитражи под окриљем одређене арбитражне институције (тзв. „администриране“ арбитраже), или *ad hoc* арбитражи. Од овог избора зависи умногоне и садржина њиховог арбитражног споразума.

Чак и када се, у овом другом случају, одреде за примену познатих *UNCITRAL*-ових правила за *ad hoc* арбитраже, странке морају саме да организују и спроведу арбитражу. Овај приступ ставља их пред озбиљан изазов и задатак да, најпре, предвиде арбитражним споразумом низ правила за одвијање арбитраже која се иначе налазе у правилницима арбитражних институција. Пошто у случају настанка спора тешко може да се очекује да сарађују у утврђивању правила за његово разрешење, упутно је да странке та правила предвиде већ на самом почетку пословног односа.

С друге стране, арбитражне институције имају одређена искуства у административним аспектима арбитражног поступка, што може смањити нерегуларности поступка које могу довести до тешкоћа у реализацији арбитражних одлука. И сама репутација арбитражних институција може допринети лакшем извршавању арбитражних одлука које су донели трибунали примењујући њихова правила.

И код избора арбитражне институције којој се поверава спор странке морају узети у обзир више момената. Један од пресудних може се утврдити анализом трошкова арбитражног поступка у оквиру одређених институција.

IV Садржина „модерних“ арбитражних споразума

За сврхе разматрања садржине арбитражних споразума, њихови елементи се могу груписати у неколико категорија.⁶

У првој групи су они састојци арбитражних споразума без којих они не постоје односно без којих се лако може осујетити њихова примена.

6 Интересантна подела арбитражних споразума садржана је код P. D. Friedland, *Arbitration Clauses for International Contracts*, Њујорк, 2. издање, 2007, стр. 57 и даље где се говори о неопходним елементима, „препорученим“ елементима и опционим елементима. F. V. Wiegand, *нав. дело*, стр. 16 и 17, дели елементе садржаја арбитражних споразума на минималне (оне које мора садржати сваки споразум) и опционе.

Другу групу чине они елементи који се препоручују, који су стандардни и који доприносе јасном тумачењу и примени споразума странака да спор изнесу на решавање арбитражи.

У арбитражној пракси се наилази и на споразуме са елементима који се могу окарактерисати као опциони, који нису неопходни, али странке се опредељују да их у арбитражни споразум унесу из разних разлога, пре свега да би прецизирали своје намере у погледу арбитражног поступка.

Арбитражни споразуми понекад садрже и елементе који се могу сматрати споредним, узгредним, мање важним, без којих би арбитражни споразуми могли да буду примењени без тешкоћа.

V Неопходни елементи арбитражних споразума

Два су кључна елемента арбитражних споразума, без којих они не би могли да функционишу. Један састојак је изјава странака да су се определиле за арбитражано решавање спорова, а други је одређивање предмета спора односно спорова који се износе на арбитражу.⁷

Одредба споразума којом се странке опредељују за арбитражу, као „приватан“ метод решавања спорова, неопходна је да би се ова функција изузела из надлежности државних судова.

Да ли је избор арбитражног судовања могућа односно прихватљива опција прво је питање које странке морају да размотре у свим околностим. У међународним пословним односима мало је питања која су „резервисана“ за судове, те странке ретко могу да погреше и да уговоре да на арбитражу износе и спорове који спадају у искључиву судску надлежност.⁸ Међутим, има и питања код којих су могућа колебања и на која тек треба да одговори судска и арбитражна пракса (овде спадају, на пример, нека питања из области статуса привредних друштава и др.). Некада је, начелно, могуће да се одређења питања изнесу пред међународну трговинску арбитражу, али се поставља питање да ли је целисходно да се странке определе за такву опцију (где интервенција арбитраже не би била делотворна односно где судско решавање више одговара природи спора односно где специфични судски поступци могу довести до непосредније заштите интереса странака).⁹

7 О битним елементима арбитражног споразума вид. Ј. Перовић, „Формулисање клаузуле о арбитражи у међународним привредним уговорима“, *Правни животи*, бр. 11/2012.

8 О искључивој судској надлежности вид. М. Станивуковић, М. Живковић, *Међународно приватно право*, Београд, 2004, стр. 448 и 449.

9 В. S. Weber, Е. Oberhammer, „The Arbitration of Corporate Disputes in Limited Liability Companies“, у: С. Klausegger *et al.* (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2010, Беч, стр. 25–29.

На овој тачки се долази и до других разлога које странке треба да размотре када одлучују на који ће начин разрешавати своје спорове. Начелно, на опредељење за арбитражу, посебно у међународним пословним трансакцијама, упућују неке предности арбитраже у односу на судско решавање спорова (неутралност, стручност, ефикасност, економичност, флексибилност, поверљив карактер и др.). Међутим, увек се може поставити питање да ли ове општеприхваћене особености арбитраже, у конкретним околностима, оправдавају избор арбитраже. Има, наиме, ситуација у којима би препуштање одређене врсте спорова локалним судовима (судовима у месту испуњења уговора) било по неколико основа целисходније.

У ситуацијама када једна од странака може да искористи своју преговарачку позицију створене су и арбитражне клаузуле по којима та странка, уколико се појављује у улози тужиоца па чак и ако је тужена страна, може да бира између арбитраже и државног суда. Овакви споразуми (који се у пракси називају „асиметрични споразуми“) отварају одређена питања која могу довести и до оспоравања овог решења у судским поступцима после доношења арбитражне одлуке.¹⁰

Сагласност странка да се опредељују за арбитражу мора да буде изричита и, до скоро без изузетка у упоредном праву, изражена у писаној форми. У међународној арбитражној пракси је развијен метод за тумачење арбитражних споразума када воља странака да се обрете арбитражи није изражена на јасан начин (овакви се споразуми колоквијално називају „патолошким“).¹¹ Наиме, у пракси се полази од тога да је могуће истражити стварну намеру странка (да се „поправи“ оно што оне нису јасно изразиле). Но, овај метод мора да има врло ограничену примену и не може довести до конструкције да су странке оптирале за арбитражу када то није прецизно речено. Отуда се овај метод најчешће користи када су се странке јасно определиле за арбитражу позивајући се на неку арбитражну институцију, али је нису тачно име-

10 Пример тзв. *sole option clause* или „асиметричне клаузуле“ даје се код P. D. Friedland, *нав. дело*, стр. 283–285.

11 О методама тумачења арбитражних споразума и појму „патолошких“ клаузула вид. E. Gaillard, J. Savage (eds.), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Хаг, Бостон, Лондон, 2007, стр. 254–266; исто W. L. Craig, W. W. Park, J. Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3. издање, стр. 127–154. О клаузулама у којима Међународна трговинска комора као арбитражна институција није тачно означена и њиховим домањима вид. Y. Derains, E. A. Schwartz, *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration*, Хаг, Лондон, Бостон, стр. 87–92; исто A. M. Whitesell, „The Drafting of Arbitration Clauses: Recent Issues in ICC Cases“, *зборник реферата са III Belgrade Arbitration Conference 'International Commercial Arbitration – Trends and Challenges'*, 2011, стр. 13 и даље. О мањкавим арбитражним споразумима и о степену њихове „патологије“ пишу и Г. Кнежевић, В. Павић, *нав. дело*, стр. 65–68.

новале, па се из онога што су рекле може без резерве закључити на коју су институцију мислиле. Ако су се странке јасно одлучиле за арбитражу, али нису тачно навеле институцију, а из употребљених формулација се не може са сигурношћу закључити коју су арбитражу имале на уму, узима се да су се определиле за *ad hoc* арбитражу (то су тзв. „бланко“ арбитражне клаузуле).¹² Дакле, покушаји да се „оснажи“ нејасни арбитражни споразуми не могу довести до проширивања надлежности арбитраже и на случајеве у којима ту вољу није могуће без поговора утврдити. Уколико се једна странка противи тумачењу о надлежности коју заступа друга страна, свако прихватање надлежности од стране арбитраже по правилнику одређене институције ако је странке нису бесговорно означиле, представља и ризик да одлука у судском поступку буде поништена или да буде одбијено њено признање и извршење.

А управо је та потреба да се обезбеди то да арбитражна одлука, која је сама по себи коначна, буде и спроводива односно извршива, ако је потребно и принудним путем, централно питање о коме странке треба да воде рачуна већ при изради арбитражних споразума. Тек са таквим исходом (одлука која може да буде извршена) цео арбитражни процес, са свим својим предностима, добија свој пуни смисао.

Када се одлуче да избегну државне судове, странке треба да се одлуче и да ли желе да арбитражном поступку претходи неки поступак „алтернативног“ решавања спорова (процес мирења кроз директне преговоре или посредовање). У неки пословима (код комплекснијих послова, послова велике вредности, који трају у дужем периоду, као што су подухвати у грађевинарству, у којима се користе општи услови уговора развијени од стране међународних удружења инжењера – *FIDIC* и др.) предвиђен је и посебан поступак у коме се, пре изношења на арбитражу, спор мора изнети на разрешење органу предвиђеном уговором (код уговора о грађењу и испоруци опреме: надзорни инжењер у функцији „квази-арбитра“, комисија за претходно решавање спорова, „пресудитељи“ и сл.).¹³ Страна која није задовољна одлуком овог органа може изнети спор на арбитражу ако ту намеру најави у одређеном року; само ако најави намеру обраћања арбитражи у одређеном року по пријему одлуке или по протеклу рока у коме је орган требало да донесе одлуку, уговорна страна може иницирати арбитражни поступак. Да се не би компромитовао арбитражни поступак, препоручује се странкама да утаначе како се поступак мирења спроводи, колико траје, када се сматра да није успео, те када се и под којим условима незадовољна

12 E. Gaillard, J. Savage, *нав. дело*, стр. 266–268.

13 О арбитражним споразумима којима странке уређују поступак пред органом за „прелиминарно“ решавање спорова, пре изношења на арбитражу, вид. P. D. Friedland, *нав. дело*, стр. 143–156.

страна може обратити арбитражи; без ових прецизирања (која су, како је наведено, доста разрађена у грађевинским уговорима у међународној пракси), увек се може поставити питање да ли је арбитражна тужба преурањена или да ли је уопште дозвољена.

Други неопходан елеменат арбитражних споразума без којих они не могу опстати је прецизно одређивање предмета односно спорова који странке намеравају да изнесу на арбитражу. Како је наведено, први је услов да су ти спорови подобни за арбитражу, односно да су „арбитрабилни“ (да нису резервисани за државне судове или да нису на други начин искључени из арбитражног одлучивања и да је спор настао између странака којима није забрањено да склапају арбитражне споразуме).¹⁴

VI Стандардне клаузуле у арбитражном споразуму

Један број одредби редовно се налази у арбитражним споразумима; странама се препоручује да одређена питања обавезно уреде споразумима, али и без њих споразум био могао да буде реализован. Најчешће се у ову групу елемената споразума сврставају одредбе о избору права, месту арбитраже и конституисању арбитражног већа. Ако се око ових питања странке не договоре, а определиле су се за институционалну арбитражу, решења ће бити пронађена у одредбама арбитражног правилника изабране институције. У случају *ad hoc* арбитраже, у одсуству уговорних углавака, ако се странке не договоре о именовању арбитра или се арбитраи које су именовале странке не договоре око трећег арбитра, конституисање трибунала ће, на захтев једне од странака, бити извршено уз помоћ суда (овде се може поставити питање који би национални суд био надлежан за ој поступак ако странке нису одредиле место арбитраже). И остали елементи из ове групе (избор права и одређивање места арбитраже) биће утврђени од стране изабраних арбитра или органа изабране арбитражне институције.

Арбитражни споразуми у савременим пословним трансакцијама по правилу садрже и одредбе о избору права. Овим избором права странке могу да уреде различите стране арбитраже – и у погледу права меродавног за суштину спора, као и за сам поступак. Избор права може бити одлучујући за исход арбитраже, а у многим питањима сад-

14 О субјективној и објективној арбитрабилности вид. W. L. Craig, W. W. Park, J. Paulsson, *нав. дело*, стр. 60–74; исто J. Перовић, *La convention d'arbitrage en droit commercial international*, 2000, Београд, стр. 114–127. О материјалној пуноважности арбитражног споразума и способности странака да закључе арбитражни споразум вид. Г. Кнежевић, В. Павић, *нав. дело*, стр. 50–52.

ржи упутства за понашање странака у одређеним ситуацијама, чиме се управо могу спречити спорови.

Данас је општеприхваћено да странке могу да за суштину спора одреде и право које нема директну везу са њиховим пословним аранжманом.¹⁵ По правилу се уговара да се право које странке изаберу као меродавно за уговор примењује и на разрешење спора који настаје из тог уговора. Но, овај избор не треба да буде извршен насумице, што се, иначе, у пракси редовно чини – рутинским избором меродавног права (на пример, врло често, швајцарског материјалног права), без стварног сагледавања како су поједина питања, која могу бити значајна за странке, па и у случају спора, конкретно уређена тим правом (да ли и колико решења изабраног права одступају од националног права странака и од решења у међународним конвенцијама, како су уређени поједини институти, како се тумаче у судској пракси, у доктрини, колико је изабрано право познато странкама, итд.).

Поред избора националног материјалног права за уговор, па и за решење спорних питања, у арбитражном споразуму срећу се и друга решења. Тако се странке позивају и на трговачке обичаје и на *lex mercatoria* (и неки арбитражни правилници упућују арбитра да у разрешењу спорова имају у виду и ова правила),¹⁶ на *UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts* код уговора о продаји и на Бечку конвенцију о уговорима о међународној продаји робе.

Особеност арбитражног решавања спорова је и у томе што странке могу овластити арбитра да спор реше „по правичности“ (*ex aequo et bono, amiable composition*). Оваквом одредбом арбитражног споразума странке дају арбитрама право да спор реше не држећи се дословце уговора, те конкретног материјалног права, већ вођени својим осећајем за праведно решење у конкретним околностима (многи правни писци с правом истичу да се, и у оваквој ситуацији, арбитра морају придржавати основних постулата садржаних у праву које су странке изабрале или

15 У Арбитражном правилнику МТК који је на снази од 1. јануара 2012, наводи се да су „странке слободне да изаберу правна правила која ће бити примењена од стране арбитражног већа на меритум спора“, а да „[у] одсуству договора странака, арбитражно веће примењује правила за која нађе да су одговарајућа“ (чл. 21.1). Слично је и правило Правилника о спољнотрговинској арбитражи при Привредној комори Србије које одређује да су арбитра овлашћени да, када избор права не изврше странке, примене норму које „сматрају најприкладнијим у том случају“ (чл. 48.2).

16 Тако се у Арбитражном правилнику МТК одређује да арбитражно веће узима у обзир одредбе уговора између странака, као и „релевантне трговачке обичаје“ (чл. 21.2). Закон о арбитражи Србије одређује, такође, да арбитра, ако право не одреде саме странке, у међународној арбитражи примењују право које оцене „прикладним“ (чл. 50 ст. 3).

које су они дужни да одреде ако су странке пропустиле да овај избор изврше).¹⁷

У пракси се странке врло ретко посебно изјашњавају о праву које се примењује на арбитражни споразум, те се узима да је то оно право које су странке изабрале као меродавно за цео уговор (мада се, начелно, може уговорити и да за сам арбитражни споразум буде надлежно неко друго право). Оба могућа решења имају интересантне и важне последице, те код избора меродавног права треба водити рачуна и о последицама избора не само у погледу тумачења дејстава уговора, већ и у вези са тумачењем и применом арбитражног споразума.

Странке могу уговорити и посебно право за уређивање самог арбитражног поступка, односно споразумом извршити и избор процесног права. У овом погледу странке морају водити рачуна да ускладе такав избор са обавезујућим процесним правилима места арбитраже (*lex loci arbitri*). Ове одредбе споразума треба да узму у обзир и правила изабране арбитражне институције, уколико су се странке определиле да користе таква правила.

У разрађеним арбитражним споразумима странке ретко пропусте да одреде и место арбитраже. Овај детаљ може, такође, имати значајан утицај на ток арбитражног поступка. Пре свега, модалитети и обим мешања државних судова у арбитражни поступак зависе од места које је одређено као место арбитраже – за одлучивање о надлежности, када треба конституисати арбитражно веће ако једна од странака врши опструкцију (код *ad hoc* арбитража), у случају поништаја арбитражне одлуке, итд. Са становишта извршења арбитражне одлуке избор места арбитраже није, међутим, толико битан, јер је Њујоршку конвенцију о признању и извршењу страних арбитражних одлука прихватио велики број земаља.¹⁸

Код одређивања места арбитраже треба узети у обзир и неке практичне аспекте (постојање инфраструктуре, могућност обезбеђења преводилачких и секретарских услуга, удаљеност од места странка, и др.).

Избор арбитра је можда најкритичнији аспект сваке арбитраже. Отуда, ваљани арбитражни споразуми (када се не позивају на правилник одређене арбитражне институције) садрже и одредбе о начину конституисања арбитражног трибунала или избору арбитра-појединца

17 М. Станивуковић, П. Ђундић, *Међународно приватно право*, Нови Сад, 2008, стр. 158 и 159.

18 Списак држава уговорница Конвенције дат је код Д. Бабић, Ch. J. Holst, *Међународно приватно право – Збирка унутарњих, еуројских и међународних пројиса*, Загреб, 2011, стр. 1448.

који треба да реши спор. У овом погледу се у пракси наилази на читав низ уговорних решења. По правилу, странке одређују број арбира, те начин и рокове њиховог именовања (укључујући и именовање председника када се странке определе за трибунал). Много ређе се у пракси наилази на одредбе о томе које квалификације или посебна знања треба да имају арбитри (на пример, област у којој арбитри треба да су стручњаци, знање језика итд.). Вероватно зато што је то комплексна, а у одређеној мери и контроверзна материја, питања независности, неутралности, објективности, времена које треба да посвете решавању спора, те професионалних стандарда којих арбитри треба да се придржавају готово никада се не уређују арбитражним споразумима (делимично је ова материја уређена правилницима арбитражних институција).

VII Опциони елементи садржаја арбитражних споразума

У неким арбитражним споразумима, када се странке определе да детаљније уреде своје односе за случај спора, наилази се и на одредбе које могу бити значајне, али без којих би арбитражни поступак могао да се одвија. Међу ове одредбе спадају и оне којима се уређују нека процесна питања, језик поступка, те углавци о арбитражној одлуци.

Када се упусте детаљније у процесна питања, арбитражни споразуми утврђују структуру и садржај арбитражног поступка, те процесна овлашћења арбитра (чешћи је случај да о овим питањима одлучују арбитри, по правилу уз консултацију са странкама).¹⁹ Од усвојених решења може зависити и ефикасност арбитражног поступка.

На листи елемената у вези са поступком који могу да буду унети у арбитражни споразум налази се више ставки. Тако се странке могу споразумети о начину достављања доказа. Због разлике у приступу коришћењу исправа као доказа између различитих правних система, странке понекад прецизирају да ли предвиђају фазу „обелодањивања“ докумената (свака страна може у овој фази захтевати да јој друга страна достави одређену документацију, уз обавезу стране да по захтеву поступи, али и овлашћење арбитра да одбију захтев у одређеним ситуацијама – ако захтевана документација није релевантна за спор или њено обезбеђење изазива велике трошкове и сл.). И у погледу коришћења исказа сведока и налаза вештака као доказног средства потребна су детаљна утаначења које странке понекад уносе у арбитражни споразум (и у овој материји долазе до изражаја разлике између појединих правних култура). Тако

19 I. Welser, G. de Berti, „Best Practices in Arbitration: A Selection of Established and Possible Future Best Practices“, у: C. Klausegger *et al.* (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration*, Беч, стр. 79–92.

се споразумима уређују начин презентирања писаних исказа и налаза, начин позивања на усмену расправу, начин организовања усмене расправе, те обим и начин испитивања и унакрсног испитивања на усменој расправи, као и доказна снага исказа и налаза сведока и вештака ако се не појаве на усменом испитивању. Чак и правилници сталних арбитражних институција не уређују ова питања у довољној мери, па је потребно да их уреде странке, саме (у арбитражном споразуму) или уз помоћ или по налогу арбитра. Неки од докумената понуђених међународној арбитражној пракси могу да помогну странкама, као и арбитрама, у формулисању процесних правила за одвијање арбитраже. У овакве изворе спадају, пре свега, Правила Међународног удружења адвоката за поступак доказивања у међународним арбитражама (*International Bar Association – IBA Rules on Taking Evidence in International Arbitration*) која странке често уносе у своје споразуме директним позивањем на њих. Од помоћи странкама, и арбитрама, могу бити и *UNCITRAL Notes on organizing an international arbitration proceedings*.

Опциони елемент арбитражних споразума су и стипулације којима странке уређују одређена питања у вези са арбитражном одлуком. Странке могу предвидети да образложење одлуке може бити дато без детаља, на сумаран начин, а могу овластити арбитра да арбитражну одлуку уопште не образлажу. Има разлога који могу да оправдају овакво решење (убрзавање поступка), али код разматрања овакве могућности треба имати на уму да се, у изради образложења, арбитра морају изјаснити о ставовима и аргументима странака, о доказима које су странке понудиле, те о закључцима о чињеницама које су из доказне грађе извукли, као и о томе како су применили правила надлежног права. Овим се повећава одговорност арбитра, а изнети разлози за одлуку могу допринети да страна која је спор изгубила добровољно изврши одлуку.

VIII Споредни састојци арбитражног споразума

И друга питања се налазе на дневном реду преговора странака о арбитражним споразумима. Нека од њих су једноставна и решења се подразумевају (на основу природе арбитражног поступка), те их странке само потврђују, док о другима не постоји сагласност ни у теорији ни у пракси међународне трговинске арбитраже, па странке могу наћи да је корисно да их разреше.

Тако странка понекад прецизирају да је арбитражни поступак поверљиве природе, те да једна страна не може се у јавности да износи детаље спора, поступка или одлуке без сагласности друге стране. Изузе-

так је давање података о арбитражи на захтев регулаторних тела или надлежних државних органа који врше контролу пословања странке.²⁰

Одређивање привремених мера од стране арбитраже врло је сложено питање (ово овлашћење је садржано у све више националних законодавстава, посебно оних која су прихватила *UNCITRAL*-ов Модел закон о арбитражи, а помињу га и сви новији правилници арбитражних институција).²¹ Без детаљних утаначења, само на основу законских одредаба или одредаба правилника, ово овлашћење арбитра није лако спровести у пракси, па се странке понекад упусте у формулисање детаљнијих правила у овом погледу.

Странке се, истина врло ретко, упусте и у разматрање и уређивање питања дејстава њиховог арбитражног спораума и на лица која га нису закључила. Ово се пре свега односи на случај уступања уговора (када одређују да се споразум односи и на пријемника односно да се, са уступањем основног уговора, уступа и арбитражни споразум), као и на укључивање повезаних лица у арбитражу.

Ретко се наилази и на одребе арбитражног споразума о томе да ли се у арбитражном поступку може истаћи компензациони приговор – дакле, да ли тужени у своју одбрану може истаћи пребој са потраживањем из пословног односа који није обухваћен арбитражним споразумом. О овом питању нема јединственог става ни у теорији ни у пракси арбитраже, а ни прописи не садрже решења на која би странке могле да се ослоне, па уређење овог питања споразумом има оправдање.

Има правних система у којима правила о професионалној активности страних правника не дозвољавају да странке заступају страни адвокати, а понегде се тумачи да се то правило односи и на заступање на арбитражи. Иако странке овај проблем настоје да превазиђу одговарајућом одредбом арбитражног споразума, питање је да ли на тај начин могу да отклоне наведена правила која се примењују у месту арбитраже.

Странке понекад одређују и како арбитрари треба да распореде трошкове арбитражног поступка. Најчешће предвиђају да арбитрари све трошкове треба да распореде на странке према успеху у спору, а некада ово правило утврђују само за трошкове арбитра (и арбитражне институције), док у погледу трошкова учешћа самих странака у поступ-

20 Пример клаузуле о поверљивом карактеру арбитражног поступка приказује се код P. D. Friedland, *нав. дело*, стр. 225.

21 Закон о арбитражи Србије одређује да арбитражни суд може, на предлог странке, да одреди привремену меру „коју сматра потребном с обзиром на предмет спора“ (чл. 31). Правилник о спољнотрговинској арбитражи при Привредној комори Србије, понавља ову законску одредбу (чл. 43).

ку одређују да ће свака странка сносити своје трошкове. Наилази се и на одредбе да арбитри треба да трошкове арбитраже (накнаде и трошкови арбитрара и институције) поделе на странке у једнаким деловима.²²

Листа одредби које странке разматрају приликом израде арбитражних споразума може се односити и на друга питања.

IX Одредбе арбитражних споразума у посебним случајевима

Код уговора са више страна постоје озбиљне тешкоће у изради арбитражних споразума, посебно када они треба да буду примењени у ситуацијама када странке, које се налазе у истој процесној улози (тужиоца или туженог) могу имати супротстављене интересе (када су им интереси заједнички, могу се, на пример, лако унапред договорити око начина именовања заједничког арбитра, око заступања у поступку и сл.). И правила већине арбитражних институција су састављена за једноставне случајеве када у поступку учествују само две стране, те је потребно да се арбитражним споразумом прилагоде за ситуације када ће у спору учествовати више страна. Тешкоћу у изради арбитражних споразума за случајеве вишестраних арбитража може представљати и то што тужилац може отпочети поступак против само једне од странака које се могу наћи на туженој страни, а да решење спора захтева да тужбом буду обухваћене сва лица на тој страни, или да пак тужени жели да у спор укључи и лица из уговорног односа која тужилац није означио као тужене. Странке могу покушати да и ово сложено питање супарничарства, и мешања трећих лица у арбитражу, разреши комплексним арбитражним споразумом, како би смањиле могућност да се на том питању осујети или одуговлачи арбитражни поступак.²³

Странке се могу наћи пред озбиљним проблемима ако имају намеру да арбитражним споразумом унапред обезбеде спајање („хармонизацију“, „консолидацију“) спорова из више повезаних двостраних, а нарочито вишестраних уговора. Требало би да, у оваквим ситуацијама, странке обезбеде да сви повезани уговори садрже истоветне или комплементарне арбитражне клаузуле. Чак и у законодавствима у којима су судови овлашћени да наложе спајање повезаних арбитража, неће моћи

22 Пример арбитражне клаузуле о трошковима даје P. D. Friedland, *нав. дело*, стр. 231.

23 О мешању трећих лица у арбитражу и вишестраној арбитражи, те о споразумима којима странке настоје да постигну хармонизацију више повезаних поступака вид. S. Brekoulakis, „The Relevance of the Interest of Third Parties in Arbitration“, *Зборник реферата са III Belgrade Arbitration Conference 'International Commercial Arbitration – Trends and Challenges'*, 2011, стр. 109 и даље. О примерима клаузула о консолидацији повезаних спорова које се срећу у пракси. P. D. Friedland, *нав. дело*, стр. 129–141.

тако да поступи када су странке предвиделе неспојиве арбитражне поступке за решавање спорова. Поред тога, странке треба да предвиде метод за спајање различитих поступака, при чему треба да воде рачуна о више фактора, укључујући и ризик „преклапања“ поступака који су започети пред различитим арбитражним трибуналима, те потребу да се ускладе ставови више лица која се могу наћи у истој процесној улози у спору.

Једно од решења које се среће у пракси је да сва лица која могу бити обухваћена арбитражом по повезаним уговорима потпишу споразум („протокол“) у коме би био садржан њихов арбитражни споразум (у коме би били побројани сви основни уговори, спорови који из њих могу да произађу, те странке у тим споровима, као и арбитражна институција по чијим правилима би се спорови решавали). Посебно би се протоколом уредио начин спајања спорова у различитим ситуацијама односно комбинацијама које могу настати из повезаних уговора.

Следећа могућност је да се у арбитражној клаузули у сваком од повезаних уговора (који се тачно набрајају) предвиди сагласност потписника на спајање са арбитражним поступком из сваког другог повезаног уговора са листе. На овј начин, преко „унакрсних“ и комлементарних арбитражних клаузула, чини се покушај да се превазиђе правило да странке могу да обавезу само себе, а не и стране из других уговора. И у овој солуцији остају за уређивање питања начина спајања поступака, начина избора заједничких арбитрара за различита лица у истој процесној улози и сл.

Можда је сва сложеност ове материје и довела до тога да се странке за сада ретко опредељују да арбитражним споразумима уређују питања вишестраних арбитража и спајања поступака, те што су неки од покушаја да се ова питања регулишу претрпела неуспех односно што је њихово разрешење у пракси озбиљно угрозило начело ефикасности рада арбитраже.²⁴

Х Закључна напомена

Странке треба да размотре више фактора који утичу на садржину њихових арбитражних споразума. При том треба да имају на уму да је

24 У последњој верзији Арбитражног правилника Међународне трговинске коморе учињени су покушаји да се нешто детаљније уреде питања приступања нових странака (мешање) у арбитражни поступак (чл. 7), вишестраних арбитража (чл. 8), захтева који проистичу из више уговора (чл. 9), те спајања арбитражних поступака (чл. 10). Спајању поступака, мешању трећих лица у арбитражни поступак, те именовњу арбитрара у вишестраној арбитражи одређену пажњу је посветио и нови Швајцарски арбитражни правилник из јуна 2012 (чл. 4 и 8).

сврха тих споразума да се постигне економичност и ефикасност арбитражног поступка, као и да са сигурношћу могу очекивати да ће одлука, као резултат арбитраже, бити извршена. Ова основна сврха укључује и циљ да се арбитражни поступак одвија са што мање трзавица и без исцрпљивања странака на процедуралним питањима која их одвлаче од разматрања суштине спора.

Израдом комплекснијих арбитражних споразума, којима се дају одговори на питања која могу искрснути у току поступка, странке на одређени начин антиципирају и превазилазе потенцијалне ризике који могу довести до осујећења њихове одлуке да спор изнесу на арбитражно решавање, или бар до тога да се неке предности арбитраже изгубе. На овај начин се, што у условима савремене међународне трговинске арбитраже није безначајно, обезбеђује и већа заштита интереса странака у арбитражи и омогућава већа контрола арбитражног процеса и поступања самих арбитра.

Miroslav PAUNOVIĆ, PhD
Attorney at Law, Belgrade

CONTENT OF THE ARBITRATION AGREEMENTS

Summary

The author discusses the threshold issues faced by the parties when considering the arbitration as dispute resolution method in their international commercial contracts.

Arbitration is of ostensibly voluntary character and freedom of contract is at very core of how the law regulates arbitration. The parties are free to determine the content of their arbitration agreements, irrespective of whether they are in form of a separate agreement or in form of an arbitration clause in the main contract.

The content of the arbitration agreement can have enormous impact upon the rights of contracting parties. The author advocates departure from standard clauses (with well recognized and economical statement of parties' intent as to arbitration) and drafting of more elaborated, complex arbitration agreements, custom fitted to the parties and their transactions. In that process, functionality of the process in terms of economy, efficiency and effectiveness, as the highly prized objective of this development, should be always maintained.

Analyzing ingredients of the arbitration agreements, grouped and characterized as standard, optional and incidental, the author underlines the purpose of modern arbitration agreements as follows: stimulation of customary practice in drafting of complex agreements, achievement of economy, efficiency and effectiveness of arbitration, securing smooth setting in motion and progress of arbitration, anticipation of risks and providing for parties to protect and secure their rights, and to exercise greater control over arbitrators and arbitral process.

Key words: *arbitration, arbitration agreement, arbitration procedure, governing law.*

др Душица ПАЛАЧКОВИЋ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

МЕЂУНАРОДНИ СТЕЧАЈ (МОГУЋИ ПРОЦЕСНОПРАВНИ ПРИСТУП)

Резиме

Значај реулисања међународног стечаја прекознај је на међунационалном и наднационалном нивоу, али и у нашем стечајним законодавству. У овом правном подручју проблеми процесне, материјалне и колизионе реулајиве изузетно су бројни и сложени. Такође, на месту начела теоријоријалности стечаја начело универзалности, посебно у релевантним међународним документима, што условљава потребу прилагођавања националних законодавава овом, новом стечају.

Наш Закон о стечају реулише међународни стечај, по уледу на Модел закона УНЦИТРАЛ-а (али не и Уредбу ЕУ о стечајцима у случају insolventности), што је један, у основи модеран и нужан стечај. Ипак, са процесноправног аспекта изостаје стечајна доследност и конзистентност реулисања, што условљава нејасноће и могуће проблеме у пракси, а тиме и потребу дојуне стечајних решења. Овај закључак, пре свих, односи се на питања класификације врста стечаја који се признају, надлежности, а онда и критеријума за њено одређење, али, у једном делу и самог стечаја признања.

Кључне речи: међународни стечај, надлежности, стечај.

I Увод

Глобализација и интернационализација пословања узроковала је и потребу међународноправног реулисања стечајног поступка. У том

циљу усвојено је више докумената којима се регулишу процесноправни и материјалноправни аспекти тзв. међународног стечаја. При томе, проблеми су бројни, а условљава их, пре свега, чињеница да је „међународно инсолвенцијско право уједно и једно од најсложенијих правних подручја јер представља конгломерат различитих процесних, материјалних и колизијских питања“.¹ Сложеност оправдава већ и чињеница да је нужно разликовање домаћег стечајног поступка са иностраним елементом и страног стечајног (инсолвенцијског) поступка који треба признати.

Други посебно сложен проблем, повезан уз признање страног стечајног поступка, јесте и релативно нагли прелаз од начела територијалности ка начелу универзалности у међународном стечајном праву. При томе, данас скоро општеприхваћено признање дејстава страног стечајног поступка изван државе у којој је отворен оправдано је настојањем да се спречи стечајни дужник да имовином која је лоцирана изван државе у којој је стечајни поступак отворен слободно располаже, да покуша њено дислоцирање или да фаворизује поједине повериоце.

Овакав, нагли заокрет, прихваћен релевантним међународним документима, условио је неопходност регулисања услова и поступка за признање страног инсолвенцијског поступка од стране националних законодавстава, али се и ова решења значајно разликују. Све ово само потврђује већ изречену констатацију о сложености питања која међународни стечај поставља, па и пред нашег законодавца. Са друге стране, начин на који је свака држава уредила услове за признање страног стечајног поступка показује и њену спремност на сарадњу у случајевима прекограничних инсолвенцијских поступака, као делу укупне међународне сарадње.²

Закон о стечају Републике Србије из 2009³ регулише међународни стечај.⁴ При томе, постоје извесни процесноправни проблеми регу-

1 Jasnica Garašić, „Pretpostavke za priznanje strane odluke o otvaranju stečajnog/insolventijskog postupka prema hrvatskom pravu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 56, No. 2–3, 2006, стр. 584–585, доступно на: <http://www.hrcaak.srce.hr/search/?q=jasnica+garasic>, 1.4.2013. О значајним, чак суштинским разликама у нормирању стечајних поступака у европским државама и структурним променама током 21. века, видети више код Ante Vuković, Dejan Bodul, „Stečajno zakonodavstvo u tranziciji – komparativni osvrt, hrvatski izazovi i potencijalna rješenja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, бр. 3/2012, стр. 367–648, доступно на: http://hrcaak.srce.hr/index.php?show=clanak&id_clanak_jezik=129226, 1.4.2013.

2 Jasnica Garašić, *нав. чланак*, стр. 585.

3 Закон о стечају (*Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011 – др. закон и 71/2012 – одлука УС; даље у фуснотама: ЗС РС).

4 Термин „међународни стечај“, наима, има сасвим други предзнак, односно нотацију, па је, чини се, прихватљивије користити термин „прекогранична инсолвенција“ (из Модела закона UNCITRAL о прекограничној инсолвенцији из 1997. године, у даљем тексту Модела закона). Текст Модел закона је доступан на: http://www.uncitral.org/uncitral/eu/uncitral_texts/insolvency/1997Model.html, 13.3.2013; као и

лативе који узрокују потребу за тумачењем, а то, опет, може водити неуједначеној пракси. Примарно мислимо, при томе, на питања надлежности, дистинкције између појмова главног и посебних стечајних поступака, те врста унутар категорије посебних поступака и извесне проблеме самог поступка признања.

II Појам међународног стечаја и надлежност

Према ЗС РС одредбе о међународном стечају⁵ се примењују ако:

1. страни суд или други страни орган који спроводи контролу или надзор над имовином или пословањем дужника или страни представник затражи помоћ у вези са страним поступком, или
2. суд или стечајни управник затражи помоћ у иностраној држави у вези са стечајним поступком који се води у Републици Србији у складу са овим Законом, или
3. се страни поступка води истовремено са стечајним поступком који се у Републици Србији води у складу са овим законом.

Под „страним поступком“ се подразумева судски или управни поступак, укључујући и претходни поступак, који се са циљем колективног намирења поверилаца путем реорганизације, банкротства или ликвидације спроводи у иностраној држави у складу са прописом којим се уређује инсолвентност, а у коме су имовина и пословање дужника под контролом или надзором страног суда или другог надлежног органа.⁶ Преузимајући одредбе Модел закона наш законодавац прави разлику између „главног страног поступка“⁷ под којим разуме поступак који се води у држави у којој је средиште главних интереса дужника⁸ и „спо-

Водич за његову примену (UNCITRAL's Guide to the Enactment of the Model Law 1997, доступно на адреси: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/insolvency-e.pdf>, 10.3.2013, те Практичном водичу за кооперацију код прекограничне инсолвенције (UNCITRAL Practice Guide on Cross-border Insolvency Cooperation 2010, доступно на адреси: http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/insolvency.html), а видети и: S. Chandra Mohan, „Cross-border Insolvency Problems: Is the UNCITRAL Model Law the Answer?“, *International Insolvency Review*, Vol 21, Issue 3, 2012, стр. 199–223, доступно на адреси: [http://onlinelibrary.wiley.com/journal/10.1002/\(ISSN\)1099-1107](http://onlinelibrary.wiley.com/journal/10.1002/(ISSN)1099-1107), 10.3.2013.

5 Чланови 174–203 ЗС РС.

6 У суштини, ово је и дефиниција коју о страном поступку даје Модел закона, у чл. 2(a).

7 „*Foreign main proceeding*“, чл. 2(б) Модел закона, односно чл. 188 ст. 2 т. 1 ЗС РС.

8 „*Centre of its main interest*“, или „*COMI*“, чл. 2(б) Модел закона, односно чл. 188 ст. 2 т. 1 ЗС РС. Управо овај појам, односно његово дефинисање постаје и „централно питање“ међународног стечајног права, уз то „често проблематично“ у

редног страног поступка⁹ под којим разуме поступак који се води у држави у којој дужник има сталну пословну јединицу.¹⁰

Допуну одређења појма главног страног поступка ЗС РС даје у одредби чл. 188 ст. 3. Наиме, уз услов да се овакав поступак води у држави у којој је средиште главних интереса дужника, додаје се и услов да дужник нема регистровано седиште у Републици Србији. Ово је у складу са одредбом чл. 174 ст. 3 ЗС РС, којом се утврђује да дужник у страном поступку може бити само правно лице које нема регистровано седиште у Републици Србији (уз физичко лице које није резидент РС у смислу закона којима се уређује порез на доходак грађана).

Но, треба приметити да наше право не предвиђа изричито искључиву надлежност суда Србије за спровођење главног стечајног поступка, дакле директну међународну надлежност. Могуће је да је то последица

одређењу правог значења, како резонују Ante Vuković и Dejan Bodul у: „Stечајно zakonodavstvo u tranziciji – komparativni osvrt, hrvatski izazovi i potencijalna rješenja“, стр. 367. Видети, такође о овоме код Милош Балтић, „Начела европског стечајног права са посебним освртом на европску регулативу о стечајним поступцима“, *Ревивија за европско право*, бр. 1–3/2003, стр. 43–63, доступно на: [http://pravoeu.jura.kg.ac.rs/S/Dokumenti/Revija%20za%20evropsko%20pravo%20%20Rieviev%20for%20EU%20Law%20V\(2003\)%201-3.pdf](http://pravoeu.jura.kg.ac.rs/S/Dokumenti/Revija%20za%20evropsko%20pravo%20%20Rieviev%20for%20EU%20Law%20V(2003)%201-3.pdf), 3.4.2013, те код Весна Ракић-Водинелић, Ана Кнежевић, „Поступак прилагођавања стечајног права Србије правилу ЕУ о поступцима у случају инсолвентности“, *Симпозијум у Охриду – Прилози о реформи стечајног права у земљама јужне Европе*, 2006, стр. 112–114. У вези примене овог критеријума видети одлуку Суда правде у правној ствари С-1/04, Susanne Strauitz-Schreiber (доношење претходне одлуке), где се Суд изјаснио да се премештање СОМ дужника после стављања предлога за покретање инсолвентног поступка, а пре његовог отварања, на подручје неке друге државе чланице, без обзира на то да Уредба о овоме не садржи изричит одговор, представља повреду Уредбе, односно противи се потреби ефикасности и целисходности прекограничних случајева, јер би промена присилила повериоца (повериоце) да следе дужника, у Јасница Гарашић, „Pregled sudske prakse Evropskog Suda u odnosu na Evropsku Uredbu o insolventijskim postupcima“, стр. 2, доступно на: http://www.planetgv.si/upload/htmlarea/images/prezentacije/dnevi_evropskega_prava2010/JasnicaGarasic.pdf, 1.4.2013.

9 „Forein non-main proceeding“, чл. 2(ц) Модел закона, односно чл. 188 ст. 2 т. 2 ЗС РС.

10 Модел закона користи појам „establishment“, под којим, према одредби чл. 2 (ф), подразумева било које место делатности дужника у коме он обавља привредну активност, односно делатност, која није привремена, и то уз употребу људских ресурса и робом или услугама. Одредба нашег ЗС РС, чл. 188 ст. 5, на идентичан начин дефинише „сталну пословну јединицу“. Идентичну дефиницију овог појма даје, у чл. 2(х) и Уредба Савета Европе бр. 1346, од 29. маја 2000. о инсолвентним поступцима (Council Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings, *OJ L 160/1*, доступно у верзији на енглеском језику на: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:160:0001:001:en:PDF>, 13.3.2013. Видети и R. Voss, „Principles of European International Bankruptcy law (Council regulations (EC) No 1364/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings), *Право и приврега*, бр. 5–8/2004, стр. 567–573.

чињенице да овакву одредницу нема ни Модел закона. Одредбом чл. 174 ст. 3, предвиђено је да дужник у смислу дефиниције страног поступка из ст. 2 истог члана, може бити правно лице које нема регистровано седиште у РС, односно физичко лице које није резидент у РС у смислу закона о порезу на доходак грађана, али искључива надлежност треба, ипак, да буде изричито регулисана. При томе, Закон о парничном поступку садржи само одредбе о искључивој месној надлежности за случај спорова у току и поводом стечајног поступка,¹¹ док ЗС РС, одредбом чл. 15 говорећи о надлежности, када је у питању стварна, упућује на одредбе Закона о уређењу судова,¹² тачније на одредбу чл. 25 ст. 2 према којој стечајни поступак и поступак реорганизације спроводи привредни суд, а као месно надлежан, према одредби чл. 16 ЗС РС, одређује се суд на чијем подручју је седиште (без одреднице „регистровано“) стечајног дужника, односно ако стечајни дужник нема седиште у РС, суд на чијем подручју је седиште главних интереса дужника,¹³ ако су за то испуњени услови из овог Закона. Такође, посебно правило месне надлежности односи се на признање страног поступка и сарадњу са страним судовима и другим надлежним органима, ако страни орган или страни представник затражи помоћ у вези са вођењем страног поступка, када је месно надлежан, према одредби чл. 177 ст. 1 т. 1 ЗС РС, суд на чијем подручју се налази претежни део имовине дужника у Републици Србији. У осталим солуцијама међународног стечаја (чл. 174 ст. 1 т. 2, 3 ЗС РС) примењује се правило из наведеног чл. 16 ЗС РС.

Ранији Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији,¹⁴ је, међутим, одређивао искључиву међународну надлежност нашег суда према седишту (односно пребивалишту) дужника на подручју СФРЈ, односно СРЈ. То, данас, чини и нпр. Стечајни закон Хрватске,¹⁵ који, одредбом чл. 301 изричито регулише искључиву међународну надлежност суда Републике Хрватске за спровођење главног стечајног поступка против дужника чије је средиште пословног деловања на подручју Републике Хрватске. Истовремено, претпоставља се да је средиште послов-

11 Закон о парничном поступку (*Службени гласник РС*, бр. 72/2011, даље у фуснотама: ЗПП РС), чл. 58.

12 Закон о уређењу судова (*Службени гласник РС*, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 – др. закон, 78/2011 – др. закон и 101/2011, даље у фуснотама: ЗУС РС).

13 Чини нам се адекватнија употреба појма „средиште“ пословног деловања, а не „седиште“, с обзиром да овај појам асоцира на старију регулативу и критеријум уписаног седишта у једној држави.

14 Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији (*Службени лист СФРЈ*, бр. 84/1989, *Службени лист СРЈ*, бр. 37/1993 и 28/96), чл. 160. ст. 1.

15 *Stечајни zakon (Narodne novine*, бр. 44/96, 29/99, 129/00, 123/03, 82/06, 116/10, 25712, 133/12, доступно на: <http://www.zakon.hr/cms?id=197>, даље у фуснотама: СЗ РХ), 13.3.2013.

ног деловања дужника у месту у коме он има уписано своје седиште.¹⁶ Такође, искључива је надлежност суда Републике Хрватске и ако се докаже да се средиште пословног деловања дужника налази у иностранству, а седиште је уписано у Републици Хрватској, уз услов да се према праву државе у којој дужник има средиште пословног деловања не може отворити стечајни поступак у тој држави на основу овог критеријума.¹⁷

Истовремено, СЗ РХ, управо у делу Закона који се односи на међународни стечај, регулишући међународну искључиву надлежност суда Хрватске, одредбом цитираног чл. 301, у ст. 2 предвиђа да се у овом случају поступком обухвата целокупна имовина дужника, без обзира да ли се налази у Републици Хрватској или у иностранству, подразумевајући под овим поступком тзв. главни стечајни поступак. ЗС РС, одредбом чл. 101, дакле не у оквиру одредаба о међународном стечају, утврђује да стечајну масу чини целокупна имовина стечајног дужника у земљи и иностранству на дан отварања стечајног поступка, као и имовина коју стечајни дужник стекне током стечајног поступка, те да се у погледу имовине стечајног дужника која се налази у иностранству примењују одредбе овог Закона којима се уређује међународни стечај, уколико је таква имовина предмет страног поступка.

Било би, дакле, добро, да се управо у део ЗС РС о међународном стечају унесе одредба о директној међународној надлежности суда Србије, на начин на који је то регулисао законодавац Хрватске, и решење да се у оваквом, главном стечајном поступку, надлежност одређује према критеријуму средишта главних интереса стечајног дужника на нашој територији, уз алтернативу или допуну (као у ЗС РХ), да се претпоставља да је средиште главних интереса стечајног дужника место у коме дужник има уписано своје седиште, уз могућност доказивања супротног. Ово управо с тога што се одредбом чл. 187 ст. 3 ЗС РС прихвата управо претпоставка да је регистровано седиште дужника и сре-

16 При томе, према нашем мишљењу, користи се адекватно термини „седиште“ и „средиште“ пословног деловања. Одредбу о искључивој надлежности за дужнике са седиштем у Републици Македонији налазимо у чл. 335, ст. 1, 2 Закона за стечај Републике Македоније (*Службени весник РМ*, бр. 34/2006, 126/06, 84/07 и 47/11, доступно на: http://www.google.rs/search?hl=sr&source=hp&q=zakon+za+stecaj+republik+e+makedonije+sluzbeni+vesnik+34+od+2006&gbv=2&oq=zakon+za+stecaj+republik+majedonije+sluzbeni+vesnik+34od+2006&gs_l=heirloomhp.12...2578.29703.0.31438.67.28.0.39.0.0.453.3860.0j5j11j0j1.17.0...0.0...1ac.1.WAJ8XKfDjY, даље у фуснотама: ЗС РМ), 13.3.2013.

17 Ова допуна учињена је Законом о измјенама и допунама Стечајног закона РН (*Narodne novine*, бр. 129/00), чл. 52. Истовремено је решено и питање месно надлежног суда у случају када се уписано седиште дужника налази у иностранству, а средиште његовог пословног деловања у Хрватској усвајањем критеријума средишта његовог пословног деловања као релевантног (чл. 52 наведених измена и допуна), доступно на: <http://www.zakon.hr/cms.htm?id=199>, 1.4.2013.

диште његових главних интереса, ако се супротно не докаже. Наиме, појам „средиште главних интереса“ или „центар главних интереса“ при одређивању међународне надлежности за отварање стечајних, односно инсолвенцијских поступака, који користи Модел закона је нов, односно још увек није и општеприхваћен у националним правним системима.¹⁸ Паралелно се користи управо појам „регистровано седиште“.

III Врсте (страних) стечајних поступака и наша регулатива

Наше стечајно законодавство не прави јасно разграничење споредних поступака на тзв. партикуларне и тзв. секундарне поступке. Споредни (посебни¹⁹) су, генерално, сви стечајни поступци који су покренути на основу неке супсидијарне надлежности (представништва или дужникове имовине у једној држави), и којима се, по правилу, обухвата само дужникова имовина у тој држави.²⁰

- 18 Jasnica Garašić, „UNCITRAL-ov Model zakona o prekograničnoj insolventnosti“, *Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu*, Vol. 56 No. Poseban broj, prosinac 2006, стр. 660, доступно на: <http://hrcak.srce.hr/6462>, 15.03.2013. Видети о појму „центар главних интереса“ и код Весна Ракић-Водинелић, Ана Кнежевић, „Поступак прилагођавања стечајног права Србије правилу ЕУ о поступцима у случају инсолвентности“, стр. 112–113.
- 19 Овај израз користи Jasnica Garašić, „Posebni tzv. partikularni stečajni postupak u hrvatskom pravu“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* (1991), Vol. 33, 2012, стр. 87, доступно на: http://hrcak.srce.hr/index.php?show=clanake&id_clanak_jezik=130068, 15.3.2013.
- 20 Весна Ракић-Водинелић, Ана Кнежевић, „Поступак прилагођавања стечајног права Србије правилу ЕУ о поступцима у случају инсолвентности“, стр. 116–119, говори, такође, о главним и споредним поступцима, коментаришући Уредбу ЕУ о поступцима у случају инсолвентности, односно то да и Уредба прихвата овакво разликовање, при чему ове друге одређује појмом „територијално ограничени поступци“. То су управо поступци отворени применом супсидијарног критеријума да се у односној држави налази пословна јединица („establishment“) стечајног дужника, а битна карактеристика таквих поступака јесте да су његова дејства ограничена на имовину дужника која се налази на територији те државе, али морају бити призната и у другим државама. Ипак, услов за све територијалне, дакле посебне поступке, јесте постојање пословне јединице на територији државе чији суд га отвара, тако да, према Уредби ЕУ само постојање имовине на територији једне државе није довољно за отварање територијалних поступака. У оквиру територијалних поступака Уредба ЕУ прави такође разлику између секундарних и територијалних – први се отварају након главног, и могу се отворити и у више држава у којима се налазе пословне јединице дужника, други се отварају пре главног поступка уз испуњење два алтернативно одређена услова – или да се против дужника не може покренути поступак или да поверилац има пребивалиште или регистровано седиште у држави чланици у којој дужник има пословну јединицу. Видети и текст Уредбе ЕУ, чл. 3 ст. 4, доступно на словеначком језику на: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2000R1346:20080809:SL:P DF>, 3.4.2013.

Споредни партикуларни поступци би били они који су отворени пре признања страног главног поступка, а пре или после отварања страног главног поступка. Уколико је отворен после отварања страног главног поступка, услов је да страни главни поступак није признат у држави у којој се отвара споредни партикуларни поступак. Ови су поступци од страног главног поступка сасвим независни.²¹ За ове поступке ЗС РХ, нпр., предвиђа да се могу отворити пред судом Хрватске на основу критеријума дужникове пословне јединице у Хрватској, али и на основу критеријума да се у Хрватској налази имовина дужника.²² Овакав поступак има допунски карактер.²³

Споредни секундарни поступак претпоставља отварање и признање страног главног поступка, стога је подређен, завистан од тог, главног, али му је подређен и на основу правила о кооперацији и координације та два поступка.²⁴ У ЗС РХ, нпр., овде је довољно да дужник у Хрватској има имовину да би се засновала надлежност суда Хрватске.²⁵ Но, ЗС РХ, такође одредбом чл. 302 управо таксативно набраја и ситуације у којима се, и према ком критеријуму, пред судом Хрватске могу водити посебни поступци, при чему за обе поменуте врсте изричито предвиђа да се воде само у погледу имовине дужника која се налази на територији Хрватске.

Разликовање о коме је овде било речи чини се потребним управо стога што се према једном стечајном дужнику може отворити више споредних стечајних поступака, и у различитим државама, како партикуларних тако и секундарних. При томе се разликују претпоставке за допуштеност ове две врсте споредних поступака – оног који је независтан од страног главног поступка и оног који је последица признања страног главног поступка. Посебно се прави разлика ове две врсте по-

21 Весна Ракић-Водинелић, Ана Кнежевић, „Поступак прилагођавања стечајног права Србије правилу ЕУ о поступцима у случају insolventности“, стр. 116–119.

22 Видети одредбе чл. 302 ст. 1–2 т. 1, 2, 3 ЗС РХ, док Модел закона за отварање ове врсте поступка не одређује директну међународну надлежност.

23 Jasnica Garašić, „UNCITRAL-ov Model zakona o prekograničnoj insolventnosti“, стр. 662, говори о „надомјесној функцији“. Посебно видети детаљније о функцијама партикуларног поступка (допунска и надопуњујућа) и секундарног поступка (заштитна, подупирућа и помоћна) код Jasnica Garašić, „Europska uredba o insolventnim postupcima“, *Zbornik Pravnog Fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Vol. 26, 2005, бр. 1, стр. 291–292, доступно на: http://www.pravri.hr/hr/zbornik/v26_17garasic.html, претражено 19.3.2013, као и J. Garašić, „Posebni tzv. partikularni stečajni postupak u hrvatskom pravu“, стр. 85–108, доступно на: http://hrcaj.srce.hr/index.php?show=clanak_jezik=130068, 19.3.2013.

24 Jasnica Garašić, „Posebni tzv. partikularni stečajni postupak u hrvatskom pravu“, стр. 87, као и: J. Garašić, „UNCITRAL-ov Model zakona o prekograničnoj insolventnosti“, стр. 661.

25 Видети одредбу чл. 303 ЗС РХ.

ступака у погледу примене правила о намирењу поверилаца, а отварање партикуларног стечајног поступка у једној држави има важну допунску, „надомјесну“ функцију у оним ситуацијама када се у држави у којој је седиште главних интереса дужника главни поступак не отвара иако постоји стечајни разлог, или је отворен, али још увек није тражено његово признање код нас, или се признање мора одбити.²⁶

Уз речено, начин редиговања ове, одредбе чл. 188, ст. 2 т. 2, условљава потребу да се са још једног аспекта прокоментарише. У теорији је препознато да се, поред тога што нису потпуно одвојени „споредни партикуларни“ и „споредни секундарни“ поступци, ни однос „главног“ и „споредног“ поступка не прецизира у довољној мери, те да је посебно проблематично то што се изричито не одређује на коју се имовину дужника односе споредни стечајни поступци.²⁷ Наиме, критеријум налажења имовине у нашем се закону помиње само у одредби чл. 199 ст. 1, односно да се после признања страног главног поступка стечајни поступак пред нашим судом може отворити само у случају да стечајни дужник има имовину у Републици Србији. При том је усвојен блажи концепт Модел закона, без условљавања постојањем пословне јединице на домаћој територији.²⁸ Овде је, заправо реч о секундарним (посебним) партикуларним поступцима, који су недовољно јасно дистрибуирани у ЗС РС.²⁹ Уз то, одредба ст. 2 истог члана ограничава вођење поступка у односу на имовину која се налази у Републици Србији тиме што одређује да се поступак спроводи „само у мери која неопходна за остваривање сарадње у складу са чл. 196, 197 и 198 ЗС РС“. Решење је

26 Видети: Jasnica Garašić, „Posebni tzv. partikularni stečajni postupak u hrvatskom pravu“, стр. 88–89.

27 Весна Ракић-Водинелић, Ана Кнежевић, „Поступак прилагођавања стечајног права Србије правилу ЕУ о поступцима у случају инсолвентности“, стр. 118.

28 О овоме више код Весна Ракић-Водинелић, „Поступак прилагођавања стечајног права Србије правилу ЕУ о поступцима у случају инсолвентности“, стр. 117, а примену комбинованог модела – у основи постојање пословне јединице на домаћој територији, а када нема пословну јединицу онда се допуна врши критеријумом локације имовине на домаћој територији, препознајемо у одредби чл. 302 ЗС РС, где се, међутим, у случају примене критеријума локације имовине изричито набрајају случајеви када поступак може водити суд Хрватске: 1. када се према критеријуму центра пословног деловања у односној држави поступак против дужника не може покренути због услова из стечајног законодавства, мада постоји стечајни разлог; 2. ако према праву државе у којој је центар пословног деловања дужника поступак обухвата само имовину која се налази у тој држави; 3. када се отварање стечајног поступка у Хрватској предлаже према чл. 334 овог Закона, односно с тога што су испуњени услови да се предлог за признање стране одлуке о отварању стечајног поступка одбије; и 4. када се отварање посебног стечајног поступка предлаже у оквиру поступка за признање стране одлуке о отварању стечајног поступка.

29 Видети код Jasnica Garašić, „Posebni tzv. partikularni stečajni postupak u hrvatskom pravu“, стр. 89.

преузето из Закона о стечајном поступку (2004) и већ аргументовано критиковано у теорији.³⁰ Истовремено, задржано је и решење које непотребно проширује примену ЗС РС на „другу имовину стечајног дужника којом би, у складу са овим законом, требало да се управља у оквиру стечајног поступка“. Стога је предлог теорије био да се заправо језички коректно формулише одредба чл. 199 ст. 2, те да гласи: „Стечајни поступак из ст. 1 овог члана води се само у односу на имовину стечајног дужника која се налази у РС, и, у мери која је неопходна за остваривање сарадње у складу са чл. 196, 197 и 198 овог закона, на другу имовину стечајног дужника којом се, у складу са овим законом, управља у оквиру стечајног поступка.“³¹

Форум имовине у стечајном праву иначе има значајну допунску, заштитну функцију, али се прихвата и са ширим образложењем сложености правних односа повезаних са домаћим правом и када дужник има само имовину у односној држави и да он јача поверење повериоца да ће своја имовинска права у случају стечаја моћи да заштити према праву државе у којој је нека његова имовина.³² Разлози против овог форума³³ такође су бројни што је условило да га Уредба ЕУ не прихвата. Но без обзира на модел који ће бити прихваћен решења морају бити недвосмислена, стога што ни отварање споредног партикуларног стечајног поступка пред судом РС не би смело спречити касније признање страног главног поступка. Одредба чл. 188 ст. 8 ЗС РС томе се не противи. По дејствима би се, међутим, тада домаћи споредни партикуларни поступак преобратио у споредни секундарни поступак, али уз уважавање ефеката, односно последица које су у партикуларном поступку до момента признања страног главног поступка већ наступиле.³⁴

У односу на поменути проблем врста стечајних поступака од интереса је и одредба чл. 188 ст. 8, односно да се после отварања поступка над дужником чије је регистровано седиште у РС, односно средиште главних интереса у РС, страни поступак може признати само као споредни, али се и даље не прецизира врста.

30 Весна Ракић-Водинелић, Ана Кнежевић, „Поступак прилагођавања стечајног права Србије правилу ЕУ о поступцима у случају инсолвентности“, стр. 118, сматрају да је реч о лошем преводу који условљава ограничавање примене закона у односу на имовину дужника која се налази на домаћој територији.

31 Весна Ракић-Водинелић, Ана Кнежевић, „Поступак прилагођавања стечајног права Србије правилу ЕУ о поступцима у случају инсолвентности“, стр. 118.

32 Jasnica Garašić, „Posebni tzv. partikularni stečajni postupak u hrvatskom pravu“, стр. 91.

33 *Ibidem*, стр. 91-92.

34 Jasnica Garašić, „Posebni tzv. partikularni stečajni postupak u hrvatskom pravu“, стр. 101.

IV Признање страног поступка

ЗС РС говори о „признању страног поступка“.³⁵ Тиме се недвосмислено искључује да се ради о поступку признања стране одлуке о отварању стечајног поступка, а тиме елиминишу и разлози који важе у националном правном поретку за такво шта. Само регулисање посебно важног питања претпоставки за признање страног поступка је сумарно, али надлежни суд, ипак, испитује одређене формалноправне претпоставке што асоцира на прихватање решења Модела закона.

Одредбом чл. 186 дато је овлашћење страном представнику да поднесе захтев за признање страног поступка у којем је именован при чему своје својство доказује на један од алтернативно одређених начина:

- одлуком о покретању страног поступка и именовању страног представника заједно са доказом о њеној извршности по праву стране државе, или
- потврдом страног суда или другог надлежног органа о постојању страног поступка и именовању страног представника, или
- било којим другим доказом о постојању страног поступка и именовању страног представника за који надлежни суд у РС сматра да је прихватљив, а у одсуству једног од претходних доказа.

Услови су идентични онима из одредбе чл. 15 ст. 2 Модела закона. Ипак, заслужују и као такви коментар. Наиме, несумњив је једино први од наведених начина доказивања, док остали отварају сумње, односно нејасноће у односу на појам „постојање страног поступка“, а, уз то, посебно у трећој алтернативи, и у односу на то шта би наши судови све могли прихватити као доказ таквог „постојања“. Уместо термина „постојање“ поступка који се тиче инсолвентности, а посебно стечајног, адекватније је говорити о „отварању“ тог поступка, с обзиром да се правне последице везују уз тај моменат те да је он и препознатљив на плану националних законодавстава.

У одредби чл. 186, даље се налаже страном представнику да уз захтев за признање страног поступка приложи „изјаву... у којој се наводе сви страни поступци у вези са дужником који су познати страном представнику“. Овај услов има логику с обзиром на могућност вођења више споредних поступака против истог дужника, а у истој или различитим државама.

35 За разлику од, нпр, ЗС РХ, који говори о признању одлуке страног суда о отварању стечајног поступка, чл. 308, па надаље. Такође, ЗС РМ, одредбом чл. 337, па надаље, по угледу на ЗС РХ, говори о признању стране судске одлуке о отварању стечајног поступка.

Имајући у виду претходне начине доказивања својства страног представника, може се отворити питање примене и одредбе чл. 187 ст. 1. Наиме, доказивање да је један поступак страни врши се на идентичне начине, дакле, између осталог, и сваким другим доказом који се нашем суду учини прихватљивим. Уз то, одредбом става 2 истог члана даје се овлашћење нашем суду да аутентичност призна без легализације, што додатно може створити проблем правне сигурности. Уз неједнако поступање судова у оцени поменутих различитих врста доказа, отвара се, могуће, и пут злоупотребама.

Овакав приступ у погледу могућности доказивања у формалном поступку признања страног поступка либералнији је и од захтева Уредбе ЕУ, која одредбом чл. 16 прихвата аутоматско признање (*ex lege*) „стране одлуке о отварању“ поступка, а не поступка, али уз услов да је донесена од стране суда државе чланице који је надлежан за отварање главног поступка, од тренутка наступања њене извршности у држави отварања поступка.³⁶

Поступак ће се признати као страни уз испуњење услова: да има обележја страног поступка из чл. 174 ст. 2; да је страни представник лице или орган из чл. 174 ст. 4; да захтев испуњава „услове“ из чл. 182 ст. 2, и да је захтев поднет надлежном суду из чл. 176 и 177 ЗС РС. Нетачна је, при томе, језичка формулација да захтев „испуњава услове“ (множина?) из чл. 182 ст. 2, што упућује на кумулативно одређене услове, а суштински је реч о алтернативно утврђеним условима, односно доказним средствима о постојању страног поступка и именовању страног представника.

Пажњу заслужује и одредба чл. 179, односно да се предузимање „радње“ у вези са међународним стечајем може од стране надлежног суда одбити ако је она („радња“) у супротности са јавним поретком РС. Појам „радња“, наиме, довољно је широк да омогућава различита тумачења. Радња је и доношење судске одлуке, чак најважнија судска радња. Према оваквој логици поменута формулација значи и могућност одбијања признања с позивом на наш јавни поредак, али то није и изричито речено. Лоцирање ове одредбе у ЗС РС, одмах после одредби о надлежности за међународни стечај такође упућује на њену општу природу и на претходни закључак. Треба рећи да се у том случају поступак признања од поступка у коме се проверава само постојање доказа о испуњености формалноправних услова за признање претвара у поступак испитивања суштинских услова, какав сигурно јесте јавни поредак, што се чини и у поступку признања страних судских одлука.

36 Видети о овоме више: Весна Ракић-Водинелић, Ана Кнежевић, „Поступак прилагођавања стечајног права Србије правилу ЕУ о поступцима у случају инсолвентности“, стр. 119–120.

Посебан процесни проблем је да ЗС РС не предвиђа правно средство (лек) против решења о непризнавању страног поступка. Модел закона, такође, не регулише ово питање, остављајући националним законодавствима да то ураде.³⁷ Предвиђена је једино, опет директним преузимањем из Модела закона (чл. 17 ст. 4), могућност да се решење о признању страног поступка измени или укине од стране „првостепеног суда“ (мисли се претпостављам на суд који га је и донео), и то *ex offio* или на захтев заинтересованог лица, ако се утврди да услови за доношење решења нису били испуњени или да су престали да постоје после његовог доношења.

Даље, Модел закона, па ни ЗС РС, не захтевају ни објављивање поднесеног захтева за признање страног поступка, као ни решења о признању, односно одбијању признања. Истовремено решење о изрицању мера у оквиру пружања помоћи привремене природе, а на захтев страног представника, објављује се услед сходне примене одредаба ЗС РС о мерама обезбеђења у претходном поступку (чл. 63.)!?!

У теорији има схватања да би и у државама које су се определиле за формални поступак признања требало предвидети могућност да се о признању страног инсолвенцијског поступка одлучује као о претходном питању, стога што би у неким ситуацијама вођење поступка признања било нецелисходно и неекономично.³⁸ Ову могућност наш закон не познаје. Истовремено, предвиђа да је „постојање овлашћења страног представника претходно питање у сваком поступку у коме је дужник странка“, и у коме на основу решења о признању страног поступка страни представник може „бити учесник“ (чл. 195). Терминологија је сасвим специфична и заслужује коментар. Наиме, поменуто „овлашћење“, односно његово постојање и пуноважност, има значај процесне претпоставке, а ако је реч о класичном „претходном питању“ оно је сасвим другачије дефинисано и има сасвим другу процесноправну конотацију. Дакле, није сасвим јасно шта се хтело коришћењем ових процесноправних појмова. Уз то, појам „учесник“ не значи сам по себи ништа одређено, односно не зна се у ком својству страни представник остварује учешће. У теорији се говори о учешћу у својству умешача с обзиром да дужник мора бити странка у таквом поступку.³⁹

37 Видети: Jasnica Garašić, „UNCITRAL-ov Model zakona o prekograničnoj insolventnosti“, стр. 666.

38 Тако, Jasnica Garašić, „UNCITRAL-ov Model zakona o prekograničnoj insolventnosti“, стр. 667, 668. Решење је прихваћено у хрватском праву, одредбом чл. 337, као овлашћење сваког суда ако није донесено посебно решење о признању стране одлуке о отварању стечајног поступка. Решење, оваквог претходног питања има ограничено дејство, само у поступку у коме је решавано, а правна дејства наступају даном доношења одлуке у којој је о признању решено као о претходном питању.

39 Тако, Jasnica Garašić, „UNCITRAL-ov Model zakona o prekograničnoj insolventnosti“, стр. 677, а према Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law, бр. 168–172.

Процесни положај страног представника је, ипак, јасно прецизиран одредбом чл. 194, према којој, после признања страног поступка, може побијати правне радње дужника на основу општих одредаба о побијању садржаних у ЗС РС, дакле у улози је тужиоца, уз ограничења предмета побијања у споредном страном поступку. Уз то, под условима из чл. 184 ЗС РС он може и поднети предлог за покретање стечајног поступка, свакако домаћег, али, опет, није прецизирано о којој врсти поступака је реч. У теорији се закључује да је реч само о овлашћењу управника страног главног поступка да покрене домаћи споредни поступак, и то секундарни, а не и партикуларни, дакле овлашћења су веома ограничена, што из ЗС РС не следи.

Положај страних поверилаца, такође, није прецизиран. Из Модела закона (чл. 23 ст. 1) следило би да страни повериоци морају имати иста права као и домаћи, али нема критеријуми за одређење ко су страни повериоци, па је дакле то предмет националне регулативе. Наш закон такође не одређује појам страног повериоца, али генерално одређује да се морају заштитити интереси поверилаца при доношењу одлуке о пружању или одбијању помоћи (из чл. 190 и 192), и да се и на захтев лица кога се тичу такве мере (претпоставка (и) поверилаца) оне могу изменити или ставити ван снаге, као и да се примењује домаће стечајно право (чл. 175). То би упућивало на идентичан положај свих поверилаца. Тако би, с тога што се не конкретизује о којим повериоцима је реч сви били и ограничени на начин који предвиђа одредба чл. 203 ЗС РС.

Већ и овакав, сумарни приказ најзначајнијих решења ЗС РС о одредаба о поступку признања страног инсолвенцијског поступка упућује на низ пропуста термилошке, али и суштинске природе, па и на потребу измена овог дела ЗС РС. Модел закон, чија су решења доследно пренесена у наше стечајно законодавство, не даје све одговоре, његова решења су само руководна, општа, и стога их је неопходно конкретизовати на националном нивоу. Стога је неопходно консултовати Уредбу ЕУ о поступцима у случају инсолвентности која садржи конкретнија решења.

Dušica PALAČKOVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Kragujevac

INTERNATIONAL INSOLVENCY (POSSIBLE PROCEDURAL LAW APPROACH)

Summary

The importance of regulating the international insolvency has been recognized on both international and supranational level, as well as in our bankruptcy legislation. In this field of law, the problems of procedural, substantive and collisional regulations are numerous and extremely complex. In addition, the territoriality principle is replaced by the principle of universality, especially in relevant international documents, which requires the compliance of the national legislation with this new approach.

Our bankruptcy law regulates the issue of international insolvency according to the Model Law UNCITRAL and Council Regulation (EC) no. 1346/2000 on insolvency proceedings, which is basically, a modern and necessary approach. Yet, from the aspect of procedural law, the regulation is not completely consistent and congruous, which causes some misunderstandings and possible problems in practice that might lead to further amending of the existing solutions. This conclusion principally refers to the issue of the classification of the type of recognized procedures, jurisdiction, the criteria for its defining, and, to some extent, the recognition of the mere recognition procedure.

Key words: *international insolvency, competence, proceeding.*

др Славко ЂОРЂЕВИЋ
доцент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

РЕШАВАЊЕ КВАЛИФИКОВАНОГ МОБИЛНОГ СУКОБА ЗАКОНА У СТВАРНОПРАВНИМ ОДНОСИМА СА ЕЛЕМЕНТОМ ИНОСТРАНОСТИ

Резиме

Аутор се у раду бави проблемом изв. квалификованог мобилног сукоба закона који настаје када се покрећна ствар премешта из једне државе у другу државу, пре него што су се стekli сви неопходни услови за стицање или престапак стварног права на тој ствари. Чл. 18 Закона о решавању сукоба закона са иностранима других земаља (ЗРСЗ) није решио проблем мобилног сукоба закона (није утврдио релевантан моменат за који треба везати место налажења покрећне ствари), па се поставља питање како поступити када покрећна ствар мења место своје налажења, тј. да ли треба применити ранију или актуелну *lex rei sitae*. Анализирајући неколико типичних ситуација квалификованог мобилног сукоба закона, аутор је покушао да одреди правила за његово решавање која би могла послужити за попуњавање ове правне празнине у ЗРСЗ-у. Имајући у виду да је Радна група Министарства правде РС израдила радни текст Нацрта новог ЗМПП, аутор је посебну пажњу посветио и одредбама чл. 117 овог нацрта које садрже колизиона правила за стварна права на покрећним стварима којима је решен квалификовани мобилни сукоб закона.

Кључне речи: промена места налажења ствари, актуелни стварно-правни стипулт, остворена и окончана чињенична стања, проширено премештање покрећне ствари, фразулозно премештање покрећне ствари, Нацрт ЗМПП.

I Увод

Мобилни сукоб закона у међународном приватном праву настаје када се протеком времена мењају чињенице на којима се заснива варијабилна тачка везивања одговарајуће колизионе норме и то тако да она (колизиона норма) у различитим временским тренуцима одређује различите правне поретке меродавним за регулисање једног приватно-правног односа са елементом иностраности.¹

Примена права места налажења ствари (*lex rei sitae*) представља опште прихваћено колизионо решење за стварноправне односе у упоредном међународном приватном праву и важи како за покретне тако и за непокретне ствари.² Када је реч о стварним правима на покретним

1 Упор. Тибор Варади, Бернадет Бордаш, Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Међународно приватно право*, Београд, 2007, стр. 192; Тибор Варади, „Conflict mobile у међународном приватном праву“, *Годишњак – Сарајево*, 1977, стр. 359 и даље; Александар Јакшић, *Међународно приватно право*, Београд, 2008, стр. 312; Маја Станивукковић, Мирко Живковић, *Међународно приватно право*, Београд, 2008, стр. 283 и даље; Ана Купман, „Conflict mobile: упоредноправна разматрања и могућа решења“, у: Весна Ракић-Водинелић, Гашо Кнежевић (уредници), *Liber amicorum Добросав Мићровић*, Београд, 2007, стр. 353 и даље; Jan Kroppholler, *Internationales Privatrecht*, 4. Aufl., Tübingen, 2001, стр. 182; Bernd von Hoffmann, Karsten Thorn, *Internationales Privatrecht*, 9. Aufl., München, 2007, стр. 213 и даље; Abbo Junker, *Internationales Privatrecht*, München, 1997, стр. 194 и даље; W. Wengler, „Skizzen zur Lehre vom Statutenwechsel“, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*, бр. 23/1958, стр. 535 и даље.

2 Вид. чл. 18 Закона о решавању сукоба закона Републике Србије (*Службени лист СФРЈ*, бр. 43/1982, 72/1982 и *Службени лист СРЈ*, бр. 46/1996; даље у фуснотама: ЗРСЗ); чл. 18 Закона о међународном приватном праву и поступку Републике Словеније из 1999. године, *Урадни лист Републике Словеније*, бр. 56/1999; чл. 87 Закона о међународном приватном праву Белигије из 2004. године (текст овог закона на енглеском језику је објављен у *RabelsZ* 70, 2006, 358 и даље); чл. 127 холандског Грађанског Законика, 10. Књига, од 19. маја 2011. године (текст овог закона на енглеском језику објављен је у *Yearbook of Private International Law*, Volume 13/2011, 657–694); чл. 43 Уводног закона за Грађански законик Немачке из 1986. године (BGBl. I S. 2494; 1997 I S. 1061); чл. 64 Закона о међународном приватном праву Бугарске из 2005. године (објављен превод закона на немачки језик у *RabelsZ* 71, 2007, 457–493); чл. 13 Закона о општим правилима за одређивање меродавног права Јапана из 2006. године (текст овог закона на енглеском језику објављен је у J. Basedow, H. Beum, Y. Nishitani (ed.), *Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective*, Tübingen, 2008, стр. 405–419); чл. 23 Закона о међународном приватном праву и поступку Турске из 2007. године (закон на енглеском језику доступан на http://www.ispramed.it/root/wp-content/uploads/2012/10/ipp_l_turkey.pdf, 3.4.2013.); пар. 31 Закона о међународном приватном праву Аустрије из 1978. године; чл. 51 Закона о реформи система међународног приватног права Италије из 1995. године; чл. 3097. Грађанског законика Квебека из 1991. године; пар. 21 Уредбе са законском снагом о међународном приватном праву Мађарске из 1979. године; чл. 100 Закона о међународном приватном праву Швајцарске; чл. 3536 Закона бр. 923 из 1991. године који представља четврти део Грађанског законика Луизијане. Аустријски, италијански, квебешки, мађарски, швајцарски и луизијански закони

стварима, место налажења покретне ствари представља варијабилну тачку везивања, тако да мобилни сукоб закона настаје када оне мењају место (државу) свог налажења. Ако се покретна ствар премести из једне државе (ранији *lex rei sitae*/стварноправни статут) у другу државу (актуелни *lex rei sitae*/стварноправни статут), пре него што су стекли сви неопходни услови за стицање или престанак стварног права, настаје мобилни сукоб закона који се у литератури означава квалификованим мобилним сукобом закона,³ а целокупна правна ситуација у којој се он јавља отвореним чињеничним стањем.⁴ Питање које се поставља гласи: За који тренутак треба везати место налажења покретне ствари, односно да ли је меродаван ранији или актуелни стварноправни статут?

Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља Републике Србије (ЗРСЗ) није решио проблем мобилног сукоба закона. Чл. 18 ст. 1 ЗРСЗ садржи опште колизионо правило које упућује на примену права места где се ствар налази и које важи и за непокретне и за покретне ствари: „За својинскојравне односе и друга њрава на ствари меродавно је њраво месџа ѓде се ствар налази.“⁵ Овом одредбом није

могу се наћи преведени на српски језик код М. Живковић, *Међународно ѓривајно ѓраво – националне кодификације*, Београд, 1996.

- 3 Вид. J. Kropholler, *нав. дело*, стр. 524–529; Karl Kreuzer, „Gutachtliche Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des Internationalen Privatrechts – Sachenrechtliche Bestimmungen“, у: Dieter Henrich (Hrsg.), *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Sachen- und Immaterialgüterrechts*, Tübingen, 1991, стр. 56 и даље; Christiane Wendehorst, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1–46), Internationales Privatrecht*, München, 2006, Art. 43 Rn 133–177 (даље у фуснотама: C. Wenderhorst, *MünchKomm, Art. 43*); Hans Stoll, *Internationales Sachenrecht*, J. von Staundingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin, 1996, стр. 155 и даље, 223 и даље; A. Junker, *нав. дело*, стр. 409 и даље.
- 4 Постоји и други облик мобилног сукоба закона који настаје када се покретна ствар, на којој је пуноважно стечено стварно право док се она налазила у једној држави, премести у другу државу у којој то стварно право треба да произведе дејства. Проблем се овде додатно компликује, уколико актуелни стварноправни статут не познаје облик стварног права које је стечено према ранијем стварноправном статусу. Литература ову ситуацију назива *окончаним чињеничним стањем*, а настали мобилни сукоб закона *ѓростѓим мобилним сукобом закона* чије решавање, понекад, повлачи за собом и примену тзв. *метѓоде ѓрансѓозиције* којом се непознато страном стварно право имплементира у актуелни *lex rei sitae*. Подела на квалификоване и просте мобилне сукобе закона долази из немачке литературе. Вид. фн. 3. Наша литература не врши изричито класификацију на квалификоване и просте мобилне сукобе закона, али разликује отворена и окончана чињенична стања (вид. А. Јакшић, *нав. дело*, стр. 487–489, Т. Варади *et. al.*, *нав. дело*, стр. 359 и даље).
- 5 Чл. 18 у ст. 2 и 3 садржи и два посебна колизиона правила – једно за стицање и престанак стварног права на покретној ствари у превозу (*res in transitu = lex loci destinationis*), а друго за стварна права на превозним средствима (*lex banderae*). О тумачењу и примени чл. 18 ЗРСЗ вид. Михајло Дика, Гашо Кнежевић, Срђан

утврђен релевантни тренутак за који треба узети место налажења покретне ствари, тако да је решавање мобилног сукоба закона препуштено литератури и судској пракси. Домаћи аутори су у више наврата заузимали становишта о решавању овог проблема, док се српски судови још увек нису изјаснили.

Циљ овог рада јесте да се ближе расветли проблем квалификованог мобилног сукоба закона и одреде правила за његово решавање. С обзиром да је Радна група Министарства правде РС израдила радни текст Нацрта новог ЗМПП (Радну верзију ЗМПП – у даљем тексту: Нацрт ЗМПП),⁶ пажњу посвећујемо и одредбама чл. 117 овог нацрта које садрже колизиона правила за стварна права на покретним стварима.

II Правила за решавање квалификованих мобилних сукоба закона

1. Примена актуелног стварноправног статута

Иако чл. 18 ЗРСЗ не садржи решење, у домаћој литератури⁷ је заузето становиште да се квалификовани мобилни сукоб закон решава тако што се на стицање односно престанак стварног права примењује актуелни (последњи, нови) *lex rei sitae*, тј. право државе у којој се покретна ствар налази у тренутку остварења последњег услова на коме се заснива стицање или престанак стварног права. Ово становиште је владајуће и у странијој литератури⁸ и судској пракси,⁹ као и у упоредном законодавству.¹⁰

Стојановић, *Коментар Закона о међународном приватном и процесном праву*, Београд, 1991, стр. 65 и даље.

6 На вебсајту Министарства правде може се наћи текст Радне верзије Закона о међународном приватном праву (вид. <http://www.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakon-o-medjunarodnom-privatnom-pravu-radna-verzija.html>, 1.4.2013).

7 Тако М. Дика, Г. Кнежевић, С. Стојановић, *нав. дело*, стр. 69; А. Јакшић, *нав. дело*, стр. 488; Т. Варади *et. al.*, *нав. дело*, стр. 361–362. У старијој југословенској литератури вид. Борис Еиснер, *Међународно приватно право I*, Загреб, 1952, стр. 178.

8 Вид. К. Kreuzer, *нав. чланак*, стр. 54–55; J. Kropholler, *нав. дело*, стр. 525 и 527; А. Junker, *нав. дело*, стр. 409–410; Gerhard Kegel, Klaus Schurig, *Internationales Privatrecht*, München, 2000, стр. 668; J. H. C. Morris, *The Conflict of Laws*, London, 2005, стр. 409 и даље; Cheshire and North, *Private International Law*, London, 1979, стр. 525 и даље; Поликсена Гавроска, Тони Дескоски, *Међународно приватно право*, Скопје, 2011, стр. 300.

9 Вид. нпр. одлуке немачких судова BGH 20.3.1963, BGHZ 39, 173; BGH, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1960, стр. 774. Као и одлуке енглеских судова *Inglis v Usherwood* (1801) 1 East 515; *Glencore International AG v Metro Trading International* (2001) 1 Lloyd's Rep. 284 (цитирано према J. H. C. Morris, *нав. дело*, стр. 409–410 (фн. 86 и 92).

10 Вид. чл. 87. Закона о међународном приватном праву Белигије из 2004. године; пар. 31 Закона о међународном приватном праву Аустрије; чл. 127 Закона о

Примена актуелног стварноправног статута отвара једно веома важно питање: Да ли се чињенице односно радње неопходне за стицање или престанак стварног права, које су се оствариле док се ствар налазила под окриљем ранијег стварноправног статута узимају у обзир приликом примене актуелног стварноправног статута или је, пак, неопходно да се оне поново остварују у складу са његовим одредбама? У литератури,¹¹ страној судској пракси¹² и упоредном законодавству¹³ преовлађује правило да све чињенице од значаја за стицање (престанак) стварног права које су наступиле док се ствар налазила у једној држави треба сматрати оствареним и у другој држави у којој се ствар налази у моменту остварења последње чињенице на којој се заснива стицање (или престанак) стварног права. На овај начин је заправо постављена фикција да су се све стварноправно релеватне чињенице оствариле под окриљем актуелног стварноправног статута, без обзира где и када је дошло до њиховог остварења. То, дакле, значи да актуелни стварноправни статут има ретроактивно дејство, тј. примењује се и на правно релеватне чињенице које су наступиле док се покретна ствар налазила у претходном ситусу (месту).

Даље, поставља се питање, да ли једно овакво правило треба да буде постављено једнострано, тј. да важи само када је актуелни стварноправни статут уједно и *lex fori*, или универзално, тј. као вишестрано правило које суду налаже да приликом примене актуелног статута узме у обзир чињенице које су наступиле у некој другој држави, без обзира да ли је актуелни статут истовремено и *lex fori*.

У страним кодификацијама обавеза узимања у обзир чињеница насталих у ранијем месту налажења ствари најчешће је постављена једнострано, тј. као правило које се примењује само ако је домаће право актуелни стварноправни статут. На пример, чл. 43 ст. 3 Немачког Уводног закона за Грађански законик садржи једнострану супстанцијалну норму: „Ако *право на ствари, која је доспела у СР Немачку, није иреј-*

међународном приватном праву Холандије из 2011. године; чл. 3536 Закона бр. 923 из 1991. године који представља четврти део Грађанског законика Луизијане; пар. 21 Уредбе са законском снагом о међународном приватном праву Мађарске из 1979. године; чл. 23 Закона о међународном приватном праву и међународном грађанском поступку Турске из 2007. године; чл. 100 Закона о међународном приватном праву Швајцарске из 1987. године.

11 Вид. фн. 7 и 8.

12 Вид. нпр. OLG Zweibrücken 13.7.1898, ZIR 1900, 220.

13 Вид. чл. 102 ст. 1 Закона о међународном приватном праву Швајцарске; чл. 43 ст. 3. Уводног закона за Грађански законик СР Немачке. Иако је ово владајући став у домаћем и упоредном праву, постоје правни ситеми у којима се чињенице остварене под окриљем раније статута не узимају у обзир. Вид. истраживање које је спровео К. Kreuzer, *нав. чланак*, стр. 91.

ходно стицено, за стицање стварног права у СР Немачкој чињенице које су наступиле у другој држави сматраће се оствареним у СР Немачкој.¹⁴ Ова одредба има карактер „помоћне“ норме у тумачењу меродавног немачког супстанцијалног права, тј. примењује се само када је за стицање стварног права на покретној ствари меродавно немачко право (дакле, само када покретна ствар доспе на територију СР Немачке). Ако би актуелни стварноправни статут било странско право, сматра се да би једино оно могло да одлучи о узимању у обзир чињеница остварених у некој другој држави. У супротном, дошло би до „задирања“ у стварноправни поредак стране државе.¹⁵ Веома слично правило садржи и швајцарски ЗМПП.¹⁶

Према нашем мишљењу, супстанцијално правило о узимању у обзир чињеница насталих у ранијем месту налажења ствари треба да буде постављено универзално (као вишестрано правило) и то треба да важи и за наше међународно приватно право. Основни аргумент у прилог овом ставу огледа се у томе да није могуће навести ниједан оправдан разлог због којег би премештање ствари на домаћу територију требало другачије да буде третирано од премештања ствари у неку другу државу.¹⁷ Такође, тврдња поједних немачких аутора¹⁸ да би постављањем универзалног правила дошло до „задирања“ у стварноправни поредак стране државе једноставно не стоји, јер је за стварноправне прописе већине држава ирелевантно у ком месту је наступила нека чињеница од стварноправног значаја.¹⁹

Према томе, чл. 18 ЗРСЗ треба тумачити тако да је за стицање или престанак стварног права на покретној ствари меродаван актуелни *lex rei sitae*, а да се чињенице од значаја за стицање или престанак стварног права које су наступиле под окриљем ранијег стварноправног статута

14 Текст одредбе на немачком гласи (Art. 43 EGBGB): „(3) Ist ein Recht an einer Sache, die in das Inland gelangt, nicht schon vorher erworben worden, so sind für einen solchen Erwerb im Inland Vorgänge in einem anderen Staat wie inländische zu berücksichtigen.“

15 Вид. ВТ-Drucks. 13/343, 16; К. Kreuzer, *нав. чланак*, стр. 73, 98–99.

16 Чл. 102 ст. 1 ЗМПП Швајцарске: „Када је покретна ствар доспела у Швајцарску, а стицање или губитак стварног права на тој ствари није већ наступило у иностранству, чињенице које су наступиле у иностранству сматрају се оствареним и у Швајцарској (Gelangt eine bewegliche Sache in die Schweiz und ist der Erwerb oder der Verlust eines dinglichen Rechts an ihr nicht bereits im Ausland erfolgt, so gelten die im Ausland eingetretenen Vorgänge als in der Schweiz erfolgt).“

17 У том смислу и С. Wenderhorst, *MünchKomm*, Art. 43, Rn 173–174 (стр. 2575).

18 Вид. К. Kreuzer, *нав. чланак*, стр. 73, 98–99.

19 Вид. С. Wenderhorst, *MünchKomm*, Art. 43, Rn 174 (стр. 2575), која сматра да одредба чл. 43 ст. 3 ЕГБГБ треба да буде постављена универзално.

сматрају оствареним и у актуелном стварноправном статуту, без обзира да ли је актуелни статут право Србије или право неке друге државе.²⁰

У наредним пододељцима осврнућемо се на неколико типичних ситуација квалификованог мобилног сукоба закона²¹ које ће нам послужити да ближе објаснимо како функционишу правила која смо овде поставили.

2. Ранији (претходни) и актуелни стварноправни статут сматрају чињенично стање отвореним

Нема сумње да су правила која смо поставили у претходном пододељку у првом реду намењена решавању ситуације у којој се ни према ранијем ни према актуелном стварноправном статуту нису стекли сви услови за стицање стварног права на покретној ствари.

Претпоставимо, на пример, да се покретна ствар одређено време налазила у држави А у савесној државини једног лица које је пре истека рока за одржај заједно са ствари прешло у државу Б, према чијем праву овај рок такође није истекао (дакле, и претходни и актуелни стварноправни статут чињенично стање сматрају отвореним).²² Применом горе постављених правила, најпре се утврђује да је за стицање права својине на покретној ствари одржајем меродавно право државе Б, уколико у држави Б наступи последња чињеница (тј. потребан протек времена) на којој се заснива стицање права својине. Затим, све чињенице од значаја за стицање права својине које су наступиле док се ствар налазила у држави А треба сматрати оствареним и у држави Б. Према томе, савесна државина стечена у држави А и период времена који је протекао док се ствар налазила у држави А узимају се у обзир као да су остварени под окриљем права државе Б. То значи да се ваљаност ових двеју правних чињеница (квалитет државине и протекли период времена) цени

20 Наравно, треба имати у виду да ће се пред домаћим судовима најчешће расправљати спорови о стицању стварног права на покретној ствари која се налази у Србији, што значи да ће се примењивати домаће право као актуелни статут.

21 Упор. Т. Варади *et. al.*, *нав. дело*, стр. 357–362; А. Јакшић, *нав. дело*, стр. 487 и даље; Ј. Kropholler, *нав. дело*, стр. 527–528; А. Junker, *нав. дело*, стр. 410–411; В. von Hoffmann, К. Thorn, *нав. дело*, стр. 523 и даље; Н. Stoll, *нав. дело*, стр. 158; Thomas Pfeiffer, „Der Stand des internationalen Sachenrechts nach seiner Kodifikation“, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht (IPRax)*, 2000, стр. 270 и даље; Heinz Peter Mansel, „De Weerth v. Baldinger – Kollisionsrechtliches zum Erwerb gestohlener Kunstwerke“, *IPRax*, 1988, стр. 268 и даље; Ј. Н. С. Morris, *The Conflict of Laws*, 3rd edition, London, 1984, стр. 353 и даље, 495; С. Wendehorst, *MünchKomm, Art. 43, Rn 160–177* (стр. 2571–2576); Dirk Looschelders, *Internationales Privatrecht – Art. 3–46 EGBGB, Praxiskommentar*, Berlin-Heildeberg, 2004, стр. 646–647.

22 Ово је типичан пример који се наводи у литератури. Вид. *ibid.*

према праву државе Б (актуелном стварноправном статуту). Ако се покаже да су оне ваљано остварене у складу са одредбама права државе Б, до стицања својине ће доћи када протекне рок за одржај који предвиђа овај статут (наравно, под условом да се у том тренутку ствар још увек налази на територији државе Б).

3. Ранији статут чињенично стање сматра отвореним, а актуелни статут окончаним

Може се догодити да у тренутку преласка покретне ствари из једне у другу државу претходни стварноправни статут чињенично стање сматра отвореним, а актуелни стварноправни статут окончаним, при чему чињенично стање, посматрано из угла актуелног статута, може бити окончано на позитиван или негативан начин.²³ Чињенично стање је окончано на позитиван начин када су чињенице, које су наступиле док се ствар налазила под окриљем ранијег стварноправног статута, довољне да доведу до стицања или престанка стварног права према одредбама актуелног стварноправног статута. Негативно окончана чињенична стања настају када чињенице, које су остварене за време важења ранијег стварноправног статута, нису подобне да произведу било какво правно дејство према одредбама актуелног стварноправног статута, тј. нису према овом праву ваљане за стицање или престанак стварног права.²⁴

На пример, ликовни уметник из Србије пуноважно је закључио уговор о продаји једне своје слике са купцем из Француске, коју је наредног дана отпремио из свог атељеа у Београду за Париз. Право Републике Србије за стицање права својине захтева, поред пуноважног правног посла, и предају покретне ствари,²⁵ док француско право самом уговору признаје транслаторно дејство тако да предаја ствари није неопходна за стицање својине.²⁶ Уговор о продаји слике закључен је, дакле, под окриљем ранијег стварноправног статута (српског права) према чијим нормама није довољан за стицање права својине (недостаје предаја ствари), али је зато према одредбама актуелног (новог) стварноправног статута (француског права) сасвим довољан да својина на покретној ствари пређе са продавца на купца. Дакле, према актуелном статуту

23 О позитивно и негативно окончаним чињеничним стањима вид. код С. Wendehorst, *MünchKomm, Art. 43, Rn 163–165* (стр. 2572–2573).

24 Вид. *ibid.*

25 Чл. 34 Закона о основама својинскоправних односа (*Службени лист СФРЈ*, бр. 6/80 и 36/90, *Службени лист СРЈ*, бр. 29/96, *Службени гласник РС*, бр. 115/2005).

26 Чл. 938, 1138 и 1583 Француског грађанског законика.

чињенично стање је окончано на позитиван начин.²⁷ Сличан пример се може конструисати и за стицање права својине одржајем: једно лице, које одређено време има покретну ствар у савесној државини у држави А, пресели се, пре истека рока за одржај, заједно са покретном ствари у државу Б, према чијем праву је рок за одржај већ истекао. Дакле, из угла актуелног стварноправног статута (права државе Б) чињенице, које су наступиле под окриљем ранијег стварноправног статута, довољне су да заснују право својине. У оба ова примера поставља се питање, да ли до стицања права својине долази аутоматски самим „преласком“ ствари у државу према чијем праву су испуњени услови за стицање?

Према нашем мишљењу, одговор на ово питање треба да буде позитиван.²⁸ Наиме, чињенице од значаја за стицање стварног права, које су се оствариле док се ствар налазила под окриљем ранијег стварноправног статута, сматрају се оствареним и према актуелном (новом) стварноправном статуту који је позван да оконча чињенично стање. Уколико су ове чињенице према одредбама актуелног статута довољне да заснују стварно право на покретној ствари, нема разлога због којих би требало ускратити стицање стварног права самим премештањем ствари на територију ове државе.²⁹

С друге стране, када актуелни стварноправни статут чињенично стање, које је остварено у ранијем месту налажења ствари, сматра окончаним на негативан начин, сасвим је јасно да до стварноправног ефекта никако не може доћи, с обзиром да је актуелни статут позван да одлучи о свим неопходним условима (чињеницама) за стицање или престанак стварног права. На пример, ранији стварноправни статут за одржај захтева само праву државину, док актуелни стварноправни статут захтева да државина буде и савесна. Према одредбама актуелног стварноправног статута, чињеница да се покретна ствар налази у несавесној (али правој) државини потенцијалног власника не може бити ваљан услов за стицање својине одржајем (чак и ако је према овом праву рок за одржај истекао), што значи да до њеног стицања неће ни доћи. Иако, дакле, из угла ранијег стварноправног статута постоји одговорајуће „правно стање“ којем би се требало придружити још нека правна чињеница (протек времена) да би дошло до стицања стварног права на покретној ствари, из угла актуелног стварноправног статута реч је о „стању“

27 Реч је такође о типичном примеру из литературе (типичан пример сукоба система који почива на принципу традиције, тј. предаје ствари, и система који почива на принципу консенсуалности). Вид. нпр. Т. Варади *et. al.*, *нав. дело*, стр. 358–359; С. Wenderhorst, *MünchKomm, Art. 43, Rn 163* (стр. 2572).

28 Тако и С. Wenderhorst, *MünchKomm, Art. 43, Rn 163* (стр. 2572).

29 Изузетак би евентуално могле представљати ситуације у којима је покретна ствар фидуцијозно премештена у другу државу. Вид. одељак III овог рада.

које је правно ирелевантно, те стога не може доћи до стварноправног ефекта.³⁰

4. Негативно окончана чињенична стања према ранијем стварноправном статусу

Догађа се да се под окриљем ранијег стварноправног статуса остваре све неопходне чињенице за стицање стварног права које захтева актуелни стварноправни статут, при чему оне уопште нису могле да произведу дејства према одредбама ранијег стварноправног статуса.

Одличан пример за овај тип квалификованог мобилног сукоба закона може се конструисати код стицања својине од невласника.³¹ Претпоставимо да је савестан купац из Србије купио од овлашћеног продавца у Минхену украдену машину за прераду дрвета коју је донео у Србију. Према немачком праву, које је у овом примеру ранији стварноправни статут, до стицања својине на покретној ствари од невласника не може доћи ако је ствар била украдена, без обзира на то што је стицалац савесно купио ствар од лица које се професионално бави продајом таквих ствари³² – дакле, немачко право описано чињенично стање сматра окончаним на негативан начин. С друге стране, према српском праву (као актуелном стварноправном статусу) ове чињенице производе стварноправни ефекат, тј. дошло би до стицања својине од невласника, јер је савесни стицалац купио ствар од лица које се бави продајом таквих машина у оквиру своје пословне делатности.³³ Међутим, све чињенице од значаја за стицање својине од невласника догодиле су се док се машина налазила у Немачкој чије право им не признаје стварноправни ефекат. Из тог разлога оне не могу произвести дејства ни након преласка ствари у Србију, без обзира на то што им српско право признаје стварноправно дејство.

Према томе, до аутоматског стицања својине од невласника самим премештањем машине за прераду дрвета у Србију никако не може доћи (тј. не би смело да дође). Чињенично стање је окончано према ранијем (немачком) стварноправном статусу и не може се поново преиспитивати према актуелном стварноправном статусу, па макар то било право Републике Србије.

У последњих неколико година домаћи судови су у више наврата одлучивали о стицању својине од невласника на половним мотор-

30 Упор. Т. Варади *et. al.*, *нав. дело*, стр. 362.

31 Слични примери се могу наћи код Т. Варади *et. al.*, *нав. дело*, стр. 358; А. Јакшић, *нав. дело*, стр. 489.

32 Вид. пар. 932 и 935 Немачког Грађанског законика.

33 Вид. чл. 31 Закона о основама својинскоправних односа.

ним возилима прибављеним у иностранству и, притом, су занемаривали чињеницу да се прибављање возила догодило док се оно налазило у иностранству држави.³⁴ На пример, у једном случају домаћи суд³⁵ је одлучивао о стицању својине од невластника на аутомобилу купљеном у СР Немачкој и применио право Републике Србије, при чему није узео у обзир чињеницу да су се куповина (уговор о продаји) и предаја возила у државину, тј. услови за стицање права својине, догодили у Немачкој (тј. док се аутомобил налазио на територији Немачке). У овом случају суд је морао да примени немачко право (ранији статут), јер су се све правне чињенице које би могле довести до стицања својине догодиле док се аутомобил налазио у Немачкој (окончано чињенично стање).

III Посебно о противправном и фразулозном премештању покретне ствари у другу државу

Поставља се питање, да ли је на стицање или престанак (па чак и на дејства) стварног права правично применити право државе (актуелни стварноправни статут) у коју је покретна ствар доспела на противправан или фразулозан начин?

1. Противправно премештање покретне ствари у другу државу

Код противправног премештања покретне ствари у другу државу ваља разликовати ситуације у којима су инволвирани интереси трећих савесних лица од ситуација у којима то није случај.

За прву групу ситуација опет нам може добро послужити пример са стицањем својине од невластника. Претпоставимо да лице А у једној јувелирници у Београду купи дијамантску огрлицу, при чему не зна да је она украдена у Хрватској и стављена у промет у Србији. Према праву Републике Србије,³⁶ као актуелном стварноправном статуту, савесни стицалац који је купио покретну ствар од невластника, који у оквиру

34 Вид. Пресуда Окружног суда у Чачку, Гж. 1696/07 од 28.11.2007. године, *Избор судске праксе*, бр. 3/2008, стр. 49; Пресуда Окружног суда у Новом Саду, Гж. 4548/05 од 7.12.2006. године, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, бр. 2/2007, стр. 98–101 (објављено и у: *Право, теорија и пракса*, 3–4/2007, стр. 64–65); Пресуда Окружног суда у Чачку, Гж. 46/04 од 18.1.2006. године, *Избор судске праксе*, бр. 6/2006, стр. 45; Пресуда Окружног суда у Ужицу, Гж. 1649/06 од 10.7.2007. године, *Избор судске праксе*, бр. 12/2007, стр. 51.

35 Вид. Пресуду Окружног суда у Новом Саду, Гж. 4548/05 од 7.12.2006. године, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, бр. 2/2007, стр. 98–101 (и у: *Право, теорија и пракса*, бр. 3–4/2007, стр. 64–65).

36 Чл. 31 Закона о основама својинскоправних односа.

своје делатности ставља у промет такве ствари, стиче право својине на тој ствари, што значи да лице А постаје власник огрлице у тренутку када му је она предата. С друге стране, према хрватском праву право својине на покретној ствари не може се стећи од невласника уколико је ствар из власниковог притежања изашла противно његовој вољи,³⁷ тако да лице А не би могло да стекне право својине на огрлицу. Ако се има у виду да је покретна ствар (огрлица) против власникове воље (дакле, на противправан начин) пренета у Србију, поставља се питање да ли би у оваквим ситуацијама било оправдано одступити од основног правила (примена актуелног *lex rei sitae* – права Србије) и применити ранији *lex rei sitae* (право државе у којој се ствар налазила у тренутку крађе – у нашем примеру право Хрватске)?

У страниој и домаћој литератури влада мишљење да на примену права државе у којој се ствар налази у тренутку остварења последњег услова за стицање стварног права (актуелни *lex rei sitae*) не може имати утицаја чињеница да је ствар на њену територију доспела против власникове воље или на други противправан начин.³⁸ Као разлог за овакав став наводи се очување интереса промета и правне сигурности, који у првом реду имају у виду заштиту интереса савесних трећих лица. Сматра се, наиме, да савесни стицалац (треће лице), коме није познато да је ствар украдена у иностранству, није дужан да зна садржину ранијег *lex rei sitae*, те из тог разлога треба применити актуелни стварноправни статут у који савесни стицалац једино може да се поузда.³⁹

С друге стране, има и мишљења да у оваквим ситуацијама треба применити ранији стварноправни статут, тј. право државе у којој се ствар налазила у тренутку противправног одузимања.⁴⁰ До примене ранијег статута, као изузетка од општег правила, могло би да дође активирањем клаузуле одступања у правним системима који познају овај облик корекције колизионоправног упућивања (наравно под условом да се испуне услови за њену примену). Могуће је чак и предвидети посебну колизиону норму која би у овом случају упућивала на ранији

37 Чл. 118 ст. 4 Закона о власништву и другим стварним правима Републике Хрватске (*Народне новине*, бр. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12).

38 Вид. Н. Stoll, *нав. дело*, стр. 158 са наводима одлука из немачке судске праксе; В. von Hoffmann, К. Thorn, *нав. дело*, стр. 520; А. Јакшић, *нав. дело*, стр. 485. Вид. и енглеску одлуку *Winkworth v Christie Manson & Woods Ltd* (1980) 2 WLR 937 (цитирано према Ј. Н. С. Morris (2005), *нав. дело*, стр. 411).

39 Тако В. von Hoffmann, К. Thorn, *нав. дело*, стр. 520. О проблемима код стицања својине од невласника са елементом иностраности види више: Н. Stoll, *нав. дело*, стр. 180–186.

40 Вид. Н. Р. Mansel, *нав. чланак*, стр. 268 и даље.

статут. Међутим, овом становишту се приговара да не води рачуна о горе поменутиим интересима трећих савесних лица.⁴¹

Најзад, према трећем становишту, које је нашло своје упориште у белгијском Закону о међународном приватном праву из 2004. године, потребно је узети у обзир и интересе власника ствари и интересе трећих савесних лица, што може водити „издиференцираној“ и комбинованој примени оба (ранијег и актуелног) стварноправна статута. Према чл. 92 ЗМПП Белгије, за повраћај украдене ствари меродавно је, по избору власника, право државе у којој се ствар налазила у тренутку њеног нестанка (нпр. крађе) или право државе у којој се ствар налази у тренутку истицања захтева за повраћај.⁴² Међутим, ако право државе на чијој територији је ствар нестала не пружа заштиту савесном држаоцу ствари, савесни држалац се може позивати на заштиту коју му пружа право државе у којој се ствар налази у време истицања захтева за повраћај.⁴³

Као што се може видети, белгијски законодавац је покушао да пронађе решење које води рачуна и о интересима власника (нестале односно украдене) ствари и о интересима трећих савесних лица. Дајући власнику овлашћење да изабере примену ранијег или актуелног стварноправног статута на повраћај ствари, белгијски законодавац је желео да заштити интересе власника ствари и да на неки начин колизионоправно „санкционише“ њено противправно премештање на територију друге државе. Међутим, ако се ствар у моменту истицања захтева за повраћај налази у државини трећег савесног лица, овом лицу се даје могућност да захтева заштиту коју му даје актуелни стварноправни статут, под условом да се таква заштита не може добити према одредбама ранијег стварноправног статута. Дакле, савесни држалац ствари може захтевати примену актуелног статута, само ако му одредбе ранијег статута уопште не пружају правну заштиту. Имајући ово у виду, може се догодити да власник за повраћај ствари изабере примену актуелног стварноправног статута, а да се на заштиту савесног држаоца примењује ранији стварноправни статут уколико је његовим одредбама предвиђена таква заштита, без обзира на то што би актуелни стварноправни статут у конкретном случају могао да пружи квалитетнију заштиту (тј. „виши ниво“ заштите) савесном држаоцу ствари. Нама се чини да се оваквим колизионим правилима не води довољно рачуна о заштити трећих савесних лица која приликом стицања државине (и својине) нису могла имати у виду супстанцијалне одредбе ранијег стварноправног статута.

41 Вид. В. von Hoffmann, К. Thorn, *нав. дело*, стр. 520; Н. Stoll, *нав. дело*, стр. 158; Т. Pfeiffer, *нав. чланак*, стр. 275.

42 Чл. 91 ст. 1 ЗМПП Белгије.

43 Чл. 92 ст. 2 ЗМПП Белгије.

Према нашем мишљењу, заштита интереса правне сигурности мора да буде у првом плану. Према томе, када је реч о заштити трећих савесних лица треба остати при правилу да се на стицање стварног права примењује актуелни стварноправни статут. То значи да у горе приказаном примеру лице А, као треће савесно лице, стиче својину на украденој огрлици у складу са одредбама права Републике Србије (као актуелног стварноправног статута). Српско право се примењује и на евентуални захтев претходног (првобитног) власника за повраћај ствари који би могао бити реализован само ако су испуњени услови из чл. 31 ст. 2 и 3 Закона о основама својинскоправних односа (тј. уз накнаду по прометној цени, уколико ствар за њега има посебан значај, под условом да је захтев за повраћај постављен у року од година од стицања својине од невласника).

Када приликом противправног одузимања покретне ствари и њеног премештања у другу државу нису укључени интереси трећих лица (на пример, када власник од лопова или другог несавесног држаоца тражи повраћај ствари коју је овај пренео у другу државу), такође преовлађује становиште да треба остати при примени актуелног стварноправног статута.⁴⁴ Ипак, у овој ситуацији би се могло наћи оправдање за одступање од постављеног правила и примену права државе у којој је ствар украдена (тј. примену ранијег стварноправног статута), јер интереси власника ствари долазе у први план. У правним системима који познају клаузулу одступања, до примене ранијег стварноправног статута би се могло доћи активирањем ове клаузуле, ако се испуне услови за њену примену. Поред тога, за ове ситуације је могуће предвидети и посебну колизиону норму која би омогућила примену ранијег стварноправног статута. Видели смо да је тако поступио белгијски законодавац у одредби чл. 92 ст. 1 ЗМПП која даје овлашћење власнику да за свој захтев за повраћај ствари изабере право државе у којој је ствар настала (ранији статут) или право државе у којој се ствар налази у тренутку постављања захтева за повраћај (актуелни статут). Ова одредба несумњиво ставља интересе власника у први план и за то се може наћи оправдање једино када је реч о односу власника и лопова односно несавесног држаоца ствари, тј. када интереси трећих савесних лица нису „у игри“. У супротном (као што смо горе и навели), решења које пружају одредбе чл. 92 белгијског ЗМПП-а сматрамо неадекватним. С обзиром да наш ЗРСЗ не садржи ни клаузулу одступања ни посебно колизионо правило за овакве ситуације, на захтев за повраћај ствари треба применити актуелни стварноправни статут.

44 Вид. литературу наведену у фн. 38.

2. Фраудулозно премештање покретне ствари

На сличан начин треба приступити и ситуацији у којој је покретна ствар доспела под окриље актуелног стварноправног статута са намером да се постигне стварноправни ефекат који се не би могао постићи или би се могао постићи под знатно строжијим условима да је ствар остала на територији ранијег стварноправног статута (фраудулозно премештање покретне ствари). И у овој ситуацији се, дакле, примењује актуелни стварноправни статут⁴⁵ и узимају у обзир чињенице од значаја за стицање стварног права које су настале на територији ранијег *lex rei sitae*, с тим што се ово колизионо правило може короговати не само клаузулом одступања, већ и установом изигравања закона.

ЗРСЗ не садржи клаузулу одступања, али познаје установу изигравања закона (чл. 5 ЗРСЗ⁴⁶) и ако би се покретна ствар преместила из Србије у другу државу у циљу избегавања примене домаћих стварноправних прописа, дошло би до корекције чл. 18 ЗРСЗ, те би се применило домаће право чија се примена желела заобићи. Поставља се, међутим, питање да ли до корекције колизионоправног упућивања путем чл. 5 ЗРСЗ може доћи и када се покретна ствар премешта из једне стране државе у другу страну државу са намером да се примени право ове друге државе. Према нашем мишљењу, одговор на ово питање треба да буде позитиван. Наиме, према чл. 5 ЗРСЗ страном меродавно право се не примењује, ако би његово примењивање имало за циљ избегавање примене права Републике Србије. Под „правом Републике Србије“, како се истиче у једном делу наше доктрине, треба подразумевати не само супстанцијалне норме, већ и колизионе норме нашег правног поретка.⁴⁷ Ако се покретна ствар премести из једне стране у другу страну државу са циљем да се избегне примена једног страног права и исходи примена другог (повољнијег) страног права (као актуелног стварноправног статута), долази до вештачког стварања чињеница на којима се темељи „место налажења покретне ствари“ као тачка везивања, чиме се изиграва смисао наше колизионе норме из чл. 18 ЗРСЗ.⁴⁸ Из тог разлога применом чл. 5 ЗРСЗ треба санкционисати изигравање наше колизионе норме за стварна права (која представља саставни део права Републике Србије) и применити право државе чија се примена желела заобићи (тј. право ранијег места налажења покретне ствари).

45 Вид. Н. Stoll, *нав. дело*, стр. 158.

46 Чл. 5 ЗРСЗ: „Не примењује се право стране државе које би било меродавно према одредбама овог или другог закона ако би циљ његове примене био избегавање примене права Републике Србије.“

47 Вид. М. Дика, Г. Кнежевић, С. Стојановић, *нав. дело*, стр. 22.

48 Упор. *ibid.*

Најзад, може се поставити и питање да ли има места примени чл. 5 ЗРСЗ када се покретна ствар премешта из стране државе у Србију са намером да се избегне примена страног и исходи примена српског стварног права? Одговор на ово питање (нажалост!) мора бити негативан, јер одредба чл. 5 ЗРСЗ полази од хипотезе да је, након вештачког стварања чињеница, сходно домаћим колизионим нормама страног право одређено као меродавно („не примењује се *право стране државе које би било меродавно према одредбама овој и другој закона*, ако би циљ његове примене био избегавање примене права Републике Србије“). С обзиром да је у описаној ситуацији према домаћој колизионој норми меродавно домаће (српско) право као актуелни статут, одредба чл. 5 ЗРСЗ се не може применити, иако је фразулозним премештањем покретне ствари у Србију изигран смисао колизионог правила из чл. 18 ЗРСЗ.

IV Члан 117 Нацрта ЗМПП⁴⁹

Нацрт новог Закона о међународном приватном праву⁵⁰ разликује се у великој мери од важећег ЗРСЗ, како у погледу структуре⁵¹ тако и у погледу садржине и обима.⁵² Када је реч о колизионим нормама за стварна права, Нацрт ЗМПП доноси велике промене.⁵³ Једна од најзначајних

49 Аутор овог рада је члан Радне групе за израду Нацрта новог Закона о међународном приватном праву Министарства правде Републике Србије. Аутор и остали чланови Радне групе се захваљују проф. Урлиху Дробнигу (Ulrich Drobniг) са Макс Планк института за упоредно и међународно приватно право у Хамбургу на помоћи и корисним сугестијама приликом израде колизионих норми за стварна права у које спадају и правила садржана у чл. 117 Нацрта ЗМПП.

50 Текст Радне верзије Закона о међународном приватном праву може се наћи на вебсајту Министарства правде Републике Србије (вид. <http://www.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakon-o-medjunarodnom-privatnom-pravu-radna-verzija.html>, 1.4.2013).

51 Структура Нацрта ЗМПП почива на тзв. „идеји логичког редоследа правних целина“ (швајцарско-белгијски модел), тако да је редослед уређивања материје следећи: опште одредбе о надлежности, поступку и одређивању меродавног права; посебне одредбе о надлежности и одређивању меродавног права; одредбе о признању и извршењу судских одлука. О различитим моделима и у прилог усвојене структуре вид. М. Живковић, „Рад на новом Закону о међународном приватном праву Републике Србије – почетне дилеме и актуелно стање“, у: Бернадет Бордаш, Маја Станивуковић (уредници), *Зборник радова за седме Конференције за међународно приватно право – Проширење „Европској правосудној простора“ на државе чланице ЦЕФТА*, одржане 25. септембра 2009. године, Нови Сад, 2009, стр. 178 и даље.

52 У Нацрт ЗМПП реципиране су одредбе свих релевантних уредби ЕУ које уређују материју међународног приватног права.

53 Иако је у основи је задржан исти колизионоправни принцип као и у ЗРСЗ – примена права места налажења ствари, Нацрт ЗМПП посвећује стварноправним односима са елементом иностраности укупно 11 чланова (чл. 113–123).

промена јесте одвојено колизионоправно уређење стварних права на непокретним стварима од стварних права на покретним стварима. Разлог за ову новину управо лежи у чињеници да мобилни сукоб закона погађа само стварна права на покретним стварима. Одредбе чл. 117 Нацрта ЗМПП садрже колизионе норме за одређивање меродавног права за стварна права на покретним стварима којима се уједно решава и квалификовани мобилни сукоб закона:

1. *За стицање и престанак стварној права на покретној ствари меродавно је право државе у којој се покретна ствар налазила у тренутку предузимања радње или наситивања чињенице на којој се заснива стицање или престанак стварној права.*
2. *Ако су поједине радње или чињенице, које су неопходне за стицање или престанак стварној права на покретној ствари, наситивиле у једној држави, смањраће се оситвареним и у другој држави у којој је наситивила последња радња или чињеница којом се заснива стицање или престанак стварној права.*
3. *За садржину и дејства стварној права на покретној ствари меродавно је право државе у којој се она налази.*

Одредбом става 1 је предвиђено да се на стицање и престанак стварног права примењује актуелни (нови, последњи) *lex rei sitae*, тј. право државе у којој се ствар налази у тренутку остварења последње чињенице на којој се заснива стицање или престанак стварног права. Ово колизионо правило представља нормативни израз владајућег становишта у домаћој и страниј литератури о решавању квалификованог мобилног сукоба закона о коме смо већ дискутовали у претходним одељцима, па све што је тамо написано важи и за тумачење овог правила. Узори за састављање овог колизионог правила могу се наћи у многим страним кодификацијама међународног приватног права, као што је немачки Уводни закон за Грађански законик (чл. 43), белгијски ЗМПП (чл. 87), холандски ЗМПП (чл. 127), швајцарски ЗМПП (чл. 100), бугарски ЗМПП (чл. 64) итд.

Одредба става 2 садржи специјалну супстанцијалну одредбу која има карактер „помоћне“ норме у тумачењу меродавног права одређеног ставом 1 и представља допунско правило за решавање квалификованог мобилног сукоба закона, јер одређује „судбину“ чињеница и радњи од значаја за стицање или престанак стварног права које су наступиле под окриљем права ранијег места налажења ствари. Наиме, постављена је фикција да су ове чињенице или радње остварене у актуелном стварноправном статуту, што значи да се овај статут на њих примењује. И ова одредба је формулисана потпуно у складу са владајућим становиштем у

литератури. Притом, важно је истаћи да је она постављена на универзалан начин, тј. као вишестрано правило које суду налаже да приликом примене актуелног статута узме у обзир чињенице које су наступиле у некој другој држави, без обзира да ли је актуелни стварноправни статут право Републике Србије или страно право.

Одредбом ст. 3 је предвиђено да се на садржину и дејства стеченог стварног права примењује право државе у којој се ствар налази у моменту када се ова питања постављају. Овим колизионим правилом се решава прости мобилни сукоб закона и оно се неретко мора тумачити у вези са одредаба чл. 118 Нацрта ЗМПП-а,⁵⁴ којима у овом раду због ограниченог простора излагања не посвећујемо пажњу.

На крају, важно је споменути да нови Нацрт ЗМПП-а, за разлику од ЗРСЗ-а, познаје општу клаузулу одступања (чл. 36)⁵⁵ којом се може кориговати „регуларно“ колизионоправно упућивање, ако постоји знатно ближа веза са неким другим правним поретком. Према нашем мишљењу, у стварноправним односима са елементом иностраности клаузула одступања би се, уз испуњење потребних услова, могла применити ако се њеном применом не угрожавају интереси трећих савесних лица. То би се могло догодити у случајевима фразулозног и противправног премештања покретне ствари, али и тада правна сигурност и заштита трећих савесних лица морају имати предност у односу на принцип најближе везе. Међутим, ако интереси трећих лица нису „у игри“, а то ће на пример бити случај када власник тражи повраћај ствари од несавесног држаоца (лопова или другог држаоца ствари који зна да је ствар украдена – нпр. свесно ју је купио од лопова), клаузула одступања се може применити и ако се у конкретном случају покаже да постоји знатно ближа веза са правом државе у којој је ствар украдена (тј. са ранијим стварноправним статутом), примениће се право те државе.

С друге стране, Нацрт ЗМПП не садржи одредбе о изигравању закона. Међутим, иако је у Нацрту ЗМПП *fraus legis* изостављен као посебна установа међународног приватног права, чињеница да је покретна ствар премештена из једне у другу државу с намером постизања одговарајућег стварноправног ефекта могла би у оквиру примене меро-

54 Чл. 118 Нацрта ЗМПП садржи три одредбе (става) којима се уређује транспозиција стварних права стечених у иностранству у правни поредак Републике Србије.

55 Чл. 36. Нацрта ЗМПП-а гласи: „(1) Право меродавно на основу одредаба овог Закона изузетно се не примењује ако је на основу свих околности случаја очигледно да однос има веома слабу везу са државом чије је право меродавно, а има веома блиску везу са неком другом државом. (2) Ако су испуњени услови из става 1 овог члана, примењује се право државе са којом је однос у веома блиској вези. (3) Одредба става 1 овог члана се не примењује уколико је извршен избор меродавног права у складу са овим Законом или ако се одређивањем меродавног права настоји да оствари одговарајући материјалноправни резултат.“

давног (актуелног) стварноправног статута активирати установу злоупотребе права помоћу које би се санкционисале и овакве радње.⁵⁶

V Закључак

Када Нацрт ЗМПП и његове одредбе из чл. 117 постану позитивно право у Републици Србији, имаћемо јасно постављена правила за решавање квалификованих мобилних сукоба закона. До тада ову правну празнину у нашем међународном приватном праву треба, приликом тумачења чл. 18 ЗРСЗ, попунити на следећи начин:

1. Квалификовани мобилни сукоб закона се решава тако што се на стицање или престанак стварног права на покретној ствари примењује право државе у којој се ствар налази у моменту остварења последње чињенице или радње на којој се заснива стицање или престанак стварног права (актуелни стварноправни статут).
2. Актуелни стварноправни статут се примењује на све услове за стицање или престанак стварног права на покретној ствари, укључујући и оне који су се остварили када се ствар налазила у ранијем ситусу.
3. Ако у тренутку преласка покретне ствари из једне (ранији стварноправни статут) у другу државу (актуелни стварноправни статут), ранији стварноправни статут чињенично стање сматра отвореним, а актуелни стварноправни статут окончаним на позитиван начин, сматра се да је стварно право засновано самим преласком на територију актуелног стварноправног статута. Ако, пак, актуелни стварноправни статут чињенично стање, које је остварено у ранијем месту налажења ствари, сматра окончаним на негативан начин, до стварноправног ефекта (тј. до стицања стварног права) не може доћи.
4. Ако се под окриљем ранијег стварноправног статута остваре све неопходне чињенице за стицање стварног права које захтева актуелни стварноправни статут, при чему оне уопште нису могле да произведу дејства према одредбама ранијег стварноправног статута (негативно окончано чињенично стање), самим премештањем ствари на територију актуелног статута не може доћи до аутоматског стицања стварног права. На чињенично стање које је окончано, било на негативан било на

56 О злоупотреби права вид. Владимир Водинелић, *Такозвана злоупотреба њрава*, Београд, 1997.

позитиван начин, према ранијем стварноправном статуту не може се применити актуелни, већ искључиво ранији стварноправни статут.

5. Примена актуелног стварноправног статута на стицање или престанак стварног права важи у начелу и када је покретна ствар доспела на његову територију на противправан или фразулозан начин. Фраудулозно премештење покретне ствари у другу државу у циљу примене њеног права може се санкционисати установом изигравања закона из чл. 5 ЗРСЗ.

Slavko ĐORĐEVIĆ, PhD

Assistant Professor at the Faculty of Law University of Kragujevac

RESOLVING QUALIFIED CONFLICT MOBILE IN PROPRIETARY RELATIONS WITH FOREIGN ELEMENT

Summary

In the present paper author deals with the problem of so called “qualified conflict mobile” that appears when a tangible movable moves from one to another country before all legal facts that are required for the acquisition or cessation of the right in rem have been occurred. Art. 18 (1) of the Serbian Private International Law Act, which stipulates the lex situs rule for rights in rem, has not solved the problem of changing the situs of tangible movables, i.e. has not determined the moment of time at which the situs of movable is relevant. The change of the situs of a movable (its replacement from one to another country) opens the question of changing the applicable law – it creates dilemma whether the right in rem shall be governed by previous or actual lex situs. Analyzing several typical situations in which qualified conflict mobile appears, author tries to establish the rules for its resolving that could serve for filling the legal gap in Serbian PIL Act. The attention is also given to the Art. 117 of the Draft of new Code on Private International Law which contains the rules for resolving qualified conflict mobile.

Key words: *changing the situs of movable, actual lex situs, opened and closed circumstances of the case, unlawful movement of movable in another situs, fraudulent change of lex situs, Serbian Draft PIL Code.*

Урош ЖИВКОВИЋ, мастер
асистент Правног факултета Универзитета у Београду

СУБЈЕКТИВНИ ДОМАШАЈ АРБИТРАЖНОГ СПОРАЗУМА И ТРЕЋА ЛИЦА: ИЗУЗЕЦИ ОД ПРИНЦИПА *INTER PARTES* У ЗАСНИВАЊУ НАДЛЕЖНОСТИ АРБИТРАЖЕ

Резиме

Аутор у овом раду испитује различите основе за одступање од класичних граница арбитражног споразума и могућности за његово проширење на стране неопређене стране. Анализом доступне праксе међународних институционалних и ad hoc арбитража које су се бавиле овим феноменом као и историчких академских дискусија на тему, у раду се дефинишу теорије које у својој основи захтевају макар прећућну сагласност стране неопређене стране као и оне које дозвољавају проширење без сагласности. Посебна пажња придаје се идентификацији опцијалних основа који могу послужити као основ за проширење арбитражних споразума у праву Републике Србије и повезане проблеме који су се издвојили у скорој судској пракси, те могућности решавања истих од стране судија у будућем периоду.

Кључне речи: проширење арбитражног споразума, неопређене стране, субјективне границе арбитражног споразума, прећућна сагласност, трећа лица.

I Увод

Од маргиналне алтернативе судском одлучивању, арбитража је прерасла у основни механизам решавања спорова у прекограничним трансакцијама, па закључење уговора о међународној продаји роби без уговарања арбитражне клаузуле данас представља пре изузетак него правило. Међутим, док приступ суду није ограничен постојањем претходног пророгационог споразума, сагласност воља страна да спор изнесу пред арбитражни трибунал представља основ надлежности арбитраже. Стога би се и арбитражна одлука донета без пуноважног арбитражног споразума сматрала потпуно безвредном.¹ Принцип аутономије воље одређује и дејство арбитражног споразума, јер споразум страна не представља само темељ арбитражног поступка већ поставља и границе у којима ће арбитражни трибунал донети своју одлуку. Уколико би арбитража донела одлуку о захтеву или правном питању који превазилазе обиме које су стране путем арбитражног споразума поставиле, створиле би се могућности за успешан поништај (домаће), односно основ за одбијање захтева за признање и извршење (стране) арбитражне одлуке.²

Поред наведених објективних, у круг ограничења нужно улази и *inter partes* дејство арбитражног споразума, имајући у виду да лица која нису дала своју сагласност, односно закључила споразум, не могу бити странке у арбитражном поступку.

Но, и поред јасно формулисаног принципа, пракса међународних трговинских арбитража забележила је ситуације у којима су трибунали и арбитри појединци доносили одлуке да у круг страна у поступку укључе и трећа лица (како физичка, тако и правна лица) која нису потписала арбитражни споразум односно стране које се налазе ван његовог „традиционалног“ субјективног домашаја.³ Оваква одступања

1 Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Арбитража и АДР*, Београд, 2009, стр. 45; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, The Hague, 2009, стр. 197; Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, J. Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, 2009, стр. 85–86; Michael McIlwraith, John Savage, *International Arbitration and Mediation: A Practical Guide*, The Hague, 2010, стр. 5.

2 Вид. чл. 34 УНЦИТРАЛ модел-закона о међународној трговинској арбитражи (*1985 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, United Nations doc. A/40/17, Annex 1*) као и чл 5 Конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука из 1958. године (у даљем излагању: Њујоршка конвенција) који предвиђа да је непуноважност споразума о арбитражи разлог за одбијање признања и извршења стране арбитражне одлуке; исто решење усваја и чл. 58 Закона о арбитражи (*Службени гласник РС*, бр. 46–2006).

3 Практика арбитраже Међународне трговинске коморе у Паризу је посебно индикативна – вид. *ICC Award no. 4131*, међуодлуку од 23. септембра 1982. године, *Dow*

од *inter partes* дејства арбитражног споразума⁴ се међу европско-континенталним теоретичарима арбитражног права најчешће називају „проширење арбитражне клаузуле на стране непотписнице“ док англосаксонска доктрина чешће користи израз „придруживање непотписница“ арбитражном поступку. Без обзира на учесталост, ни један ни други термин, као примећује Парк,⁵ не осликавају прецизно случајеве у којима арбитри одлучују да у оквиру поступка разматрају и тужбени захтев упућен од стране или против субјекта који никада није потписао спорни уговор. Ово посебно имајући у виду да сагласност за вођење поступка не мора нужно бити у писаној форми, још мање експлицитно исказана, док одређена лица, иако нису ставила свој потпис на уговор, могу бити главни учесници одређеног правног посла па би термин „непотписница“ стога обухватао и оне стране које само формално нису потписнице иако су ефективно биле „носиоци“ трансакције. Штавише, како су случајеви у којима су арбитраже одступиле од традиционалних субјективних граница арбитражног споразума засновани на низу различитих правних конструкција,⁶ а правна доктрина није заузела једнообразан став у решавању овог проблема, термилошка непрецизност на коју смо указали јавља се као нужност. За потребе овог рада определили смо се да „проширење арбитражног споразума на стране непотписнице“ буде *terminus technicus* којим ћемо у даљем излагању означавати случајеве у којима се одступа од класичног *inter partes* дејства арбитражне клаузуле.

Међутим, права дилема која настаје у овим ситуацијама није само термилошке природе. Захтев тужиоца да се, примера ради, на туженој страни арбитражним поступком обухвате и оснивачи друштва које је дужник и страна у уговору, имајући у виду да је само друштво несолвентно, обојен је врло рационалном идејом – тужилац након успешно окончаног поступка жели да на страни туженог има платежно

Chemical France (France) et al. v. ISOVER SAINT GOBAIN (France), доступно на адреси: <http://www.trans-lex.org/204131>, 13. април 2013 (у даљем тексту означена као: *Dow Chemical*); *ICC Award no. 8385* коначна одлука из 1995. године, *Company X (USA) v. Companies Y (Belgium) & Z (Belgium)*, одабрани делови доступни на адреси: <http://www.trans-lex.org/208385>, 13. април 2013.

- 4 У даљем излагању, термин „арбитражни споразум“ биће употребљаван да значи не само посебан уговор страна о арбитражи већ и арбитражну клаузулу којом су стране уговориле арбитражу као начин решавања спорова који проистичу из односног уговора.
- 5 William W. Park, „Non-Signatories And International Contracts: An Arbitrator’s Dilemma“, у: Permanent Court of Arbitration (ed.), *Multiple Party Actions in International Arbitration*, Oxford, 2009, стр. 2.
- 6 Вид. Jeff Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, The Hague, 2012, стр. 502–503.

способног дужника (или дужнике) над којим ће моћи да изврши своје потраживање. Са друге стране, када оснивачи нису стране у уговору који садржи арбитражну клаузулу и нису дали сагласност да буду означени као странке у поступку, поставља се низ питања: како арбитража треба да поступи са оваквим захтевом? У којим ситуацијама је оправдано и правно дозвољено да се арбитражним поступком обухвате и она лица која нису очигледне стране у поступку? Да ли се основ за проширење арбитражног споразума тражи у националном праву или наднационалним правилима?

У покушају да се на ова питања дају конкретни одговори, у наставку овог рада биће анализирана пракса међународних трговинских арбитража (како институционалних тако и *ad hoc* арбитража) као и доступне доктринарне дискусије. Додатно, како је проблем субјективног проширења арбитражног споразума од скоро постао актуелан и у пракси Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Републике Србије, односно Привредног суда у Београду, аутор ће покушати да у светлу постојеће праксе на међународном нивоу предложи решења која би била како у складу са правним поретком Републике Србије тако и са актуелним тенденцијама у развоју института проширења арбитражног споразума на стране непотписнице.

II Одређивање круга мање очигледних страна у поступку

У контексту арбитражног поступка, захтев за проширење арбитражног споразума може доћи како од стране која је арбитражни споразум потписала тако и од саме непотписнице. Уколико тужилац захтева проширење арбитражног споразума на страну која није потписница, такав захтев углавном је инспирисан жељом да се поступком обухвати и лице чије финансијско стање и имовина гарантују адекватно намирање потраживања. Са друге стране, уколико непотписница жели да се укључи у поступак, најчешће на страни тужиоца, то чини јер као страна која је ефективно учествовала у извршењу уговора и која чини део веће уговорне шеме има интерес да се о свим повезаним правима и обавезама одлучује у оквиру једног поступка. Одлучивање о повезаним правним питањима и повезаним лицима у оквиру једног поступка заснива се на идеји практичне ефикасности арбитраже и економичности поступка, док се сама арбитража заснива на идеји консенсуализма – па изгледа да је успостављање баланса између ових опречних идеја у случајевима проширења арбитражног споразума најтежи задатак арбитражног трибунала.

Сасвим је извесно да су и један и други сценарио проширења арбитражног споразума обојени интересом страна да поступак буде окон-

чан извршивом арбитражном одлуком.⁷ Како показују случајеви из арбитражне праксе, непотписница која је укључена у поступак скоро увек је лице које је имало суштинску улогу у изградњи или рушењу спорног уговорног односа, па самим тим се никако не може сматрати „неповезаним“ односно „трећим“ лицем. Међутим, у којим ситуацијама ће проширење бити оправдано и када ће арбитражна одлука бити у складу са стандардима за признање које прописује Њујоршка конвенција, зависи од основа за проширење арбитражног споразума за који се арбитражни трибунал определи. Како бисмо разумели потешкоће које се јављају у сваком од наведених сценарија, у предстојећем одељку посвећујемо посебну пажњу природама и врстама основа за проширење арбитражног споразума.

III Природа и врсте основа за проширење арбитражног споразума на стране непотписнице

Одступање од субјективних граница арбитражног споразума и проширење на непотписнице представља изузетак од општег, *inter partes* правила арбитражног поступка. У доношењу одлуке о постављеном захтеву да се у оквиру поступка укључе и стране непотписнице, арбитражни трибунали одиграли су кључну улогу у стварању овог изузетка. Ипак, хетерогеност основа који су коришћени у досадашњим арбитражним одлукама како би се образложиле ситуације у којима су се трибунали користили овим изузетком не дозвољава њихово јасно разграничавање и груписање. Претходна констатација не би требало да буде зачуђујућа ако се има у виду да пракса ретко када брине о доктринарној прецизности, па све академске поделе правних основа за проширење арбитражног споразума на стране непотписнице нужно не могу бити свеобухватне. У том смислу, и подела коју представљамо у оквирима овог рада засигурно неће описати све ситуације у којима су арбитраже доносиле одлуку да одступе од класичног *inter partes* дејства арбитражног споразума. Међутим, како би се идентификовали најчешће коришћени основи из упоредног права који ће дозволити адекватну примену овог изузетка у оквирима правног поретка Републике Србије, аутор се определио за широко прихваћени критеријум сагласности који основе за проширење арбитражног споразума дели на оне који се заснивају на имплицитној сагласности непотписница (теорије прећутне сагласности) и оне који не захтевају сагласност (теорије проширења без сагласности).

7 О ситуацијама у којима ће страна непотписница покренути поступак поништаја односно када ће се супротставити признању вид. Bernard Hanotiau, *Complex Arbitrations – Multiparty, Multicontract, Multi-issues and Class Actions*, The Hague, 2005, стр. 227–229.

1. Теорије прећутне сагласности

Проширење арбитражног споразума на стране које нису директно пристале на уговор који садржи арбитражну клаузулу, односно на арбитражни споразум, заснивају се на објективном испитивању понашања једне стране (непотписнице) у вези са наведеним уговором или уговорним односом. Неспорно је да највећи број развијених правних система данас предвиђа могућност да лице постане страна уговорница, односно страна у арбитражном споразуму, не само експлицитним давањем сагласности већ и сопственим поступцима у току трајања уговорног односа којима се исказује намера тог лица да буде означено као страна у уговору.⁸

Проблем са којим се арбитражни трибунали сусрећу у оцени постојања прећутне сагласности огледа се у томе што намера лица да буде, у одређеном делу, учесник у извршењу дела основног уговора, не подразумева увек и намеру тог лица као непотписнице да буде обухваћено правном снагом арбитражног споразума. Како је за потребе пуноважног проширења арбитражног споразума неопходно да арбитражни трибунал установи постојање прећутне сагласности стране непотписнице да буде обухваћена арбитражним споразумом,⁹ то је задатак арбитра да детаљном анализом поступака стране непотписнице установе постојање њене индиректне намере да буде део арбитражног поступка.

Са друге стране, специфичности међусобне пословне повезаности између страна у поступку као и различите правне традиције из које долазе арбитрари утицали су на то да доказивање прећутне сагласности кроз понашање стране непотписнице по принципу „дела говоре више од речи“ у одлукама арбитражних трибунала добије и своје издвојене облике. О два најкарактеристичнија основа прећутне сагласности биће више речи у предстојећим пасусима.

8 G. Born, *нав. дело*, стр. 1150; вид. Felipe Vollbrecht Sperandio, „The Reach of the Arbitration Agreement to Parties Involved in the Same Legal Relationship“, *Revista E-mercatoria*, Vol. 11, no. 1/2012, стр. 171–173.

9 Вид. одлуку арбитражног трибунала у случају *ICC Award no. 5721*, коначна одлука из 1990. године, *Company X (USA) v. Company X (Egypt)*, одабрани делови доступни на: <http://translex.uni-koeln.de/output.php?docid=205721>, 15. април 2013. године, где арбитражни споразум није проширен на господина Z, директора тужиоца, имајући у виду да трибунал није могао са сигурношћу да утврди да је господин Z својим поступцима (потписивањем два уговора у име и за рачун туженог привредног друштва) исказао намеру да буде обавезан арбитражним споразумом па самим тим и страна у поступку.

а) Теорија естопела¹⁰

Поступци страна непотписница релевантни су како у току преговора, закључења, измена и извршења основног уговора тако и у периоду када је спор већ настао. Пракса америчких судова концептуализовала је посебну врсту естопел теорије која се у контексту проширења арбитражног споразума односи на страну непотписницу и њене поступке након што је међу странама у уговору дошло до спора. Наиме, уколико се страна непотписница самостално позивала на постојање арбитражног споразума – како би одбила могућност да државни суд донесе одлуку о спорним правима и обавезама уместо арбитраже – сматра се да у касније покренутом арбитражном поступку та страна непотписница не може истицати да никада није пристала на арбитражни споразум који је основ надлежности арбитраже.

Овакво резонување америчких судова¹¹ у домену проширења арбитражних споразума и проналажењу прећутне сагласности у претходном поступању стране непотписнице треба посматрати са одређеном дозом резерве. На првом месту, иако се естопел може посматрати као опште прихваћени принцип међународног права, у својој сржи овај институт остаје творевина англо-америчке правне културе који се у Европи ретко користи у оквирима међународне трговинске арбитраже.¹² Затим, како упозорава Парк, америчко право не познаје само један теоријски концепт естопела, па је естопел у контексту арбитраже потребно разликовати од других естопел теорија које амерички судови примењују.¹³ Поред наведеног, треба имати у виду и да су на сличним основама на којима се естопел теорија у проширењу арбитражних споразума засни-

10 Теорија естопела (енгл. *Estoppel*) у најопштијем смислу представља концепт по којем лице не може избећи одговорност или последице правног посла на који се само претходно ослањало или из којег је претходно стекло корист – вид. Вгуан А. Гарнер (ед.), *Black's Law Dictionary*, St. Paul, 2007, стр. 589–591; за схватање ове доктрине у енглеском праву вид. John Cartwright, „Protecting Legitimate Expectations and Estoppel in English Law“, *European Journal of Comparative Law*, Vol. 10.3/2006, доступно на адреси: <http://www.ejcl.org/103/art103-6.pdf>, 16. април 2013; према неким ауторима, насличнија доктрина у континенталним правним системима која би по свом обиму и основи одговарала естопелу је начело *venire contra factum proprium* – вид. G. Vogt, *нав. дело*, стр. 1194.

11 Вид. одлуку Апелационог суда 11. округа САД од 30. децембра 1993. године, *Sunkist Soft Drinks v. Sunkist Growers*, 10 F.3d 753 (11th Cir. 1993), доступно на адреси: <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/10/753/584082/>, 15. април 2013; исти приступ и у одлуци Врховног суда државе Тексас од 22. децембра 2006. године, *Meyer v. WMCO-GP LLC*, SW3d 302, доступно на адреси: <http://www.supreme.courts.state.tx.us/historical/2006/dec/040252.htm>, 16. април 2013.

12 В. Нанотиу, *нав. дело*, стр. 20.

13 W. Park, *нав. чланак*, стр. 16.

ва, судови континенталних правних система доносили одлуке користећи се концептом *bona fides* поступања у уговорним односима или забрани злоупотребе права.¹⁴ Стога, када се мало дубље сагледају суштина овог института и оквири и начин примене у пракси америчких судова, може се уочити да је основ естопела заправо концепт правичности.¹⁵

На бази правичног и једнаког поступања, те основаних очекивања страна у поступку, непотписница која није дала изричиту сагласност али се понашала на начин који указује на постојање намере да буде страна у арбитражном поступку, представљаће пуноважан основ за проширење арбитражне клаузуле. Међутим, и поред суштине института естопела који је за одређене ауторе део транснационалног правног поретка¹⁶ лимитирани домет ове теорије у Европи и пракси арбитражних трибунала оставља дилему у којим ситуацијама ће теорија естопела пронаћи место као редовни основ за проширење арбитражног споразума, између осталог и у будућој пракси арбитража и судова на територији Републике Србије.

б) Теорија *трује компанија*

Учешће непотписнице у преговорима, извршењу и раскиду уговора се већ више од две деценије у контексту теорије групе компанија посматра као индикација сагласности непотписнице да буде део арбитражног поступка.¹⁷ У случају *Dow Chemical* који је поставио преседан у пракси међународних трговинских арбитража, стране непотписнице (*Dow Chemical* привредно друштво из Америке и *Dow Chemical* зависна компанија из Француске) су покушавале да се придруже поступку (на страни тужиоца) који су покренула зависна привредна друштва из групе *Dow Chemical*, и поред противљења тужене компаније (*Isover Saint Gobain*). Одлучујући о постављеном захтеву, арбитражни трибунал је закључио да група компанија, и поред одвојене правне личности

14 Mohamed S. Abdel Wahab, „Extension of Arbitration Agreements to Third Parties“, у: Franco Ferrari, Stefan Kröll (eds.), *Conflict of Laws in International Arbitration*, Munich, 2011, стр. 168.

15 Вид. James M. Hosking, „The Third Party Non-Signatory’s Ability to Compel International Commercial Arbitration: Doing Justice without Destroying Consent“, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Vol. 4-3/2004, доступно на адреси: <http://digitalcommons.pepperdine.edu/drlj/vol4/iss3/6>, 17. април 2013, стр. 536–537.

16 J. Hosking, *нав. чланак*, стр. 537.

17 Вид. Yves Derains, „L’extension de la clause d’arbitrage aux non-signatories – la doctrine des groupes de sociétés“, *ASA Special Series*, Vol. 8/1994, стр. 241 и даље; W. Park, *нав. чланак*, стр. 22; међуодлука у случају *Dow Chemical*; Franz T. Schwarz, Christian W. Konrad, *The Vienna Rules: A Commentary on International Arbitration in Austria*, The Hague, 2009, стр. 353.

свих чланица, чини јединствену економску целину те да у случају када једна од страна у потпуности контролише зависна друштва и при том учествује у закључењу, извршењу и раскиду уговора, арбитражни споразум који су закључила зависна друштва може бити проширен и на матично привредно друштво, односно другу чланицу групе.

Битно је истаћи да се сама припадност групи компанија не сматра довољним основом за проширење, већ се у контексту међусобне повезаности и чињенице да је непотписница учествовала у преговорима, извршењу и раскиду основног уговора дозвољава проширење арбитражне клаузуле.¹⁸ Стога би се проширење арбитражног споразума у ситуацијама у којима непотписница јесте члан групе компанија (постоји блиска економска и правна повезаност) али није суштински утицала на преговоре, извршење и раскид уговора, сматрало непуноважним и превазилазило би оквире ове доктрине.¹⁹

Како је група компанија чисто процесна теорија која је настала (и у највећем делу остала²⁰) у оквирима француске арбитражне и судске праксе, и поред бројних арбитражних одлука које су испратиле логику *Dow Chemical* случаја, упоредноправни значај ове доктрине барем за европске арбитражне правне традиције заправо није велики. Са једне стране, у односу на ситуације у којима се страна непотписница није сагласила да води поступак и не жели да буде странка у арбитражи, случај *Dow Chemical* не би могао да послужи као адекватан стандард за проширење арбитражног споразума, па се сама теорија не може посматрати као универзално применљива. Са друге стране, само међусобна правна и економска повезаност привредних друштава – у правним системима који се заснивају на ограниченој одговорности чланова привредног друштва – ретко ће бити прихваћена као валидан изузетак од *inter partes* дејства арбитражног споразума. Ово не значи да теорију

18 Вид. Pierre Mayer, „Extension of the Arbitration clause to Non-Signatories under the French Law“, у: Permanent Court of Arbitration (ed.), *Multiple Party Actions in International Arbitration*, Oxford, 2009, стр. 190.

19 Bernard Hanotiau, „Multiple Parties and Multiple Contracts in International Arbitration“, у: Permanent Court of Arbitration (ed.), *Multiple Party Actions in International Arbitration*, Oxford, 2009, стр. 38.

20 Велики број развијених арбитражних јурисдикција – укључујући САД, Немачку и Швајцарску – није у потпуности прихватио теорију групе компаније као основ за проширење арбитражног споразума – вид. М. Abdel Wahab, *нав. чланак*, стр. 156–157; У Енглеској је чак департаман за привредне спорове Високог суда Енглеске и Велса у случају који се водио по тужби за поништај арбитражне одлуке изричито навео да теорија групе компанија никако не чини саставни део права Енглеске – вид. пресуда од 4. фебруара 2004. године, *Peterson Farms Incorporated v. C & M Farming Limited* (APPL.R. 02/04), доступно на адреси: <http://www.nadr.co.uk/articles/published/ArbitLawReports/Peterson%20v%20Farming%202004.pdf>, 17. април 2013.

групе компаније треба посматрати као „егзотичну воћку“ непознатог укуса у другим јурисдикцијама, јер основна идеја на којој се заснива доктрина (конклюдентно понашање непотписнице и блиска економска повезаност) саставни је део модерних правних поредака. Међутим, како скоро сви развијени европско-континентални правни системи познају теорије проширења одговорности у материјалном праву које су добиле своје место у области проширења арбитражног споразума,²¹ судови и арбитраже ван територије Француске нерадо ће подржати примену ове доктрине.

2. Теорије проширења без сагласности

Полазна премиса у арбитражном одлучивању је да су се странке споразумеле да спор повере независном трибуналу и да су сагласне да о њиховим правима и обавезама одлучују изабрани арбитри. Уколико не постоји споразум, арбитража нема основ за свој мандат. У процесном смислу то значи да арбитри не могу засновати своју надлежност над лицем које није страна у арбитражном споразуму, односно не могу обавезати непотписницу на чинидбу у оквиру своје одлуке. На овој претпоставци се и заснива могућност изједначавања арбитражне одлуке са правноснажном судском одлуком, као и целокупан систем признања и извршења страних арбитражних одлука заснован на Њујоршкој конвенцији. Без правне извесности и сигурности арбитража не би представљала поуздан механизам за решавање спорова.

Претпоставка ограничене одговорности оснивача привредног друштва функционише по врло сличном принципу. Уколико сви учесници поштују правила игре, претпоставке имају правну снагу. Међутим, изузеци од овог фундаменталног правила постоје управо у случајевима када несавесна страна користи принцип ограничене одговорности како би, на штету поверилаца, избегла плаћање доспелих обавеза или неосновано прибавила корист. Успостављање одговорности оснивача за обавезе друштва у случајевима фразулозног понашања заснива се на изузетку од правила ограничене одговорности. Пробијање правне личности²² један је од таквих изузетака ограничене одговорности код

21 Примера ради, институт пробијања правне личности (енгл. *piercing of the corporate veil*) о којем ће бити више речи у оквиру теорија проширења без сагласности.

22 Упоредноправно посматрано, овај институт се у енглеској правној терминологији означава са „*piercing of the corporate veil*“ или „*lifting of the corporate veil*“, као „*levee du voile social*“ у француској правној терминологији односно као „*Durchgriff*“ у Немачкој. Америчка правна традиција овај концепт познаје и у нешто другачијем облику под називом „*alter ego*“, али свим наведеним теоријама је заједничко то да се концепт одговорности заснива управо на фразулозном поступању лица које, у редовном току ствари, не би било одговорно за обавезе друштва капитала.

друштва капитала који познају скоро сви развијени правни системи,²³ јер према општем правном принципу на властитом неправу не може се заснивати право.

Како национална права дозвољавају ситуације у којима је могуће осниваче правног друштва држати као одговорне за обавезе друштва онда када је дошло до незаконитих располагања односно злоупотреба друштва, арбитражни трибунали сусрели су се са питањем: да ли је могуће, по правилима установе пробијања правне личности, извршити проширење арбитражног споразума на страну непотписницу како би се у оквиру истог поступка обухватило не само привредно друштво које је страна уговорница већ и фразулозни оснивачи? Овај тип питања се свакако не би поставио пред националним судовима, имајући у виду да се правила о заснивању надлежности судова суштински разликују од правила заснивања надлежности арбитраже – па се проблем сагласности непотписнице уговора ретко јавља као спорно. Међутим, пред арбитражним трибуналом је задатак да прво утврди да у конкретном поступку има надлежност у складу са постојећим арбитражним споразумом (*ratione personae* и *ratione materiae*) па тек онда да уђе у меритум и одлучи о спорним правним питањима која чине део тужбеног (и евентуално противтужбеног) захтева.

Како примећују водећи ауторитети арбитражног права, данас је овај концепт широко прихваћен као изузетак од правила да без сагласности стране непотписнице нема места вођењу арбитражног поступка.²⁴ Питање пробијања правне личности као основ за проширење арбитражне клаузуле више је пута било предмет расправљања различитих арбитражних трибунала, као и националних судова, који се слажу да у основи овог изузетка лежи идеја правичности²⁵ – односно да би било

23 Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, Београд, 2005, стр. 52–54; Мирко Васиљевић, „Пробијање правне личности – *piercing of the corporate veil*“, *Правни животи*, бр. 11/1995, стр. 17; Angela Schneeman, *The Law of Corporations and other Business Organizations*, Clifton Park, 2010, стр. 256–257; Reinier Kraakman, John Armour, Paul Davies, Luca Enriques, Henry Hansmann, Gerard Hertig, Klaus Hopt, Hideki Kanda, Edward Rock, *The Anatomy of Corporate Law – A Comparative and Functional Approach*, Oxford, 2009, стр. 139.

24 Вид. G. Born, *нав. дело*, стр. 1153–1154; J. Waincymer, *нав. дело*, стр. 528–529; Jean-François Poudret, „L’originalité du droit français de l’arbitrage au regard du droit comparé“, *Revue Internationale de Droit Comparé*, бр. 1/2004, стр. 139–140; Karim Youssef, „The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: Universal Arbitration Between Freedom and Constraint: The Challenges of Jurisdiction in Multiparty, Multi-Contract Arbitration“, у: Albert Jan van den Berg (ed.), *Arbitration: The Next Fifty Years*, The Hague, 2012, стр. 119–120.

25 Вид. ICC Award no. 8385, коначна одлука из 1995. године, *Company X (USA) v. Companies Y (Belgium) & Z (Belgium)*, одабрани делови доступни на адреси: <http://www.trans-lex.org/208385>, 13. април 2013; такође вид. пресуду Швајцарског федерал-

супротно принципу *bona fides* у уговорном праву да се несавесна страна штити привидом правне личности, како у смислу материјалне одговорности тако и од надлежности арбитраже у поступку који проистиче из спорног уговора. Следи да се, поред утврђивања фразулозног поступања стране непотписнице, посебно испитивање прећутне сагласности не захтева у контексту пробијања правне личности, због чега се овај и слични институти називају теоријама проширења арбитражног споразума без сагласности непотписнице.

Посматрајући постојећу арбитражну праксу, све теорије националних права које се занимају на концепту пробијања правне личности односно обарања претпоставке ограничене одговорности друштва у случајевима фразулозног понашања оснивача у материји проширења арбитражних споразума на стране непотписнице имају ограничен ефекат и треба их тумачити као изузетке од општег правила. Наиме, очување интегритета арбитражног поступка и адекватно тумачење арбитражног споразума предуслови су за извршиву арбитражну одлуку. Уколико би се примена ових института као основа за проширење арбитражног споразума поставила прешироко, судска контрола арбитражне одлуке (иако лимитирана) често би доводила или до поништаја домаће или до одбијања захтева за признање стране арбитражне одлуке.²⁶ Упоредноправно посматрано, проширење на основу пробијања правне личности прихваћено је као валидан изузетак од традиционалних граница арбитражног споразума, с тим да је од случаја до случаја пресудна анализа целокупног чињеничног стања и свих релевантних околности како би се утврдило да је основа за проширење арбитражног споразума заиста и било.

На који начин је овом проблему приступљено у пракси арбитража и судова на територији Републике Србије, које су дилеме које постављају границе домаћег правног поретка и на који начин би требало системски приступити овом изузетку чини саставни део предстојећих одељака.

ног врховног суда од 16. октобра 2003. године, *X. S.A.L., Y. S.A.L. et A. v. Z. Sàrl*, *ASA Bulletin*, vol. 22, 2004, стр. 364–389, где у поступку за поништај арбитражне одлуке Суд закључује да би било супротно принципу добре вере и правичности, који прожима међународно привредно пословање, да појединац који непрекидно учествује у извршењу уговора може да се сакрије иза застора одвојене правне личности друштва које је потисало уговор, противећи се чињеници да је и сам везан не само уговором већ и арбитражном клаузулом из уговора; на сличним основама донета је и коначна одлука *ad hoc* арбитраже из 1991. године, са седиштем у Женеви, *ALPHA S.A. à BETA & Co., Société d'Etat de droit ruritanien*, *ASA Bulletin*, vol. 10, 1992, стр. 202–258.

26 Вид. Christoph Liebscher, *The Healthy Award: Challenge in International Commercial Arbitration*, The Hague, 2003, стр. 341.

IV Проблем проширења арбитражног споразума у пракси арбитража и судова Републике Србије

До скоро се питање пробијања правне личности у оквирима правног поретка Републике Србије постављало искључиво као питање доктринарних разматрања, имајући у виду да је и поред озаконења установе пробијања правне личности наша судска пракса остала колебљива према примени овог института из не баш потпуно разумљивих разлога.²⁷ Имајући претходно наведено у виду, иако законски оквир који уређује питање пробијања правне личности врло јасно дозвољава овакво одступање од принципа ограничене одговорности,²⁸ проактиван приступ судова у том смислу изостаје па се поставило и питање на који би начин домаћи судови реаговали када би се у поступку поништаја (домаће) или признања (стране) арбитражне одлуке разматрала пуноважност арбитражног споразума који је проширен тако да обухвати и страну непотписницу. На примеру из скорашње праксе покушаћемо да прикажемо проблеме који постоје у схватању субјективних граница арбитражног споразума у домаћем судству.

Крајем 2012. године пред Привредним судом у Београду усвајајућом пресудом окончан је првостепени поступак по тужби за поништај делимичне арбитражне одлуке Спољнотрговинске арбитраже из 2011. године коју је поднело привредно друштво А против државне агенције Б.²⁹ Према образложењу пресуде, у оквиру арбитражног поступка, а по захтеву државне агенције Б, дошло је до успешног проширења арбитражне клаузуле на привредно друштво А као трећетуженог и то како по основу примене института пробијања правне личности тако и по основу статусних промена које су настале, услед којих је привредно друштво А (непотписница) солидарно одговарало са првотуженим друштвом у арбитражном поступку (потписница арбитражног споразума). Привредно друштво А, иако је било уредно обавештено о покретању поступка, није истакло приговор ненадлежности трибунала нити се упустило у расправљање у поступку. Суд је тужбени захтев за поништај арбитражне одлуке усвојио у складу са чл. 58 ст. 1 тач. 4 Зако-

27 М. Васиљевић, *Компанијско право*, стр. 53.

28 Вид. Закон о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 36/2011 и 99/2011), чл. 18; сличну одредбу садржао је и у претходни Закон о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 125/2004), чл. 15.

29 Пресуда Привредног суда у Београду П. 80/2012 од 10. септембра 2012. године (необјављено) која се по тужби привредног друштва А водила против државне агенције Б, ради поништаја делимичне арбитражне одлуке коју је донела Спољнотрговинска арбитража при Привредној комори Србије крајем 2011. године.

на о арбитражи,³⁰ међутим, расправа о разлозима за поништај није обухватила суштински разлоге проширења арбитражне клаузуле. Наиме, суд је утврдио да је у поступку повређено право тужиоца на независан и непристрасан трибунал, имајући у виду да је у проширеном саставу арбитражног већа учествовало и лице које према оцени суда није било независно у одлучивању, па је овај процесни недостатак оцењен као основ за поништај делимичне одлуке. Разлози за проширење арбитражног споразума и пуноважност одлуке арбитражног већа у том смислу нису детаљно образложени.

Неколико других, успутних закључака које је суд изнео у свом образложењу међутим, могу бити индикација општег става према примени института пробијања правне личности у домену проширења арбитражне клаузуле. Суд наводи да је тужилац „новоформирано привредно друштво које није потписало уговор нити арбитражну клаузулу, нити је сходно чл. 13 Закона о арбитражи дошло до уступања уговора или потраживања“ а затим и да „судска контрола арбитражне одлуке у погледу примене материјалног права није допуштена, па у том случају није овлашћен да испитује да ли је арбитражно веће примењивало одредбе Закона о привредним друштвима“. Из наведеног првенствено се може закључити да је схватање концепта пробијања правне личности пред домаћим судовима, нажалост, још увек ограничено на домен примене материјалног права, односно да се иста теоријска концепција не посматра као основ за проширење арбитражног споразума. Затим, стране код арбитражног споразума још увек су категорија која се посматра стриктно формално – стране у поступку су лица која су своју изричиту сагласност за вођење арбитражног поступка дала писаним путем. На крају, утисак који образложење пресуде оставља када је у питању примена теорије проширења арбитражног споразума на стране непотписнице је да свест о потребама модерне интерпретације постојећих правила домаћег права још увек није нашла свој пут до судова.

Свесни чињенице да је претходна пресуда за сада само један пример из судске праксе и да притом суштински заобилази директно расправљање о проблему проширења арбитражног споразума, озбиљније критике ће сачекати даљи развој у судском одлучивању у овој области. Но и поред тога, изгледа да је за потребе адекватног тумачења норми како Закона о арбитражи тако и Закона о привредним друштвима неопходно усвојити одређене моделе који се могу наћи у упоредном праву. На првом месту, круг страна у арбитражном споразуму и проблем проширења треба тумачити уско али прецизно – чист формализам био би у супротности са међународно постављеним стан-

30 Закон о арбитражи, чл. 58 ст. 1 тач. 4.

дардима које прихатају како земље које су као и Србија усвојиле УН-ЦИТРАЛ модел-закон тако и Њујоршку конвенцију. Затим, примену института пробијања правне личности која је усвојена у домаћем праву и представља једно од решења која Закон о привредним друштвима експлицитно усваја требало би проширити и на питања одређивања круга странака у арбитражном поступку. Овакав приступ био би у складу не само са вредностима које штити Закон о арбитражи већ и са основним циљем ефикасног решавања спорова у оквиру арбитражног поступка. На крају, зарад очувања правила да странке у арбитражи могу бити само лица која су своју сагласност дала, треба потврдити изузетак да се у случају фrawdолозног поступања у круг страна могу укључити и несавесна лица, односно оснивачи, онда када су испуњени сви услови које закон предвиђа.

V Закључна разматрања

Проширење арбитражног споразума на стране непотписнице не представља ново питање у упоредном праву. Већ више од три деценије арбитражни трибунали решавају о захтевима за укључење лица које није потписало уговор, а национални судови широм света у поступцима за контролу арбитражне одлуке испитују пуноважност проширења на непотписнице. Иако се могући основи за проширење разликују од једног правног поретка до другог, могу се уочити бар две засебне ситуације у којима би одступање од субјективних граница арбитражног споразума било прихваћено као неспорно. На првом месту, уколико се непотписница самостално позива на постојање арбитражног споразума како би одбила надлежност домаћег суда, чиме јасно показује сагласност да буде страна у поступку, проширење арбитражне клаузуле не би требало да наиђе на озбиљне препреке у каснијој судској контроли арбитражне одлуке. Затим, када непотписница на фrawdолозан начин користи друштво да би се ограничила од одговорности, чиме ефективно избегава и надлежност уговорене арбитраже – посебно када право земље суда познаје институт пробијања правне личности (или сличан изузетак од ограничене одговорности чланова друштва капитала) – проблем у поступку поништаја, односно признања не би требало да постоји уколико је арбитражни споразум проширен на такво несавесно лице.

Посматрано из перспективе права Републике Србије – ни један од претходна два сценарија не би требало да буде споран – посебно када је арбитражна одлука донета у иностранству. Наиме, иако страна непотписница није формално део уговора односно арбитражног споразума, субјективни домаћај арбитражног споразума (бар у наведеним

ситуацијама) валидно је проширен. Овакве арбитражне одлуке већ су пролазиле филтер за признање и извршење по стандардима Њујоршке конвенције које усваја и српско право, односно Закон о арбитражи.

Додатно, ни у ситуацијама у којима је одлука донета од стране арбитраже која је седиште имала на територији Републике Србије, уколико би се применили наведени основи за проширење, не би требало усвојити захтев за поништај из најмање два разлога. Прво, српски законодавац је пре више од десет година предвидео могућност да лица која злоупотребе правило о ограниченој одговорности друштва одговарају за његове обавезе. Стога би и проширење арбитражног споразума – засновано на принципу пробијања правне личности на чисто процесном нивоу – требало да представља правно основан изузетак. Супротно тумачење довело би до постојања дуплих стандарда приликом примене материјалног права пред националним судовима и арбитражама што би био директан пут ка правној несигурности – имајући у виду да је домаћа арбитражна одлука изједначена у снази са домаћом правноснажном судском одлуком. Друго, уколико би српски суд прихватио приговор непотписнице о постојању арбитражног споразума и упутио стране на арбитражу, па касније поништио (или одбио признање) арбитражне одлуке која је против наведене непотписнице донета на основу проширеног арбитражног споразума, страни која је покренула поступак ефективно би било ускраћено право на приступ суду.

Уопштено речено, две описане ситуације у којима може доћи до проширења арбитражног споразума не би биле у супротности са домаћим правним поретком. Штавише, поступање арбитражног трибунала у складу са наведеним основама за проширење арбитражног споразума који има седиште на територији Републике Србије било би у складу не само са домаћим правом већ и постојећом праксом међународних трговинских арбитража. Како се пракса домаћих судова, барем према сазнањима аутора, за сада своди на пример који је анализиран у оквиру овог рада, још увек нема простора за прави критички осврт на резонување око питања проширења арбитражног споразума. Но, имајући у виду како је до данас питање пробијања правне личности третирано од стране судова оправдано је очекивати резервисаност правосуђа у прихватању овог концепта. У том смислу, надамо се да ће претходна разматрања унети бар мало светла у оквиру наведене проблематике и бити подстрек за судије да у гранцама овог дозвољеног изузетка усвоје флексибилнији став у тумачењу пуноважности арбитражних споразума у поступцима контроле домаћих и страних арбитражних одлука.

Uroš ŽIVKOVIĆ, M.A.

Junior Faculty Member at the Faculty of Law University of Belgrade

DELINEATING THE SUBJECTIVE SCOPE OF THE ARBITRATION AGREEMENT WITH RESPECT TO THIRD PARTIES: EXCEPTIONS TO THE RULE OF *INTER PARTES* IN ESTABLISHING THE JURISDICTION OF THE ARBITRAL TRIBUNAL

Summary

The author examines different basis for extension of the arbitration agreement to non-signatory parties and their applicability in the context of existing arbitration practice. The paper analyses available case law of institutional and ad hoc arbitrations that dealt with the issue of multi-party arbitration and extension of the arbitration agreement to non-signatories as well as scholarly writings on the topic, delineating the theories for extension of non-signatories based on consent as well as theories that require no consent. Particular focus of the paper lies in identification of the concepts that could be used within the boundaries of Serbian legislation and judiciary as well as related controversies arising out of recent court cases. The final section of the paper concludes on potential interpretative standings as well as possible solutions that could be adopted in the future practice of the national courts with respect to the issue of extension of the arbitration agreement to non-signatory parties.

Key words: *extension of the arbitration agreement, non-signatories, subjective boundaries, implied consent, third parties.*

Бранка БАБОВИЋ

сарадник у настави Правног факултета Универзитета у Београду

ПРАВО НА СУЂЕЊЕ У РАЗУМНОМ РОКУ И ПАРНИЧНИ ПОСТУПАК

Резиме

У раду је дајт̄ приказ инструмен̄та којима се остварује право на суђење у разумном року. Остваривање права на суђење у разумном року је пројекано кроз правни систем једне земље, како одговарајућом правном регулативом, тако и одређеним степеном професионализма и услова у којима се поступајући сироводе. Српски законодавац је 2011. године увео бројне инструменте за убрзање парничног поступка. Ти инструменти су преузети из страних права. У овом раду је дајт̄ критички осврт̄ на ове инструменте као и разматрање питања да ли су одговарајући правосудном миљеу Србије, односно да ли се убрзање парничног поступка може постићи на други начин прикладан нашем праву, да се при том испоштују прејорукe Савета Европe. Врло битан инструмент за остваривање права на суђење у разумном року је и уставна жалба због повреде права на суђење у разумном року, па је у раду дајт̄ осврт̄ на овај инструмент̄.

Кључне речи: временски оквир, преклузије, уставна жалба, право на суђење у разумном року.

Европски суд за људска права (у даљем тексту: ЕСЉП) је донео велики број пресуда против Србије којима је утврђена повреда права на суђење у разумном року. Како би се побољшало остваривање права на суђење у разумном року, већ дуже време се врше законодавне промене у Србији и то на два колосека. С једне стране развијају се правна сред-

ства за заштиту права на суђење у разумном року и тиме испуњавају обавезе из чл. 13 Европске конвенције о људским правима (у даљем тексту: ЕКЉП), а с друге стране се ради на измени процесних закона како би судски поступци били ефикасији и створени услови за остваривање права на суђење у разумном року. Тако је један од основних циљева доношења новог Закона о парничном поступку (*Сл. гласник РС*, бр. 72/2011; у даљем тексту: ЗПП) био побољшање остваривања права на суђење у разумном року из чл. 6 ст. 1 ЕКЉП. Предмет овог рада је ограничен на убрзање парничног поступка ради остваривања права на суђење у разумном року.

I Уставна жалба због повреде права на суђење у разумном року

Када разматрамо питање остваривања права на суђење у разумном року потребно је да испитамо како начине убрзања тока парничног поступка тако и правне лекове који стоје на располагању у случају да је повреда већ наступила, или прети да наступи. Правни лекови за остваривање права на суђење у разумном року с једне стране остварују функцију санирања повреде права на суђење у разумном року, а с друге стране спречавања настанка саме повреде.

Правно средство које за остваривање ових функција предвиђа српско право је уставна жалба због повреде права на суђење у разумном року.

Уставна жалба је у правни систем Србије уведена имплементацијом одговарајућих одредби ЕКЉП и поступањем у складу са праксом ЕСЉП која је указивала на то да дотадашње правно средство није било делотворно.

Чланом 6 ст. 1 ЕКЉП гарантовано је право на правично суђење и право на суђење у разумном року, док су се чланом 13 ЕКЉП државе чланице обавезале да ће обезбедити остваривање права на делотворан правни лек пред националним властима у случају повреде права гарантованих конвенцијом, између осталог и права на суђење у разумном року. Тиме су се државе чланице обавезале да у свом унутрашњем правном поретку предвиде ефикасан правни лек у случају повреде права на суђење у разумном року.

Не само што по ЕКЉП постоји обавеза предвиђања оваквог правног лека, он је значајан и због тога што се повреде права на суђење у разумном року решавају пред унутрашњим органима. Наиме, читав систем подношења представки ЕСЉП је супсидијеран у односу на националне системе заштите људских права. Супсидијерни карактер

представке ЕСЉП-у је одређен члановима 13 и 35 ст. 1 ЕКЉП.¹ Услов за подношење представке ЕСЉП-у је да су претходно исцрпљена сва средства предвиђена домаћим законодавством, а која су делотворна у смислу чл. 13 ЕКЉП.² Иако је право на делотворан правни лек аутономно, тако да се о њему може одлучивати самостално, оно је истовремено и акцесорно пошто се на њега овлашћени субјект може позвати једино у вези са повредом неког другог права из конвенције.³ Дакле, као један од начина остваривања права на суђење у разумном року, како у парничном, тако и у другим поступцима је предвиђање делотворног правног лека унутрашњим правом Републике Србије, који би могао бити поднет у случају кршења тог права из члана 6 став 1 ЕКЉП.

Како је ЕСЉП у пресуди *В.А.М. Ђрошић Србије* нашао да право на притужбу хијерархијски вишој инстанци предвиђено ранијим чланом 7 Закона о уређењу судова (*Сл. гласник РС*, бр. 63/2001, 42/2002, 27/2003, 29/2004, 101/2005, 46/2006), не представља делотворно правно средство, те све и да је странка поднела притужбу која је била предвиђена овим законом, не би било обезбеђено њено право из члана 13 ЕКЉП,⁴ дошло је до промена у нашем законодавству. Наиме, након доношења ове пресуде, српски законодавац је усвојио став ЕСЉП да притужба хијерархијски вишој судској инстанци не представља делотворан правни лек.⁵ ЕСЉП је заузео став да делотворан правни лек поред тога што обезбеђује надокнаду у случају кршења права, обезбеђује и убрзање самог поступка чиме остварује и превентивну функцију.

Након усавајања оваквог става ЕСЉП, чланом 82 став 2 Закона о уставном суду Србије (*Сл. гласник РС*, бр. 109/2007, 99/2011 и 18/2013) уведена је могућност подношења уставне жалбе и када нису исцрпљена сва правна средства предвиђена унутрашњим правом у случају када је подносиоцу жалбе повређено право на суђење у разумном року.⁶ Дакле, реч је о правном леку коју има за циљ и спречавање повреде права на суђење у разумном року. У пресуди *Винчић Ђрошић Србије*, ЕСЉП је овакву уставну жалбу оценио као делотворно правно средство.⁷

1 Пресуда ЕСЉП од 23.9.2006. у случају *Cocchiarella v. Italy*, пар. 38.

2 Александар Јакшић, *Евројска конвенција о људским њравима – коментар*, Београд, 2006, стр. 332–333.

3 А. Јакшић, *нав. дело*, стр. 332.

4 Пресуда ЕСЉП од 13.3.2007. у случају *В.А.М. против Србије*, пар. 155.

5 Овај став је изнет у више пресуда ЕСЉП, нпр. пресуда ЕСЉП од 26.7.2006. у случају *Хорвајћ Ђрошић Хрвајске*, пар. 64; пресуда ЕСЉП од 8.6.2006. у случају *Sürmeli Ђрошић Немачке*, пар. 109.

6 Стеван Лиљих, „Да ли је уставна жалба ефикасни правни лек за суђење у разумном року“, *Анали Правној факултету*, година LV, 2/2007, стр. 76–77.

7 Винчић и други против Србије од 1.12.2009. године, доступно на: <http://www.vk.sud.rs/vincic-i-drugi-protiv-srbije-4469806-i-dr.html>, 10.4.2013. године.

Дакле, оваквом регулативом је омогућено остваривање права на делотворан правни лек у случају повреде права на суђење у разумном року. То право је једно од основних људских права кроз чију примену се осликава функционисање правног система једне земље. У идеалној ситуацији, остваривањем права на делотворан правни лек у унутрашњем праву неке земље нестаје потреба за обраћањем ЕСЉП-у по овом основу.

Овим је учињен само део посла у обезбеђењу остваривања права на суђење у разумном року. Потребно је отклонити узроке дугог трајања поступака кроз убрзање поступака. У овом раду ћемо се сконцентрисати на убрзање парничног поступка.

II Убрзање парничног поступка

До повреде права на суђење у разумном року у поступцима поводом којих је подношена уставна жалба Уставном суду дошло је, примера ради, из следећих разлога: честа промена у саставу већа,⁸ чекање од девет година на прибављање списка другог предмета који се налазио у истом суду,⁹ али и превелики размаци у заказивању рочишта.¹⁰ Ово су само неки од техника одуговлачења парничног поступка. Врло често се различити фактори који доводе до одуговлачења парничног поступка не јављају појединачно, већ до одуговлачења поступка долази услед сплета различитих околности.

Поставља се питање да ли постоји адекватан механизам да се отклоне овакви узроци одуговлачења поступка и повреде права на суђење у разумном року. Чини се да је српски законодавац, приликом доношења ЗПП-а из 2011. године пошао од идеје на нађе начине да коригује најразличитије појавне облике кршења права на суђење у разумном року који постоје у пракси, а не да системски приступи задатку убрзавања парничног поступка. Изгледа да је покушај био да се парнични поступак измени тако да се процесним механизмима промени фактичко стање са циљем да се обезбеди остваривање права на суђење у разумном року. Механизми које је законодавац увео или модификовао како би омогућио остваривање права на суђење у разумном року су

8 У предмету Уж. 409/2009 од 16.7.2009. године, парнични поступак је трајао осам година, а да није донета првостепена пресуда, док је чак шеснаест пута мењан састав већа, у: Милош Кузман, „Право на суђење у разумном року у пракси Уставног суда“, *Избор судске љаксе: стручно-информативни часопис*, Београд, бр. 7/2010, стр. 17.

9 М. Кузман, *нав. чланак*, стр. 17.

10 М. Кузман, *нав. чланак*, стр. 18.

врло разноврсни. Поставља се питање да ли су та нова решења у складу са фактичким стањем у српском правосуђу, односно да ли су изабрани прави начини за убрзање парничног поступку, односно за остваривање права на суђење у разумном року како би довели до остваривања намењене им сврхе.

ЕСЉП није развио критеријуме по којима би се утврдио рок у коме би суд морао да одлучи у парничном поступку,¹¹ већ је развио критеријуме по којима би се утврдило да ли је дошло до повреде права на суђење у разумном року. Ти критеријуми су следећи: комплексност и обим случаја, однос суда према вођењу поступка, однос странака према току поступка и значај брзине решавања за странке у поступку. Дакле, питање испитивања повреде права на суђење у разумном року је комплексно, па тако и само поштовање права на суђење у разумном року зависи од комплексних фактора.

Држава јесте у обавези да организује свој правосудни систем и предвиди одговарајућу законску регулативу како би се омогућила остваривање права на суђење у разумном року, али само остваривање права не зависи само од закона, већ и од бројних других фактора. Стога је кључно донети закон који је најадекватнији у одређеном правном систему како би се што боље омогућило остваривање његове сврхе. Међутим, право странке на експедитиван поступак не може бити на уштрб начела материјалне истине.¹² У супротном, смањење учесталости повреде једног права (права на суђење у разумном року) би довело до повреде другог права (права на правично суђење). У циљу убрзања парничног поступка, начињене су и бројне измене садржане у ЗПП-у из 2011. године. При том је цео поступак измена вршен преношењем института из грађанског процесног права англосаксонских земаља, занемарујући њихово системско место у изворним правним поретцима и изгледно другачије дејство у правном систему Србије.

1. Поглед на упоредно право и претходни Закон о парничном поступку

Убрзање парничног поступка је почело још 2004. године удаљивањем од инквизиционог начела у парничном поступку. Према Клајновом моделу парничног поступка, у његовом изворном облику, инквизиционо начело је заправо требало да служи убрзању парничног поступка, па је предлагање доказа од стране судије поједностављивало

11 А. Јакшић, *нав. дело*, стр. 212.

12 А. Јакшић, *нав. дело*, стр. 213.

поступак и убрзавало решавање спора и доношење одлуке.¹³ Временом ово начело као и могућност предлагања нових чињеница и доказа у току читавог поступка је довело не само до одуговлачења поступка, већ је и стварало простора за бројне злоупотребе.

Не само инквизиционо начело, већ и сама могућност предлагања нових доказа у току целог поступка је доводила до одуговлачења. Често су странке и њихови заступници у жељи да одуговлаче парнични поступак, чували битан доказни предлог за рочиште на коме се закључује главна расправа чиме би се поступак продужио за додатних пар рочишта. Поред тога, у споровима из породичних односа је посебно често било одбијање једне од странака да се подвргне вештачењу или неком другом извођењу доказа, те је оваквом злоупотребом процесних овлашћења долазило до повреде права на суђење у разумном року. Ово су само неки од примера из праксе Уставног суда Србије, у којима је утврђена повреда права на суђење у разумном року у парничним поступцима пред српским судовима.

Законодавац је, поред наведеног, још 2004. године у наше парнично законодавство увео забрану изношења нових чињеница и нових доказа у другостепеном поступку, осим уколико странке не учине веровантим да без своје кривице нису могле да изнесу чињенице и доказе у првостепеном поступку. ЗПП-ом из 2011. године, законодавац је одступио од немачко-аустријског Клајновог модела изношења процесне грађе,¹⁴ тако што је увео преклузије везано за изношење чињеница у првостепеном поступку.

ЗПП из 2011. године у чл. 314 предвиђа да се нове чињенице и нови докази могу предлагати на рочишту за главну расправу једино ако странке учине вероватним да без своје кривице нису могле да изнесу те чињенице и доказе на припремном рочишту. Оваква одредба представља доста радикалну промену парничног поступка, имајући у виду да се овакве новине уводе тек када су правна култура у некој земљи и услови у којима се врши правничка професија достигли тај ниво тако да увођење ове преклузије не би знатно угрозило тачност и истинитост пресуде, као ни правну сигурност. У Хрватској управо из тих разлога није уведена оваква регулација у парнични поступак.¹⁵

13 Alan Uzelac, „Accelerating civil procedure in Croatia – A history of attempts to improve the efficiency of civil litigation“, доступно на адреси: http://alanuzelac.from.hr/pubs/A07Uzelac_Accelerating.pdf, 29.3.2013, стр. 15.

14 Весна Ракић Водинелић, „Закон о парничном поступку Србије 2011“, *Правни записи*, год. 2, бр. II (2011), стр. 520.

15 Explanatory material to the 2003 Amendments of the Croatian Law on Civil Procedure, '[...] a radical limitation of that right [of beneficium novorum in first instance proceedings]

Стога се оправдано постављало питање како ће се у српској правосудној стварности и правној традицији применити одредбе новог ЗПП-а које се односе на одређивање временског оквира и на преклузије у поступку. Чини се да је законодавац желео да увођењем дисциплинске одговорности судије¹⁶ у случају непоступања у временском оквиру желео да предупреди све недостатке за доследно спровођење ових одредби. Оваква регулација би могла, застрашујући судије, да доведе до још веће опасности за доношење тачне и истините одлуке, имајући у виду да ће судије дати предност строгом поштовању временског оквира, правила о корекцији истог и преклузија, а не доношењу правилне и истините одлуке.¹⁷

Поред тога, институт преклузија доводи до беспотребног гомилања процесне грађе пред судом у иницијалној фази поступку, како би странке избегло наступање преклузија. Законодавац, с једне стране, прописује рок од 30 дана за одговор на тужбу и додатни рок од 30 дана од дана достављања одговора на тужбу тужиоцу, као рок за заказивање и одржавање припремног рочишта. У комплекснијим споровима је овакав рок кратак.¹⁸ Према сазнању аутора, у развијеним европским земљама, преклузије и временски оквир у овом облику не постоје, а у англосаксонском правном подручју из кога је преузет институт временског оквира су другачије регулисане.

Наиме, општи поглед на англосаксонско процесно право нам указује на то да одређивању временског оквира увек претходи знатно дужи поступак *pre-trial* у коме се прикупља процесна грађа. У току самог припремања главне расправе странке размењују понекад чак и све доказе везане за спорни однос, у поступку *discovery*-а. Након што је прикупљена процесна грађа одређује се временски оквир за спровођење поступка и дан за даном се одржавају рочишта на којима се докази изводе.

С друге стране, у земљама у којима се, као и у Србији, већ дуже време интензивно ради на убрзању парничног поступка, регулација је другачија. Тако у Хрватској институт временског оквира не постоји. Чланом 299 хрватског Закона о парничном поступку из 2011. године,

was avoided. It was assessed that by that, because of the general level of legal culture in Croatian society, abolition of the right to present new facts and evidence would seriously jeopardize the correctness and the accuracy of adjudication and legal certainty in general. Види: Explanatory Material, II.4 in fine., више о томе: Алан Узелац, *нав. раг*, стр. 19.

16 Члан 10 ЗПП-а.

17 Вида Петровић Шкери, „Остваривање разумног рока – временски оквир“, *Правни информатор*, бр. 4/2012, стр. 6.

18 Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, Београд, 2011, стр. 256.

предвиђено је да су странке најкасније на припремном рочишту или на првом рочишту за главну расправу, ако припремно рочиште није одржано, дужне да изнесу све чињенице на којима темеље своје захтеве и предложе доказе потребне за утврђивање изнетих чињеница. Даље је у ставу 2 истог члана предвиђено да странке могу у току главне расправе износити нове чињенице и предлагати нове доказе, али су дужне накнадити трошкове који тиме буду изазвани противној странци, осим ако потреба за изношењем нових чињеница и предлагања нових доказа није изазвана понашањем противне странке. Уколико противна странка упути захтев суду, суд ће о накнади трошкова одлучити решењем.

Регулација ЗПП-а из 2011. године је далека и од немачког права на чијем моделу традиционално почива наше парнично процесно право.

2. Временски оквир и преклузије

Као што је горе наведено, српски ЗПП из 2011. године познаје и институт временског оквира и уводи преклузије у простепенем поступку.

Временски оквир је прелиминарни план расправљања који се одређује у иницијалној фази поступка. Временски оквир није прецизно регулисан као правни институт. Ипак, дефинисано је шта представља одређивање временског оквира кроз одређивања форме у којој се одређује временски оквир, а то је форма решења и кроз одређивање садржине тог решења. Тако према ЗПП-у, решење о одређивању временског оквира садржи: број рочишта, време одржавања рочишта, распоред извођења доказа на рочиштима и предузимање других процесних радњи, судске рокове за предузимање истих и укупно трајање главне расправе.

Даље, решење о одређивању временског оквира на припремном рочишту за главну расправу доноси суд након што је саслушао предлоге странака. На овај начин законодавац жели да укључи саме странке у одређивање временског оквира у коме ће се поступак спровести, како би се заједничка одлука о временском оквиру заједнички боље и спровела од стране свих учесника у поступку. Првенствено, странка која је учествовала у одређивању временског оквира за спровођење поступка је на себе преузела и део одговорности за трајање поступка, што свакако може утицати на број представки против Србије пред ЕСЉП-ом са навођењем повреде права на суђење у разумном року.

Међутим, како је рок одређен за достављање одговора на тужбу и заказивање и одржавање припремног рочишта кратак, поготово у комплекснијим споровима, како би се прибавила сва процесна грађа

странке одлажу припремно рочиште, тако да поступак припремања главне расправе траје дуже него раније. Поставља се питање да ли се на овај начин у пракси заправо заобилази остваривање циљева преклузија и временског оквира, како су прописани законом. Даље, уколико не дође до планиране промене ЗПП-а, поставља се питање како ће се примењивати одредбе члана 314 ЗПП-а којим је прописано да странке не могу предлагати нове чињенице и нове доказе у току рочишта за главну расправу, уколико не учине вероватним да без своје кривице нису могле раније да изнесу те чињенице и доказне предлоге. Досадашња пракса показује да се накнади доказни предлози често усвајају.

Дакле, странке би, према интенцији законодавца, требало да до рочишта за главну расправу прикупе чињеничну грађу и процене колико им времена треба за извођење доказа. Међутим, оваква регулација захтева одређену зрелост и дисциплину странака, рекло би се на прво поглед. Да ли ће странке предлагати временски оквир савесно или ће ситуација бити следећа.

Уколико се прихвати интенција законодавца да се на припремном рочишту формира сва процесна грађа, а да се у току рочишта за главну расправу изводе докази, онда се чини вероватним да ће странке првенствено предлагати све могуће чињенице и доказе на припремном рочишту и тиме преоптеретити суд, а све у страху од преклузије. У таквој ситуацији се чини немогућим да суд у току једног припремног рочишта одлучи о томе који ће докази бити изведени, већ се припремно рочиште одлаже и састоји из низа сукцесивно повезаних рочишта. Практика је потврдила да је рок за прикупљање чињеничне грађе кратак рок који тужени има до подношења одговора на тужбу, односно до заказивања и одржавања припремног рочишта, у пракси је припремно рочиште по правилу одлагано, тако да се састоји од низа сукцесивно повезаних рочишта. Тиме се поставља питање да ли је тиме заправо дужина припремног рочишта, заправо заменила ранију дужину рочишта за главну расправу, односно да ли временски оквир остварује своју сврху.

Даље, поставља се питање како ће судија одредити временски оквир на основу предлога странака. Уколико је квалитет правне струке висок, странке ће на основу тога извођење којих доказа је усвојено, предложити адекватан временски оквир. Међутим, уколико странке не умеју да процене трајање поступка, или манипулишу овим предлогом, на суду је да оцени колико ће поступак трајати. При томе, закон нити било који други акт не даје никаква упутства судијама како да одреде временски оквир.

Ипак, законом су предвиђени корективи временског оквира. Закон је одредио да се временски оквир може кориговати у случају одлагања

рочишта, али не за више од једне трећине од првобитно одређеног оквира. Уколико странка предложи нови доказ или изнесе нову чињеницу у току рочишта за главну расправу, зато што без своје кривице није могла раније да изнесе ту чињеницу, суд ће одложити рочиште, а временски оквир кориговати. Поставља се питање да ли је корекција довољна у наведеном случају. Уколико дође до преиначења тужбе, суд ће одредити нови временски оквир за спровођење поступка по преиначеној тужби. Такође, у случају када је другостепени суд решењем укинуо првостепену одлуку и предмет вратио на поновни поступак, првостепени суд ће у року од 30 дана од пријема решења другостепеног суда одржати рочиште у коме ће одредити временски оквир за нову главну расправу пред првостепеним судом.

Имајући у виду све наведено поставља се питање да ли је законодавац изабрао правилне инструменте за убрзање поступка и остваривање права на суђење у разумном року, а да при том не угрози остваривање начела материјалне истине. Поставља се питање да ли се у случају накнадног прибављања доказа, отвара могућност за покретање нових парница, а да је претходно, брзо, окончан поступак, довео само до административног окончања.¹⁹

Поред тога, могуће је и да строга регулација ЗПП-а из 2011. године, првенствено правила о временском оквиру и преклузија у изношењу нових чињеница и доказа доводи до поступања *contra legem*. С једне стране такво поступање не доводи до остваривања интенције законодавца, који је преклузијама желео да убрза поступак, а с друге стране доводи до ситуације у којој се такво поступање може сматрати повредом права на правично суђење.²⁰

Треба имату у виду да смањење броја представки пред ЕСЉП-ом због повреде права на суђење у разумном року, може бити и привидно и довести до промене правног основа претставке и такву претставку претворити у претставку по основу повреде права на правично суђење. Према досадашњем искуству, број пресуда против Србије које су донете за повреду права на суђење у разумном року је 18, док је донето 14 пресуда за повреду права на правично суђење.²¹

Из горе наведеног следи да је битно одредити шта је правилна примена ових одредби ЗПП-а, али и да је битно одредити како се обезбеђује та правилна примена. Законодавац је у ову сврху предвидео дисциплинску одговорност судије, који уколико не поступа у складу са прописаним одредбама, ЗПП садржи бројне одредбе о новчаном кажњавању

19 В. Ракић Водинелић, *нав. чланак*, стр. 525

20 А. Јакшић, *Грађанско процесно право*, стр. 193.

21 В. Ракић Водинелић, *нав. чланак*, стр. 516.

учесника у поступку, па је законодавац на тај начин желео да обезбеди остваривање циљева ЗПП-а за ефикасним и брзим поступком. Поред дисциплинске одговорности судије у случају непоштовања решења о одређивању временског оквира, ЗПП предвиђа и строге новчане казне (нпр. за вештаке који не поднесу налаз и мишљење у остављеном року од 60 дана). Поред увођења нових казни пооштрене су и старе у намери да се тако обезбеди већа ефикасност у поступку. Законодавац је предвиђањем строгог кажњавања учесника у поступку желео да дисциплинује како суд тако и странке и на тај начин уклопи нове процесне инструменте у постојећи парнични систем.

Време ће показати колико је таква врста дисциплиновања, првенствено потребно, а колико је и могућа и колико остварује своју сврху у атмосфери у којој је изрицање новчаних казни у парничном поступку ретка појава и када суд чак и када донесе решење о изрицању новчане казне неком од учесника у поступку, врло често то решење стави ван снаге. Дакле, не само да није јасно како ће стављање у изглед дисциплинске одговорности утицати на доношење правилне одлуке, већ ни како ће чак и да им је сврха остварива бити спроведене.

Како је у току припрема Закона о изменама и допунама Закона о парничном поступку, чини се да ће ове одредбе ЗПП-а бити измењене пре него што примена закона заживи у пракси. Према садашњем нацрту Закона о изменама и допунама Закона о парничном поступку је предвиђено укидање преклузија у првостепеном поступку, али се не види да ли је уведен неки други начин убрзања парничног поступка.

Приликом писања закона из 2011. године, законодавац је, између осталог, поступао по препорукама Савета Европе. Препорука Комитета министара је да треба предузети све мере како би се време које је потребно за доношење одлуке svelo на најмању могућу меру тако што ће се уклонити све архаичне процедуре које не испуњавају никакву корисну сврху.²² Дакле, приликом увођења инструмената којима се убрзава поступак треба имати у виду уклопљеност такве регулације у актуелни правосудни миље, а пре свега остваривању начела материјалне истине које не сме бити угрожено наведеним правом.

22 В. Петровић Шкоро, *нав. чланак*, стр. 10.

Branka BABOVIĆ

Junior Faculty Member at the Faculty of Law University of Belgrade

RIGHT TO A TRIAL WITHIN REASONABLE TIME AND CIVIL PROCEDURE

Summary

Within the scope of this research was preview of the legal provision needed to exercise right on a trial within a reasonable time. Guarantee on a trial within a reasonable time is part of the legal system. On one hand, it is a part of legislation and on the other hand its is a consequence of good functioning of legal system and high level of professionalism in excersising law. The new Law on Civil Procedure was enacted in 2011 by which several insturments for accelaration of the procedure were introduced. Those instruments have been transplanted from different legal systems in which those instruments have different origin and produce different effects. This article provides critical preview of the effects of those instruments within the Serbian civil procedure and judicial system. An important aspect of accelerating the civil procedure is the constitutional appeal, so the critical review of this instrument is also a part of this article.

Key words: *right on trial within reasonable time, first instance proceedings preclusion, constitutional appeal, conference timetable.*

ПРАВО ЈАВНИХ НАБАВКИ

др *Гордана* ГАСМИ
професор на Правном факултету Универзитета Сингидунум

др *Марија* КОСТИЋ
професор на Правном факултету Универзитета Сингидунум

„ЗЕЛЕНЕ“ ЈАВНЕ НАБАВКЕ У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ И ЊИХОВА ПРИМЕНА У СРБИЈИ

Резиме

Модел зелених јавних набавки (у даљем тексту: ЗЈН) дефинисала је Евројска комисија као „процес у ком се јавна управа труди да набави добра, услуге и радове који током свој чистијавој живојној процеса имају знатно мањи негативан утицај на живојну средину од других сличних добара, услуга и радова“.¹ Усвајањем овој концепција постиже се двоструки ефекат – развија се одржива индустрија и задржава привредни раст. ЗЈН се примењују на добровољној основи, што значи да државе чланице ЕУ и јавна управа самостално одређују у ком обиму ће применити њихове стандарде. Овај модел се већ користи као дојуна Директивама ЕУ о јавним и комуналним набавкама,² па иако јавне управе широм Европе набављају енергетски ефикасне рачунаре, канцеларијски намештај од одрживој дрвета, зграде са ниском индустријом енергије, рециклирани папир, еколошка средства за чишћење и сл. Циљ овој рада је да укаже

1 *European Commission Communication COM (2008) 400, „Public procurement for a better environment“*, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0400:FIN:EN:PDF>, стр. 4.

2 Directives 2004/18/EC on the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts and 2004/17/EC on the procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors of the European Parliament and of the Council.

релевантним субјектима у Србији на неопходности промовисања и примене овој концепцији у знатно већем обиму од досадашњег.

Кључне речи: *зелене јавне набавке, одржива потрошња и привредни раст, јавне и комуналне набавке, утицај на животну средину.*

I Увод

Одмах на почетку се поставља питање зашто куповати зелено? Као и на многа друга питања XXI века и на ово одговор дају сами разлози успостављања одрживог развоја и очувања животне средине, а који су истовремено и економски оправдани. Већ сам назив зелене јавне набавке указују на нешто што је позитивна ствар, али да би концепт као такав био опште прихваћен, неопходно је објаснити његове суштинске предности. Са трошковима од око 2 трилиона евра (еквивалент 19% ГДП-а ЕУ) јавна управа је највећи потрошач у Европи.³ Користећи свој набавни и потрошачки капацитет да изабере добра, услуге и радове који имају смањен утицај на животну средину, јавна управа може значајно допринети реализацији локалних, регионалних, националних и међународних циљева одрживог развоја, а пре свега, утицати на свест шире јавности о значају еко-производа и услуга.

Поред еколошких мотива, концепт зелених јавних набавки је снажно оправдан и економским. Наиме, кроз примену овог концепта јавна управа може остварити значајне уштеде у дугорочном периоду. Набавка производа који штеде енергију или воду, сасвим сигурно ће резултирати у смањењу рачуна за комуналије. Смањење отровних супстанци у производима може довести до смањења трошкова одлагања отпада. Такође, они који спровде ЗЈН биће истовремено боље припремљени да одговоре и на политичке и правно-обавезујуће циљеве у погледу смањења емисија гасова, енергетске ефикасности итд.

Бројне политике и стратегије ЕУ представљају и препоручују спровођење концепта ЗЈН, препознајући њихов потенцијал да подстакну одрживију употребу природних ресурса, уведу иновације и позитивне промене у смислу одрживе производње и потрошње. Европа 2020, стратегија ЕУ за паметан, одржив и инклузиван развој,⁴ такође истиче ЗЈН као једну од конкретних мера која ће допринети реализацији таквог развоја.

3 *European Commission GPP website*, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/environment/gpp/what_en.htm.

4 COM (2010) 2020 *Europe 2020 – A Strategy for Smart, Sustainable and Inclusive Growth*.

Србија је препознала концепт “зелених јавних набавки” као јавне набавке које поред цене воде рачуна и о животној средини и социјалној компоненти, и које имају значајан ниво учешћа јавности у одлучивању, те их као такве прогласила једним од стратешких циљева до 2015. године, али је искуство у примени ЗЈН још увек изузетно ограничено. Позитивна ствар је што се може рећи да свест о потреби увођења праксе оваквих набавки постоји, али је недостатак знања о доступним производима, услугама и процедурама који задовољавају стандард зелених јавних набавки са аспекта смањеног негативног утицаја на животну средину проблем који се још увек не може лако превазићи.⁵

II Зелене јавне набавке у правном-политичком оквиру Европске уније

1. Улога зелених јавних набавки у политици ЕУ

а) ЗЈН у оквиру политике Европске уније

Са циљем да подстакну одрживију употребу природних ресурса, промену понашања и навика у циљу одрживије потрошње и одржива иновативна решења, зелене јавне набавке су представљене у многим политикама и стратегијама ЕУ. „Европа 2020“ – стратегија ЕУ за паметан, одржив и инклузиван раст и развој, истиче управо ЗЈН као једну од приоритетних мера за постизање таквог раста и развоја.

Такође, ЗЈН су представљене и у оквиру Акционог плана за одрживу производњу и потрошњу, који предлаже низ мера којима се подржава примена ЗЈН у оквирима држава чланица ЕУ.⁶ У обавештењу издатом 2008. године – „Јавне набавке за бољу животну средину“, Европска комисија је поставила циљ да до 2010. године 50% свих реализованих јавних набавки у ЕУ треба да буду „зелене“, односно да су у складу са главним заједничким критеријумима зелених јавних набавки у погледу десет приоритетних група производа/услуга, као што су они у области грађевинарства, саобраћаја/транспорта, средстава за чишћење и услуга. Све је већи број држава чланица ЕУ које примењују концепт ЗЈН, а Европска комисија редовно спроводи и мониторинг у погледу примене овог концепта у државама чланицама. Прва студија објављена је 2009. године на бази мониторинга реализованог у Аустрији, Данској, Финској,

5 „Студија о достигнућима и перспективама на путу ка зеленој економији и одрживом расту у Србији“, *Национални извештај за Свешску конференцију о одрживом развоју „Рио+20“*, Рио де Женеиро, 20–22. јун 2012. године.

6 COM(2008) 397 *Communication on the Sustainable Consumption and Production and Sustainable Industrial Policy Action Plan.*

Немачкој, Холандији, Шведској и Великој Британији, а последња 2011. године на бази учешћа 850 јавних управа из 26 држава чланица ЕУ.⁷

Што се тиче националне политике држава чланица, већина њих (двадесет једна држава) је усвојила Националне акционе планове о зеленим јавним набавкама или одрживим јавним набавкама (у даљем тексту: ОЈН) и у њима представиле различите акције и мере којима ће подстицати зелене/одрживе јавне набавке.⁸ Интересантан је податак да су у осамнаест држава чланица запослени у јавној управи завршили програме обуке и тренинге за реализацију ЗЈН/ОЈН, а да су у Немачкој, Португалу и Чешкој стандарди ЗЈН у погледу набавке одрживог дрвета, ИТ-а и употребе ЛЦЦ-а добили правно обавезујући карактер.

б) Разлози примене концепција ЗЈН у јавним набавкама у ЕУ

У уводу је наглашено да као и на многа друга питања XXI века и на питање због чега примењивати концепт зелених јавних набавки одговор дају сами разлози успостављања одрживог развоја и очувања животне средине, а који су истовремено и економски оправдани. С обзиром да је одрживи развој приоритетан концепт развоја Европске уније, размотрићемо конкретне разлоге и сагледати бенефите за спровођење зелених јавних набавки према оцени Европске комисије.

Комисија ЕУ, разматрајући концепт зелених јавних набавки, указује на следеће разлоге и предности, које ће државе чланице имати уколико буду примењивале поменути принцип:

- Еколошки разлози/користи – реализацијом јавних набавки које ће поштовати принцип заштите животне средине, директно ће се утицати на смањење постојећих и превенцију будућих проблема као што су емисије штетних гасова, загађење вода и земљишта, оптимизација употребе воде, сеча шума и сл. Индиректни ефекти примене овог концепта огледаће се у ширењу еколошке свести јавности, што би временом требало да доведе до стања у ком би и приватан сектор почео да следи праксу јавног сектора.
- Социјални и здравствени разлози – користи су директна „последница“ подизања нивоа квалитета стандарда производа и услуга набављених од стране јавних власти, што се огледа на примерима удисања чистијег ваздуха, конзумирања еколошки

7 Студије доступне на адреси: http://ec.europa.eu/environment/gpp/studies_en.htm.

8 Шест преосталих држава (Бугарска, Естонија, Грчка, Ирска, Мађарска и Румунија) су у процесу и усвајања NAP-а. Више информација доступно на адреси: http://ec.europa.eu/environment/gpp/action_plan_en.htm.

здравије воде за пиће, еколошки чистијих и сигурнијих услова за рад и сл.

- Економски разлози – користи се огледају првенствено у чињеници да се применом концепта зелених набавки остварују велике уштеде на „дуге стазе“ (мањи рачуни за потрошњу електричне енергије и воде, на пример).

Са друге стране, подстиче се иновативност и развој производних индустрија и услужног сектора, а у служби остварења циљева одрживог развоја. Наиме, већа потражња за еко-производима и услугама подстаћи ће нова иновативна индустријска решења са којима ће произвођачи бити конкурентни на тржишту и тендерима, а истовремено и одрживо пословати.

2. Правни акти који директно или индиректно регулишу и подстичу зелене јавне набавке у ЕУ

а) Релевантни правни оквир

Директива 2004/18/ЕЦ о јавним набавкама и Директива 2004/17/ЕЦ о комуналним набавкама су први правни акти Европске заједнице који помињу аспект „зелених јавних набавки“, у контексту могућности остварења економске добити уз истовремено спровођење мера заштите животне средине у државама чланицама. Директива о јавним набавкама у члану 6. експлицитно позива на примену принцип интегрисања и садржи одредбу која, по први пут, третира аспекте „зелених набавки“ у области јавних набавки. Поред њих, постоје друге директиве које на индиректан начин утичу на праксу примене ЗЈН, као нпр. Директива 2009/33/ЕЦ о „чистим“ возилима која обавезује владе држава чланица да приликом набавке транспортних и путничких возила воде рачуна о утрошку енергије и утицајима на животну средину взила током читавог њиховог животног века.⁹

Поред њих, Пети и Шести еколошки акциони план се конкретно односе на значај зелених набавки. Пети еколошки акциони план (1992–1999)¹⁰ наглашава „подељену одговорност“ јавног и приватног сектора у заштити животне средине. У њему је истакнуто да одлуке о куповини и потрошњи, било да их доносе појединци или правна лица, могу имати важан утицај на животну средину и закључује да се, посебно када се узме у обзир обим тржишта јавних набавки, еколошки

9 Члан 5(1) Директиве 2009/33/ЕЦ од 23.4.2009. године о чистим и енергетски ефикасним возилима, L 120.

10 5th European Environmental Action Programme, O.J. 1993, C-138/1.

фактори морају разматрати приликом доношења одлука јавне управе о набавкама. Шести еколошки акциони план „Животна средина 2010: наша будућност, наш избор“¹¹ успоставља „интегрисану политику производа“ као кључни елемент креирања еколошке политике ЕУ. У њему се наводи да ће ова политика „третирати начине побољшања утицаја производа на животну средину током читавог њиховог животног века трајања“, од фазе производње, употребе, одлагања, рециклирања. Осим тога, политика „ће обухватити мере економских подстицаја за производе који нису штетни по животну средину, подстичући *зелену* *поштражњу* путем бољег информисања потрошача, развијајући објективну основу за *зелене јавне набавке* и мере промовисања дизајна еко-производа“.

У Зеленој књизи о интегрисаној политици производа¹² се тврди да се јавна управа мора понашати као лидер у процесу „зеленог управљања“ и „у усмеравању потрошње према производима који су мање штетни по животну средину“. Треба нагласити да значај „зелених јавних набавки“ нису препознале само институције ЕУ и владе држава чланица, већ и шира међународна заједница на челу са Организацијом за економску сарадњу и развој (у даљем тексту: ОЕЦД). Двадесет две државе чланице ове организације су се сагласиле и у јануару 2002. године објавиле Препоруку за побољшање еколошког учинка јавних набавки.¹³ Државе чланице се подстичу да приликом реализације јавних набавки више воде рачуна о еколошким предностима производа и услуга, те им се дају и конкретне инструкције у вези са корацима које у том циљу треба да реализују. Многе чланице ОЕЦД-а следе дату препоруку и упутства, а све је већи број и држава изван Европе које чине исто.

Да би представљање правног аспекта ЗЈН Европске уније у потпуности било заокружено, неопходно је све ставити и у контекст одредби актуелног Уговора о ЕУ – Лисабонског уговора. Једна од најзначајнијих новина Уговора из Лисабона, у односу на еколошке одредбе претходних Уговора о ЕУ је то што овај Уговор, по први пут, као основни еколошки циљ поставља не само заштиту, већ и „побољшање квалитета животне средине“, за разлику од претходних уговора који су прописивали само обавезу „очувања“. Осим поменутог, Уговор из Лисабона иде још даље – тиме што је Повељи ЕУ о основним правима признао исту правну снагу као и претходним Оснивачким уговорима о ЕУ – „висок ниво заштите животне средине“ је постало једно од основних људских права

11 6th Environmental Action Programme, доступно на адреси: http://europa.eu/legislation_summaries/agriculture/environment/l28027_en.htm.

12 *Green Paper on Integrated Product Policy COM (2001) 68 Final*.

13 *OECD Recommendation of the Council on Improving the Environmental Performance of Public Procurement of 23 January 2002, C(2002)3*.

ЕУ.¹⁴ Значај концепта зелених јавних набавки произлази из тумачења члана 3 Лисабонског уговора, односно захтева да „у циљу постизања усклађеног привредног развоја и стабилности цена, ЕУ као високо конкурентна социјална тржишна економија, мора бити усмерена ка пуној запослености и друштвеном напретку, али и највишем нивоу заштите и побољшања квалитета животне средине“.¹⁵

б) Директива 2004/18/ЕЦ о јавним набавкама

Директива¹⁶ наглашава да уговорне стране имају могућност и да се охрабрују да јавне набавке уговарају у складу са интересима заштите животне средине. У даљем тексту појашњава који су то конкретни начини на које јавна управа може да штити животну средину и партиципира у одрживом развоју, а да истовремено добије најбољу и цену и квалитет набављеног.¹⁷

Члан 23(3)(б) ове директиве дозвољава употпуњавање техничке спецификације захтевима у погледу заштите животне средине. Техничка спецификација садржи информације, захтеве и стандарде које тражена роба, услуга, добра или радови треба да испуњавају, а саставни је део уговора о набавци или тендерске документације. И Директива 2009/33/ЕЦ о „чистим“ возилима у члану 5(3) дозвољава употпуњавање техничке спецификације еко-захтевима, те одабир понуђача на основу критеријума најповољнијег утицаја на животну средину и највеће енергетске ефикасности.

Дакле, уговорне стране могу да прецизирају техничку спецификацију у погледу еко-стандарда и квалитета материјала, производа, робе или услуга, као и да прецизирају одређени начин и метод производње роба, услуга или извођења радова.¹⁸

Предвиђена је и могућност истицања захтева да производи или услуге задовоље спецификације истакнуте на било ком регистрованом еко-знаку у ЕУ или ван ње.¹⁹ Није дозвољено захтевати да роба

14 Марија Костић, Гордана Гасми, „Лисабонски уговор о ЕУ и корпоративна друштвена еколошка одговорност“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2010, стр. 350–360.

15 Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union of 30 March 2010, [2010] OJ C 83/01.

16 Гордана Гасми, „Нови ЕУ стандарди о јавним набавкама радова, роба и услуга и значај за Србију“, *Право и привреда*, бр. 1–4/2009, стр. 270–283.

17 Из рецитала Directive 2004/18/EC, L 134/114.

18 Анекс VI и извод из рецитала Директиве 2004/18/ЕЦ, L 134/114.

19 Директива 2004/18/ЕЦ, чл. 23. ст. 6; Више о еко-знаку вид. Марија Костић (2009), „Еко-ознака као вид информације о производима“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2009, стр. 80–92.

или услуга буде заштићена еко-знаком, већ еко-ознака може бити искоришћена као извор захтеване спецификације, еко-критеријум, основ за процену током фазе одлучивања о избору понуђача или као облик верификације.²⁰

Директива дозвољава наручиоцу да захтева од понуђача, а затим добављача, да испуњење уговорених обавеза реализују у складу са мерама еко-менаџмента.²¹ Наравно, овај захтев је дозвољено истаћи онда када природа нарученог посла или услуге оправдава примену шема или мера еко-менаџмента.²² Списак валидних еко-менџмент стандарда, попут ЕМАС шеме или релевантних међународних стандарда дат је у члану 50 Директиве 2004/18/ЕЦ.

III Систем јавних набавки у Србији са посебним освртом на „зелени“ критеријум

1. Генерална политика зелених јавних набавки

У Србији су зелене јавне набавке дефинисане као јавне набавке које поред цене воде рачуна и о животној средини и социјалној компоненти, и које имају значајан ниво учешћа јавности у одлучивању. Иако представљају један од стратешких циљева до 2015. године, искуство у њиховој примени је ограничено.²³ С друге стране, постоји свест и спремност да се почне са широм применом оваквих набавки, али је једна од кључних препрека недостатак адекватних знања о доступним производима, услугама и процедурама јавних набавки без негативних социјалних и еколошких утицаја. Да би се овај циљ успешно реализовао, централно место морају заузети активности везане за енергетску уштеду у сектору јавног саобраћаја и објектима којима располаже држава. Такође, укључивањем социјалног аспекта јавних набавки остварују се циљеви инклузивног развоја, док њихово комбиновање са критеријумима заштите животне средине представља интегрисани приступ одрживом систему јавних набавки.

Треба нагласити да многе активности у области јавних набавки које се примењују у Србији, упркос томе што се не означавају као „зе-

20 *European Commission Green Public Procurement Training Toolkit, Green Public Procurement and European Eco-label, Fact sheet, 2008.*

21 Директива 2004/18/ЕЦ, чл. 48(2)(ф).

22 *European Commission, Buying Green! A Handbook on Green Public Procurement, 2nd ed., Publications Office of the European Union, Luxemburg, 2011, стр. 36.*

23 „Студија о достигнућима и перспективама на путу ка зеленој економији и одрживом расту у Србији“, *Национални извештај за Светску конференцију о одрживом развоју „Рио+20“*, Рио де Жанеиро, 20–22. јун 2012. године.

лене“, имају њихове карактеристике. Примери су набавке рециклираног папира и материјала, еко-детерџента и средстава за чишћење, енергетски ефикасних уређаја у области информационих технологија, возила са смањеним нивоом емисија штетних гасова, процедура набавки хране за школе и сл. Свакако, у будућности треба у већој мери подстицати и ширити спектар конкретних мера које су усклађене са концептом ЗЈН, као нпр. коришћење енергије из обновљивих извора, производњу одрживог намештаја са смањеним негативним утицајем на природне ресурсе, ширење спектра производа означених еко-знаком итд.

У сваком случају, искуства држава чланица ЕУ нам већ сада поручују да је за адекватну промоцију ЗЈН неопходно усвојити Национални акциони план о зеленим или одрживим јавним набавкама. Тек тада можемо говорити о постојању политике зелених набавки на националном нивоу, у правом смислу те речи.

а) Нови Закон о јавним набавкама у светлу модела зелених јавних набавки

У Србији је 2012. године ступио на снагу нови Закон о јавним набавкама.²⁴ Водило се рачуна да се дефинишу решења која би спречила евентуалне злоупотребе, повећала ефикасност контроле, ефикасност и брзину поступака, при том водећи рачуна да предложена решења буду усклађена са директивама Европске уније и добром праксом јавних набавки из држава чланица.

Мишљења смо да, у домену зелених јавних набавки, нови Закон пружа одличан основ за разраду и даљу примену овог концепта у Србији. Унети су еколошки стандарди и стандарди енергетске ефикасности као могући делови техничких спецификација. У делу 3 „Начела јавних набавки“, као једно од основних начела дефинисано је и начело заштите животне средине и обезбеђивања енергетске ефикасности, те га у члану 13 цитира: „наручилац је дужан да набавља добра, услуге и радове који не загађују, односно који минимално утичу на животну средину, односно који обезбеђују адекватно смањење потрошње енергије – енергетску ефикасност и да када је то оправдано као елемент критеријума економски најповољније понуде одреди еколошке предности предмета јавне набавке, енергетску ефикасност, односно укупне трошкове животног циклуса предмета јавне набавке.“

Члановима 70–74 Закона регулисане су техничке спецификације и њихово коришћење у поступку јавне набавке. Одређена су четири

24 Закон о јавним набавкама Републике Србије (Сл. гласник РС, бр. 124/2012; у даљем тексту: Закон). Закон почиње са применом од 1.4.2013.

различита начина одређивања техничких спецификација, а изричито је прописана и могућност да карактеристике или захтеви функционалности предмета набавке могу укључивати и еколошке карактеристике, односно, уређено је коришћење еколошких спецификација и ознака и захтева и ознака у погледу енергетске ефикасности. Њихово коришћење условљено је испуњењем одређених услова, дефинисаних Законом о стандардизацији.²⁵

III Закључна разматрања

Евидентно је да је концепт зелених јавних набавки релативно нов приступ реализацији јавних набавки, како на нивоу ЕУ, тако и на нивоу држава чланица. Уколико имамо то у виду, онда се ситуација у Републици Србије може оценити као више него задовољавајућа. Међутим, у оквиру ЕУ се константно разрађују даље мере за његову ширу имплементацију, па би такав приступ требало следити и у Србији.

Политика Европске уније је децидна и доследна у намери да се еколошки стандарди уводе и имплементирају у свим секторским политикама, како би се испуниле обавезе о побољшању квалитета животне средине дефинисане Лисабонским уговором. Одрживи раст и развој су императивни циљеви Уније и држава чланица, а примена заједничких стандарда зелених или одрживих јавних набавки једна од мера која ће сасвим извесно умногоме допринети његовом остварењу. Подстицање веће производње еко-производа и услуга широм Европе, те учвршћивање позиције ЕУ као светског лидера у заштити животне средине и промоцији одрживог развоја, примарни су кораци на путу реализације постављеног циља.

Иако исходи мониторинга и извештаји Европске комисије јасно указују на тренд раста примене концепта ЗЈН у Европској унији, можемо закључити да су досадашњи резултати још увек скромни и да су неопходни додатни планови и мере. Постојеће су делимично успешне, јер нису све државе чланице које су их примениле постигле и очекиване резултате. То је мотивисало Европску комисију да већ узме у разматрање могућност поштравања степена правне обавезности овог концепта и његове заступљености приликом оцене стања општих тржишних услова у некој држави чланици.

Србија је показала извесне конкретне напоре и резултате у увођењу стандарда зелених јавних набавки, како у политичке, тако и закондавни оквир. Међутим, практична примена је и даље више него скромна, а евидентно је да се то може променити једино уколико се,

25 Закон о стандардизацији Републике Србије, (Сл. гласник РС, бр. 36/09).

пре свега, дефинишу и спроведу мере развоја тржишта еко-производа и услуга. Без широког спектра овакве понуде, концепт зелених јавних набавки остаје само политичко-демагошки фактор. Истовремено, треба приступити и изради Националног акционог плана о ЗЈН који ће бити усаглашен са највишим европским и међународним стандардима.

Marija KOSTIĆ, PhD

Associated Professor at Singidunum University, Belgrade

Gordana GASMI, PhD

Associated Professor at Singidunum University, Belgrade

“GREEN” PUBLIC PROCUREMENT IN EUROPEAN UNION AND ITS IMPLEMENTATION IN SERBIA

Summary

The concept of green public procurement (hereafter: GPP) is defined by the European Commission as “a process whereby public authorities seek to procure goods, services and works with a reduced environmental impact throughout their life cycle when compared to goods, services and works with the same primary function that would otherwise be procured”. Implementation of this principle has a double effect – develops sustainable consumption and maintains economic growth. GPP is a model of public procurement which is conducted on a voluntary basis, which means that EU Member States and public authorities independently decide on the extent of its implementation. This model has been already used in addition to EU Directives on Public Procurement, and thus public authorities in Europe procure energy-efficient computers, office furniture, sustainable wood buildings with low energy consumption, recycled paper, organic cleaners, etc. The aim of this paper is to convince relevant stakeholders in Serbia to promote implementation of this concept to a higher extent than the existing one.

Key words: *green public procurement, sustainable consumption and economic growth, the impact on the environment.*

др *Владимир* КОЗАР
доцент Правног факултета за привреду и правосуђе Универзитета
Привредна академија у Новом Саду и специјални саветник у НЛБ
банци а.д. Београд

НЕВАЖНОСТ УГОВОРА О ЈАВНИМ НАБАВКАМА И НАКНАДА ШТЕТЕ

Резиме

У раду су анализирани посебни разлози ништивости и рушљивости уговора о јавним набавкама. Указано је на разлику у односу на ошће разлоге неважности уговора из Закона о облигационим односима. Истакнуто је значај Републичке комисије за заштитну права у поскупцима јавних набавки, у чијој је надлежности понештење рушљивој уговора. Објашњена су специфична правила посебној ујравној поскупки у коме се остварује заштитна права. За разлику од рушљивих уговора, које понештава Републичка комисија, за уклањање айсолутно ништивих уговора из ујравној поретка понештава је судска пресуда. У раду је указано да нишање накнаде стварне штете и измакле користи, проузроковане понештачу незаконитим поскупцањем у поскупку јавне набавке, није уређено новим Законом о јавним набавкама. Заузет је став да се о захтевима за накнаду штете одлучује по ошћим правилима облигационој права.

Кључне речи: јавне набавке, заштитна права, неважност, ништивост, рушљивост, уговор, накнада штете.

I Увод

Основни циљ новог Закона о јавним набавкама¹ је обезбеђивање услова за ефикасну употребу јавних средстава, прописивањем јасних процедура за доделу јавних уговора и механизма за спречавање корупције и обезбеђивање конкуренције.² Ради остварења наведеног циља успостављен је нови систем ревизије поступака јавних набавки, кроз реорганизацију и промену овлашћења, начина рада и састава Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки (у даљем тексту: Републичка комисија). Поједностављен је поступак заштите права. Републичкој комисији дата су посебна, нова овлашћења међу којима је право да поништи уговор о јавној набавци. Заштита права у поступцима јавних набавки усклађена је са Директивом 2007/66/ЕЗ, која регулише ревизију поступка јавне набавке.

Закон о облигационим односима познаје две категорије неважећих уговора. Прва категорија су апсолутно ништави уговори који су противни принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима (члан 103). Другу категорију представљају рушљиви (релативно ништави) уговори које је закључила страна ограничено пословно способна, кад је при њиховом закључењу било мана у погледу воље страна, као и кад је то овим законом или посебним прописом одређено (члан 111). Правна теорија разликује још и „*нейосџојеће ујоворе*“, као трећу категорију неважећих уговора,³ коју Закон о облигационим односима не помиње изричито, већ је у наш правни систем уводи посредно, прописујући да се у одређеним случајевима „*смайџра да ујовор није ни настџао*“, односно да „*ујовор није ни закључен*“ – нпр. неспоразум: кад стране верују да су сагласне, а у ствари међу њима постоји неспоразум о природи уговора или о основу или о предмету обавезе (члан 63) или закључење уговора од стране неовлашћеног лица (члан 88).

У Закону о облигационим односима садржани су општи разлози апсолутне и релативне ништавости (рушљивости) уговора. Међутим, Закон о јавним набавкама прописује посебне разлоге неважности уговора о јавним набавкама. Битна новина је то што је поништење рушљивог уговора стављено у надлежност Републичке комисије као посебног управног органа, односно управне организације, са својством правног лица.⁴

1 Закон о јавним набавкама (*Службени гласник РС*, бр.124/2012).

2 Владимир Козар, Тијана Жунџић, „Приказ новог закона о јавним набавкама“, *Радно-правни савешњик*, бр. 2/2013, стр. 77.

3 Живомир Ђорђевић, Владан Станковић, *Облигационо право*, Научна књига, Београд, 1987, стр. 275.

4 Могућност да управни орган или управна организација поништи правни посао није новина у нашем правном систему. Закон о предузећима (*Службени лист*

II Позив на понуду и форма понуде као битни елементи уговора о јавној набавци

Позив на понуду у одређеној форми битан је део поступка јавне набавке, односно представља обавезну фазу поступка. Позив на понуду представља, поред понуде за закључење уговора и позива на преговоре, један од облика уговорне иницијативе.⁵ Пре 2002. године када је донет први Закон о јавним набавкама⁶ наши позитивни прописи нису одређивали појам позива на понуду, а у судској пракси и делу правне теорије изражен је став према коме се позив на понуду, по свом дејству, у великој мери приближава позиву на преговоре. Истакнуто је да пошљалац позива на понуду није дужан да прихвати понуду заинтересованог лица за закључење уговора, с тим што ће одговорати за штету (обичну штету) ако то учини без основаног разлога.⁷ У циљу ближег одређења позива на понуду и правног дејства, које производи овај облик уговорне иницијативе, у правној теорији наведени су елементи и разлике између појединих облика уговорне иницијативе, случајеви када се уговор закључује на основу позива на понуду и разлике између њих, а анализиран је и правни положаја лица које чини позив на понуду.⁸

Уговор је закључен када су се уговорне стране сагласиле о битним састојцима уговора,⁹ из чега је правна теорија извела закључак да је уговор прихваћена понуда. Понуда је предлог за закључење уговора учињен одређеном лицу, који садржи све битне састојке уговора тако да би се његовим прихватањем могао закључити уговор.¹⁰ Међутим, у одређеним случајевима форма понуде је битан елемент уговора, чије непоштовање може да има за последицу неважност уговора (ништавост или рушљивост). Закључење уговора лицитацијом (јавним надметањем) или прикупљањем писмених понуда је код појединих врста уговора, прописано као обавезна форма понуде и битан елемент уговора.¹¹ Такав

СРЈ, бр. 29/96, 33/96, 29/97, 59/98, 74/99, 9/2001, 36/2002), у члану 398а, који је још увек на снази, прописује да ће Агенција за приватизацију поништити одређене одлуке предузећа које послује већинским друштвеним капиталом, о отуђењу или оптерећењу имовине, донете без њене претходне сагласности.

5 Миодраг Мићовић, „Позив на понуду“, *Право и њивреда*, бр. 3–4/1998.

6 Закон о јавним набавкама (*Службени гласник РС*, бр. 39/2002).

7 Мирослав Врховшек, Владимир Козар, „Давање на коришћење грађевинског земљишта јавним надметањем“, *Судска пракса: југословенски стичручно-информативни часопис*, бр. 9/1997, стр. 8.

8 М. Мићовић, *нав. дело*, стр. 22–30.

9 Закона о облигационим односима, чл. 26.

10 Закон о облигационим односима, чл. 31 ст. 1.

11 Владимир Козар, *Коментар Закона о јавним набавкама*, 2. допуњено издање, Пословни биро, Београд, 2010, стр. 9 и 10.

је случај и са уговором о јавној набавци који је дефинисан као теретни уговор закључен у писаној или електронској форми између наручиоца и понуђача у складу са спроведеним поступком јавне набавке, који за предмет има набавку добара, пружање услуга или извођење радова.¹² Разлика у односу на дефиницију из претходног закона је у томе што нови закон поред писане форме, у одређеним случајевима дозвољава да уговор о јавној набавци буде закључен у електронској форми.

III Управна и судска заштита права у поступку јавне набавке

Питање пуноважности уговора о јавној набавци у блиској је вези за поступком заштите права. Заштита права и то у свим стадијумима поступка јавне набавке остварује се у посебном (управном) поступку.¹³ Овај поступак покреће се посебним правним средством – *захтевом за заштитом права*. Поступак доношења мериторне одлуке је једноступен – одлучују наручилац (државни орган, организација, установа или друго правно лице одређено овим законом (нпр. јавно предузеће) и/или Републичка комисија, а двостепеност је предвиђена за одлучивање по жалбама на процесне закључке наручиоца (којим одбацује захтев као неуредан, неблаговремен, поднет од стране неовлашћеног лица). Против одлуке Републичке комисије не може се изјавити жалба, али се може покренути управни спор, што значи да је одлука Републичке комисије коначна, али не и правноснажна. Дакле, обезбеђена је управна и судска заштита права.

1. Одлучивање Републичке комисије у посебном управном поступку

Чланом 157 прописан је начин одлучивања Републичке комисије и форма одлука које доноси. Републичка комисија одлучује у границама поднетог захтева за заштиту права, али и о повредама за које подносилац захтева није знао, а које су утицале на одлуку наручиоца у поступку јавне набавке. Ово је неопходно, зато што подносилац захтева често нема довољно знања у овој области (нарочито када су у питању преду-

12 Закон о јавним набавкама, чл. 3 тач. 2.

13 Закон о општем управном поступку (*Службени лист СРЈ*, бр. 33/97, 31/01), у члану 3 дозвољава могућност прописивања посебних управних поступака, тако што предвиђа да: „одредбе закона којима се, због специфичне природе управних ствари у појединим управним областима, прописују неопходна одступања од правила општег управног поступка, морају бити у сагласности са основним начелима утврђеним овим законом.“

зетници и мала предузећа), а са друге стране трошкови правне помоћи могу одвратити понуђаче и друга заинтересована лица од подношења захтева.

Закон изричито одређује да Републичка комисија по службеној дужности испитује и да ли су испуњени законски услови за примену одређеног поступка јавне набавке. На овај начин, без обзира на разлог подношења захтева за заштиту права, Републичка комисија ће проверити оправданост изабраног поступка јавне набавке, што ће допринети стварању добре праксе у овом домену примене закона. Такође, по службеној дужности Републичка комисија проверава да ли су прекршене одредбе закона због којих се уговор може поништити или се сматра ништавим. Према томе, Закон о јавним набавкама поред расправног начела и начела диспозиције, уводи и ограничено истражно начело, односно начело официјелности, омогућавајући Републичкој комисији да одређене чињенице које се тичу испуњености законских услова за примену одређеног поступка и неважности уговора утврђује по службеној дужности.

Поред тога, у наведеним случајевима када је законом дозвољена примена истражног начела, изричито је прописано да Републичка комисија може наставити поступак и ако подносилац захтева за заштиту права повуче захтев. У том случају Републичка комисија неће обуставити поступак, применом члана 153 став 4 Закона о јавним набавкама, већ ће наставити и даље водити поступак без захтева овлашћеног предлагача. На овај начин поступак заштите права од акузаторског поступка прелази у једну врсту инквизиторског поступка, који се покренуо на захтев овлашћеног предлагача, односно подносиоца захтева, а после повлачења захтева за заштиту права, даље се наставља и води по службеној дужности. Инквизиторски поступак у нашем правном систему постојао је у Закону о стечају (чл. 150–155) под називом „*Посебан иосиууак у случају дуоитрајне несјособносйи за йлаћање*“¹⁴ али су те одредбе оглашене неуставним одлуком Уставног суда од 12. јула 2012. године и престале да важе даном објављивања те одлуке.¹⁵

Решењима из члана 157 став 6 Закона о јавним набавкама Републичка комисија мериторно одлучује о захтеву тако што усваја захтев за заштиту права и, у целини или делимично, поништава поступак јавне набавке, уколико је захтев за заштиту права основан (тачка 1) или одбија захтев за заштиту права као неоснован (тачка 2). У ову врсту одлука спада и решење којим Комисија поништава уговор.

14 Владимир Козар, *Коментар сйећајних закона*, Пословни биро, Београд, 2010, стр. 133 и 134.

15 Одлука Уставног суда од 12. јула 2012. (*Службени йласник РС*, бр. 71/2012).

2. Поништење уговора као посебно овлашћење Републичке комисије

Одредбама из чл. 160–166 Закон о јавним набавкама одређена су посебна овлашћења Републичке комисије, како би се њен рад учинио делотворнијим. Поред овлашћења да захтева посебне извештаје, документацију и изјаве о спровођењу поступка и њених одлука, Републичка комисија је закона овлашћена и да: непосредно код наручиоца врши контролу извршења њених одлука, изриче новчане казне, изриче мере због злоупотребе захтева за заштиту права, поништава уговор о јавној набавци и води прекршајни поступак.

Чланом 163 прописана је могућност поништења уговора о јавној набавци, који одговарају појму рушљивих уговора, као посебној категорији неважећих правних послова из члана 111 Закона о облигационим односима. Директива 2007/66/ЕЗ регулише поступак ревизије и предвиђа мере за кршење поступка јавне набавке, пре свега у случају повреда одредаба о заштити права, нпр. закључењем уговора у „року мировања“ или након подношења захтева за заштиту права, а пре одлуке Републичке комисије. Као основну санкцију Директива предвиђа неважност предузетих радњи, односно поништење уговора, али тако да ту неважност утврди ревизијско тело. У складу са тим, Закон о јавним набавкама даје овлашћење Републичкој комисији, да у ситуацијама када је наручилац прекршио одредбе закона које се односе на поступак заштите права или у другим прописаним случајевима, поништи уговор о јавној набавци. Ради се о ситуацијама када је уговор сматра рушљивим у смислу члана 111 Закона о облигационим односима, који предвиђа да је уговор рушљив и када је то посебним прописом одређено.

Уским, језичким тумачењем Закона о облигационим односима може се доћи до закључка да уговоре поништава суд, коме би Републичка комисија требало да поднесе преображајну тужбу са захтевом за поништај уговора, али циљним и системским тумачењем наведене одредбе из члана 163 Закона о јавним набавкама, а имајући у виду састав и карактер Републичке комисије, који је сличан положају и улози трибунала – тј. суда, јасно је да рушљиве уговоре може поништити и Републичка комисија. Ово овлашћење је прописано и у складу са Директивом 2007/66/ЕЗ, а у циљу ефикасног спровођења закона, будући да би поништење од стране редовних судова било веома тешко спроводиво, што би онемогућило увођење реда, законитости и правне сигурности у ову област. Чланови комисије су лица која испуњавају услов за избор за судије, а поред тога имају искуство у области јавних набавки, одлучују у самом поступку заштите права, што су додатни разлози у прилог надлежности Републичке комисије за одлучивање о поништењу уговора о

јавној набавци. При томе, узето је у обзир и упоредна пракса земаља у региону које имају сличан правни систем.

Уговор се може поништити по службеној дужности од стране комисије или на захтев подносиоца захтева, другог понуђача или заинтересованог лица (у случају када је био онемогућен да учествује у поступку). Захтев за поништење подноси се уз захтев за заштиту права, или ако у том тренутку подносилац није знао за разлоге поништења, у року од 30 дана од дана сазнања за разлоге за поништење уговора, али најкасније годину дана од закључења уговора. Истеком наведеног субјективно-објективног рока рушљиви уговори конвалидирају. Рокови за поништење (рушљивих) уговора о јавној набавци прописани су због потребе успостављања правне сигурности у овој области и зато што су уговори о јавној набавци углавном нетрајног карактера или су закључени на период од једне године. Изузетак су оквирни споразуми, али с обзиром да се на основу њих закључује велики број уговора, правна извесност је овде још важнија.

Закон прописује да се уговор о јавној набавци може поништити у следећим таксативно набројаним случајевима: ако је наручилац спровео преговарачки поступак без објављивања позива за подношење понуда, а при том није објавио одлуку о покретању поступка и о додели уговора; ако је наручилац закључио уговор о јавној набавци пре истека рока за подношење захтева за заштиту права; ако је закључио уговор након подношења захтева за заштиту права, а пре одлуке Републичке комисије; ако је закључио уговор о јавној набавци супротно одлуци Републичке комисије о привременим мерама – нпр. којом се задржавају даље активности наручиоца и у преговарачком поступку покренутом из разлога изузетне хитности; и ако је закључио уговор о јавној набавци кршећи одредбе и услове оквирног споразума.

Уколико се уговор поништи, закон предвиђа да уговор о јавној набавци престаје, а уговорне стране су дужне вратити оно што су примиле по основу таквог уговора, а ако се не може вратити, наручилац ће савесном добављачу платити за испоручена добра, пружене услуге, односно изведене радове.

Закон даје могућност Републичкој комисији да не поништи уговор о јавној набавци, под условом да би поништење уговора о јавној набавци имало несразмерне последице по рад или пословање наручиоца или интересе Републике Србије, али у том случају може скратити рок важења уговора или изрећи наручиоцу новчану казну.

За разлику од рушљивих уговора, које поништава Републичка комисија, за уклањање апсолутно ништавих уговора из правног поретка потребна је судска пресуда. Прописано је да ће Републичка комисија

поднети тужбу за утврђивање ништавости уговора о јавној набавци када на било који начин сазна да је закључен уговор о јавној набавци ништав. Није јасан став законодаваца зашто је поништење рушљивих уговора, дакле код постоји мањи степен повреде права, стављено у надлежност Републичке комисије, као парадржавног управног органа, док је оглашавање ништавим уговора са највећим повредама правног поретка у судској надлежности. Јер ништави уговори имају мању правну снагу, односно правно дејство, због већег степена повреде права, од рушљивих уговора, па би суд требало да одлучује о престанку рушљивих уговора са већом правном снагом и значајем, а управна организација да оглашава ништавим уговоре са мањом правном снагом и дејством. Одлука о ништавости има декларативан карактер, јер ништав уговор не постоји у правном поретку, и не може да буд оснажен протеклом времена, док се поништај рушљивог уговора врши конститутивном одлуком, с обзиром да рушљив уговор производи правно дејство све док се не поништи, а истеклом рока за поништај конвалидира.

Закон о јавним набавкама прописује посебне разлоге рушљивости уговора, али се није одредио према општим разлозима рушљивости из члана 111 Закона о облигационим односима, нпр. ако је при његовом закључењу било мана у погледу воље страна (претња, битна заблуда или превара, чл. 60–66 ЗОО). Поставља се питање да ли је поништење уговора о јавној набавци при чијем је закључењу било мана воље, у надлежности Републичке комисије или суда. С обзиром да је овлашћење Републичке комисије да поништи уговор у законом набројаним случајевима изузетак од општег правила да рушљиве уговоре поништава суд, следи закључак да би уговор о јавној набавци због мана воље могао бити поништен само одлуком надлежног суда у парничном поступку, који се иницира преображајном тужбом. Јер, изузетке треба уско тумачити. Поред тога, захтев за поништај због преваре или друге мане воље могао би се истаћи у конексном противтужбом из члана 198 Законом о парничном поступку, нпр. у парници у којој добављач од наручиоца тражи исплату цене или друго право из уговора о јавној набавци.¹⁶

3. Разлози апсолутне ништавости уговора о јавној набавци

Закон о јавним набавкама прописује посебне разлоге апсолутне ништавости уговора о јавној набавци.¹⁷ Реч је о уговорима који су закључени, тешким повредама закона, односно без његове примене. Раз-

16 Закон предвиђа три врсте противтужбе – конексну, компензациону и прејудицијелну. Владимир Козар, *Коментар Закона о парничном поступку са судском праксом и рејсјиром јојмова*, Пословни биро, Београд, 2011, стр. 252.

17 Закон о јавним набавкама, девето поглавље, чл. 168.

лози апсолутне ништавости уговора односе се на поступање наручиоца у поступку јавне набавке супротно одредбама овог закона. Ништави су уговори о јавној набавци: који су закључени без претходно спроведеног поступка јавне набавке, а који је наручилац био дужан да спроведе према одредбама овог закона; који су закључени супротно одредбама овог закона о спречавању корупције и сукоба интереса; код којих наручилац овласти треће лице, које није наручилац, да закључи уговор да би се на тај начин избегла примена овог закона; који представљају измене и допуне првобитног уговора закључене у супротности са одредбама овог закона; који су закључени противно одлуци Републичке комисије.

Нови закон садржи мањи број разлога ништавости него претходни, а уводи један нови – закључење уговора супротно одредбама о спречавању корупције и сукоба интереса.

Међутим, нови Закон о јавним набавкама не садржи изричиту одредбу да је ништав уговор који је закључен са понуђачем који није изабран као најповољнији, каква је била садржана у члану 120 тачка 4 претходног закона. Изгледа да је законодавац прихватио став правне теорије да је прикупљање понуда је један од начина закључивања уговора у привреди, а привредни субјекат на основу прикупљених понуда слободно одлучује о прихватању или неприхватању понуде.¹⁸

Такође, изостављен је разлог ништавости из члана 120 тачка 3 претходног закона (закључење уговора да би се измирила права и обавезе, а да није спроведен поступак јавне набавке), који се односио на компензацију, односно тзв. компензационе правне послове.¹⁹ Нпр. привредно друштво дугује одређени износ одређеном јавном предузећу које има својство наручиоца из члана 2, па уместо да му исплати дуг, своју обавезу ће измирити на тај начин што ће јавно предузеће од њега да купи одређену робу (добра), а уместо међусобних исплата, извршиће се компензација. Пребијање потраживања (компензација) представља један од законом предвиђених начина престанка обавеза. Међутим, и по новом закону таква набавка обухваћена је режимом јавних набавки, па је уговор ништав, ако је закључен без претходно спроведеног поступка јавне набавке (члан 168 тачка 1). У суштини наведени разлог ништавости из претходног закона обухваћен је ширим разлогом из члан 168 тачка 1 новог закона. Јер, ништав је сваки уговор који је закључен без претходно спроведеног поступка јавне набавке, а који је наручилац био дужан да спроведе према одредбама овог закона, без обзира у ком циљу

18 Инес Бесаровић, *Пословно право*, 2. измењено и допуњено издање, Intermex, Београд, 2010, стр. 174.

19 Владимир Козар, Здравко Петровић, Милан Почуча, *Заступање правних лица у судским институцијама (Привредно процесно право)*, Пословни биро, Београд, 2010, стр. 319.

је закључен. Пребијање потраживања регулисано је одредбама из чл. 336–343 Закона о облигационим односима. У правној науци истиче се да је компензација, у ствари, врста исплате.²⁰ Реч је, дакле, о грађанско-правној компензацији која наступа дејством *ex tunc*, тек када се саопшти противнику, за разлику од судске компензације, која се врши конститутивном одлуком парничног суда о пребијању потраживања, која производи дејство када одлука о компензацији постане правноснажна.²¹

Разлози ништавост уговора о јавној набавци таксативно су набројани, а не као примери (не *exempli causa*), што значи да се у пракси не би могли креирати нови разлози ништавости уговора због повреде одредаба Закона о јавним набавкама сем оних прописаних у овом члану.²² С тим у вези, требало би уско тумачити и опште разлоге ништавости уговора из члана 103 Закона о облигационим односима, у коме је прописано да је ништав уговор који је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима, ако циљ повређеног правила не упућује на неку другу санкцију или ако закон у одређеном случају не прописује што друго, мада је могуће да се и они остваре у појединим поступцима јавних набавки.

4. Право понуђача на накнаду штете

Питање накнаде штете (стварне штете и измакле користи) која је проузрокована понуђачу незаконитим поступањем наручиоца или других странака у поступку јавне набавке, није решено новим Законом о јавним набавкама, што значи да ће се о таквим захтевима одлучивати по општим правилима облигационог права. Одредбе о накнади штете понуђачу није имао ни ранији Законом о јавним набавкама.

Републичка комисија је дужна да образложи своју одлуку и наручиоцу наложи предузимање одређених радњи у року од најдуже 25 дана у сврху правилног и законитог окончања конкретног поступка јавне набавке.²³ Тужба за накнаду штете може се поднети и после ступања на снагу новог Закона о јавним набавкама, против наручиоца који није поступио у одређеном року по налозима Републичке комисије садржаним у одлуци којом усваја захтев за заштиту права и, у целини или делимично, поништава поступак јавне набавке или поништава уговор о

20 Слободан Перовић, *Облигационо право*, НИУ Службени лист СФРЈ, Београд, 1986, стр. 131.

21 Александар Радованов, *Грађанско процесно право*, 2. измењено и допуњено издање, Привредна академија – Правни факултет, Нови Сад, 2009, стр. 160.

22 Владимир Козар, „Ништавост уговора о јавној набавци“, *Право, теорија и пракса*, бр. 7–8/2010, стр. 16 и 17.

23 Закона о јавним набавкама, чл. 157 ст. 7.

јавној набавци, и то по општим правилима о накнади штете из Закона о облигационим односима.²⁴

Према мишљењу правне теорије, заснованом на тумачењу општих правила уговорног – облигационог права и судске праксе, најповољнији понуђач не може захтевати да суд обавезе наручиоца да са њим закључи уговор, нити да утврди да је између њих заснован уговорни однос.²⁵ Такво тумачење важи и када је у питању закључење уговора о јавној набавци, јер се и такав уговор закључује сагласношћу воља уговорних страна, а не судском одлуком, или по сили закона.

Међутим, када је у питању неважност уговора (поништај или ништавост), за јавне набавке важе посебна, строжа правила. Изненађујуће је да нови Закон о јавним набавкама не садржи изричиту одредбу да је ништав уговор који је закључен са понуђачем који није изабран као најповољнији, каква је била садржана у члану 120 тачка 4 претходног Закона о јавним набавкама. Међутим, и по новом закону уговор може бити поништен или оглашен ништавим из других законом таксативно прописаних разлога. С друге стране, према ставу судске праксе, заснованом на општим правилима облигационог права, када нису у питању јавне набавке, такав уговор би био пуноважан, а најповољнијем понуђачу припадало би право на накнаду штете према члану 35 став 2 Закона о облигационим односима,²⁶ у коме је прописано да ће пошљалац позива да се учини понуда под објављеним условима, одговарати за штету, коју би претрпео понудилац, ако без основаног разлога није прихватио његову понуду.

Према мишљењу правне теорије, одштетни захтев најповољнијег понуђача не може се заснивати на повреди уговора, јер уговор није закључен. Због тога најповољнији понуђач не може захтевати накнаду тзв. позитивног уговорног интереса. Он не може захтевати накнаду штете у тој висини да, материјално посматрано, буде доведен у исти положај као да је уговор био закључен и испуњен. Зато би најповољнијем понуђачу у јавном надметању, са којим наручилац (организатор надметања) није желео да закључи уговор, требало признати накнаду штете само у висини трошкова које је имао у вези са учествовањем у

24 Владимир Козар, Милан Почуча, „Јавне набавке роба и услуга и накнада штете“, *Зборник реферата са XIII Међународној научној скупи „Обавезно осигурање, накнада штете и обезбеђење подјезивања“*, 16–18. септембар 2010, Intermex, Београд, 2010, стр. 287–319; Владимир Козар, *Коментари Закона о јавним набавкама*, стр. 135.

25 Миодраг Мићовић, *Привредно право*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Институт за правне и друштвене науке, Крагујевац, 2010, стр. 191 и 192.

26 Из пресуде Вишег привредног суда у Београду, Пж. 420/93 од 10. фебруара 1993. године. Здравко Петровић, Владимир Козар, *Меја збирка судске праксе из облигационог права*, Intermex, Београд, 2009.

јавном надметању.²⁷ Насупрот изложеном ставу правне теорије, сматрамо да би најповољнијем понуђачу са којим је наручилац одбио да закључи уговор, припадало право на накнаду штете, и то не само обичне штете у висини трошкова које је имао у вези са учешћем у поступку јавне набавке, већ и право на накнаду штете у висини изгубљене добити (измакла корист) у смислу члана 155 Закона о облигационим односима. Тачно је да није реч у уговорној штети, тј. о штети због повреде уговора из члана 262 став 2 Закона о облигационим односима, јер уговор између најповољнијег понуђача и наручиоца није закључен. У питању је деликтна штета, проузрокована нечињењем (недодељивањем уговора, тј. одбијањем наручиоца да са најповољнијим понуђачем закључи уговор), односно чињењем (додељивањем и закључењем уговора за другим понуђачем чија понуда није изабрана, односно није оцењена као најповољнија у извештају о стручној оцени понуда). Проузроковање штете може се извршити и свим другим радњама које Закон о јавним набавкама у члану 163 предвиђа као разлоге рушљивости, а у члану 168 као разлоге ништавости уговора. А деликтна штета такође даје право оштећеном на измаклу корист у смислу цитираних прописа, а не само на накнаду обичне штете због умањења имовине у висини трошкова учешћа у поступку јавне набавке.²⁸

IV Закључак

У Закону о облигационим односима садржани су општи разлози ништавости и рушљивости уговора. Међутим, Закон о јавним набавкама прописује посебне разлоге неважности уговора о јавним набавкама. Битна новина је то што је поништење рушљивог уговора стављено у надлежност Републичке комисије као посебног управног органа, односно управне организације, са својством правног лица

Питање пуноважности уговора о јавној набавци у блиској је вези за поступком заштите права. Заштита права и то у свим стадијумима поступка јавне набавке остварује се у посебном (управном) поступку. Овај поступак покреће се посебним правним средством – *захтјевом за заштитом њихових права*.

Закон о јавним набавкама поред расправног начела и начела диспозиције, уводи и ограничено истражно начело, односно начело официјелности, омогућавајући Републичкој комисији да одређене чињенице које се тичу неважности уговора утврђује по службеној дужности. Републичка комисија може наставити поступак и ако подносилац захтева за заштиту права повуче захтев.

27 М. Мићовић, *Привредно право*, стр. 192.

28 В. Козар, М. Почуча, *нав. чланак*, стр. 287–319.

У посебна овлашћења Републичке комисије спада и право да поништи рушљив уговор о јавној набавци по службеној дужности или на захтев подносиоца захтева, другог понуђача или заинтересованог лица, у законом предвиђеним случајевима.

За разлику од рушљивих уговора, које поништава Републичка комисија, за уклањање апсолутно ништавих уговора из правног поретка потребна је судска пресуда. Републичка комисија ће поднети тужбу за утврђивање ништавости уговора о јавној набавци када на било који начин сазна да је закључен уговор о јавној набавци ништав. Ништави су уговори о јавној набавци који су закључени без претходно спроведеног поступка јавне набавке, као и у другим законом прописаним случајевима.

Нови Закон о јавним набавкама не садржи изричиту одредбу да је ништав уговор који је закључен са понуђачем који није изабран као најповољнији, каква је била садржана у члану 120 тачка 4 претходног закона, што значи да је законодавац прихватио став правне теорије да је прикупљање понуда један од начина закључивања уговора у привреди, а привредни субјекат на основу прикупљених понуда слободно одлучује о прихватању или неприхватању понуде.

Питање накнаде стварне штете и измакле користи која је проузрокована понуђачу, због незаконитог поступања наручиоца или других странака у поступку јавне набавке није решено новим Законом о јавним набавкама, што значи да ће се такви захтеви решавати по општим правилима облигационог права.

Vladimir KOZAR, PhD
Assistant Professor at Faculty of Law for Economy and Justice,
Business Academy University in Novi Sad and
Special Advisor to the NLB Bank Belgrade

INVALIDITY OF THE PUBLIC PROCUREMENT AGREEMENT AND COMPENSATION FOR DAMAGES

Summary

This paper analyses specific reasons for nullity and relative voidance of the public procurement agreement. It points to the difference regarding the general reasons for invalidity of the agreement from the Law on Obligations.

The significance of the Republic Commission for Protection of Rights in Public Procurement Procedures, in whose jurisdiction lies annulment of relatively void agreement, has been emphasised. The paper explains specific rules of the special administrative procedure in which the protection of rights is being realised. Unlike the relatively void agreements, which are annulled by the Republic Commission, for removal of absolutely null agreements from legal system one needs court decision. The paper indicates that the Law on Public Procurement does not regulate the issue of compensation for actual damages and lost profit caused to bidder by illegal actions in public procurement procedure. A position is taken that regarding the requests for compensation for damages it is being decided by general rules of the obligatory law.

Key words: *public procurement, protection of rights, invalidity, nullity, relatively void, agreement, compensation for damages.*

др Ана КНЕЖЕВИЋ БОЈОВИЋ
научни сарадник Института за упоредно право, Београд
сарадник у настави Правног факултета Универзитета Унион
у Београду

ГРАЂАНСКИ НАДЗОРНИК – НОВИ МЕХАНИЗАМ КОНТРОЛЕ ЈАВНИХ НАБАВКИ У СРБИЈИ

Резиме

Новим Законом о јавним набавкама у јавном систему Србије уведен је институцијски грађанског надзорника, као механизма путем којег цивилни сектор контролише јавне набавке вредности од преко милијарду динара. У раду ауторка даје кратак приказ сличних механизма учешћа грађана у контроли јавних набавки у упоредном праву, а потом и критички анализира нови нормативни оквир Србије дајући предлоге за његово побољшање засноване на најбољој упоредној пракси.

Кључне речи: *грађански надзорник, јавне набавке, корупција, транспарентност.*

Јавне набавке су активност државне управе која је најподложнија корупцији – будући да се ради о највећем степену интеракције између државног и приватног сектора, могућности злоупотребе јавних фондова у корист приватног сектора су многобројне.¹ Имајући у виду недостатке које је претходни Закон о јавним набавкама² имао у погледу механизма спречавања корупције³ усвојен је нови

1 *Integrity in procurement*, OECD, стр. 9.

2 Закон о јавним набавкама (Службени гласник РС, бр. 116/08).

3 Слободан Томић, „Мањкавости законског оквира за јавне набавке у Србији“, *Безбедности Зајадној Балкана*, бр. 18/2010, доступно на адреси: <http://www.cceol.com/>, стр. 68–78.

Закон⁴ који, између осталог, има за циљ бољу контролу поступака јавних набавки и спречавање корупције и сукоба интереса. Једна од свакако најважнијих новина у новом регулаторном оквиру у Србији јесте и увођење институције грађанског надзорника у поступке јавних набавки. Грађански надзорник непосредно се регулише само једним чланом овог Закона – чланом 28, и његова активна легитимација за подношење захтева за заштиту права помиње се у члану 148 став 3 Закона. На основу члана 28 Управа за јавне набавке је усвојила Правилник о грађанском надзорнику.

Како је било истакнуто у предлогу закона, идеја је да независни стручњаци у области јавних набавки, са искуством и друштвеним угледом, контролишу највредније уговоре који се закључују у поступку јавних набавки да, као представници јавности, врше притисак који се може показати кључним за сузбијање корупције.⁵ Као узор за увођење ове *ex ante* контроле истакнут је механизам контроле највреднијих јавних набавки у Пољској, у којој, међутим, овај посао обавља Канцеларија за јавне набавке – дакле, тело које је организационо зависно, тачније, представља део државне управе. Учешће представника цивилног сектора у поступку контроле јавних набавки, на начин на који је прописан новим Законом о јавним набавкама, међутим, више је упоредиво са другим системима контроле, и то цивилне, рада јавне управе и поступка јавних набавки који су познати у упоредном праву – системима заснованим на пактовима интегритета (Филипини), групама за надзор (*veedurias*) и грађанским сведоцима (*testigo social*) у Латинској Америци. Шта је предвиђено новим законским решењима у Србији и какве су прве прогнозе у погледу стварног домета овог система надзора јавних набавки? Каква су упоредноправна искуства? Има ли већ сада места за побољшање нормативног оквира?

І Упоредноправни системи *ex ante* надзора јавних набавки

Како је већ истакнуто, у предлогу Закона о јавним набавкама као модел за неке аспекте регулисања питања учешћа грађанског надзорника у поступку јавних набавки наводи се искуство Пољске. Међутим, за разлику од концепта који је усвојен у новом српском закону – јавне набавке контролише стручњак који је независан од државне управе – у Пољској ову контролу врши Канцеларија за јавне набавке,⁶ независно тело под окриљем владе Пољске, чијег председника именује премијер.⁷

4 Закон о јавним набавкама (*Службени гласник РС*, бр. 124/2012, који се примењује од 1. априла 2013. године).

5 Доступно на адреси: <http://www.sns.org.rs/lat/novosti/narodna-skupstina/predlog-zakona-o-javnim-nabavkama>.

6 *Urząd Zamówień Publicznych*, доступно на адреси: <http://www.uzp.gov.pl>.

7 *Urząd Zamówień Publicznych*, доступно на адреси: <http://www.uzp.gov.pl>.

Ex ante контрола јавних набавки у Пољској је уведена Законом о јавним набавкама из 2004. године,⁸ са циљем да се превентивно делује на механизам јавне набавке како би се избегло непрописно трошење јавних средстава. Контролу спроводи Председник Канцеларије за јавне набавке. Контрола је обавезна за:

- јавне набавке радова чија је вредност 20 милиона евра или већа,
- јавне набавке услуга и добара у вредности од 10 милиона евра и више.

Јавне набавке чија је вредност нижа од наведених износа, такође, могу бити подвргнуте *ex ante* контроли, на иницијативу председника Канцеларије, или на захтев заинтересованог лица. Контрола се спроводи тако што је наручилац дужан да одмах по избору најбољег понуђача, а свакако пре закључења уговора, председнику Канцеларије за јавне набавке достави копију целокупне документације поступка јавне набавке, у сврхе контроле.⁹ Контрола се окончава информацијом о резултатима контроле, која се доставља наручиоцу ако је садржи детаљни опис спроведеног поступка, изјаву о томе да ли је дошло или повреде законом прописаног поступка јавне набавке или не, и евентуално препоруке за даље поступање.¹⁰ Тело које је водило поступак јавне набавке има право да, у року од 7 дана од дана пријема информације о резултатима контроле, поднесе Председнику канцеларије образложене примедбе на информацију, о којима Председник одлучује по истом поступку предвиђеном за одлучивање о примедбама након спроведене *ad hoc* контроле. То значи да ако Председник не уважи примедбе, онда цео предмет прослеђује Националном већу за жалбе на коначно одлучивање.¹¹ На одлуку Већа могуће је поднети жалбу надлежном суду.¹² Ако тело које спроводи јавну набавку непоступи по препорукама Председни-

8 Законске одредбе о *ex-ante* контроли ступиле су на снагу 1. маја 2005. године.

9 Катарина Јовичић, „Контрола јавних набавки у Пољској“, Упоредно правни приказ система грађанске контроле јавних набавки – најбоља пракса, материјал сачињен у оквиру пројекта – *Empowering civil society organizations in scrutinizing public procurement*, Топлички центар за демократију и људска права и Институт за упоредно право, материјал доступан на захтев.

10 Закон о јавним набавкама, чл. 171 ст. 1.

11 Ово питање уређују одредбе члана 167 ст. 2–4, које предвиђају да Председник у року од 15 дана треба да преиспита те примедбе, па ако их неприхвати онда је дужан да их достави Националном већу за жалбе (састави надлежности овог већа, које чине три члана, регулишу чл. 172–177 Закона) на коначно одлучивање.

12 На тај начин се, практично, успоставља тростепен систем контроле поступка јавних набавки: прво, привредни субјект приговара пред конкурсном комисијом, односно председником Канцеларије за јавне набавке; друго, жалбу на одлуку Пред-

ка и супротно њима потпише уговор, онда председник Канцеларије за јавне набавке може обавестити о томе надлежну инспекцију, ако нађе да има елемената за њихово деловање, или иницирати судски поступак у коме ће се захтевати преиспитивање пуноважности тог уговора, а може и одредити новчану казну.¹³ Ипак, у пракси се ретко догађа да се не поштује препорука Председника, посебно зато што је орган који води поступак јавне набавке дужан да са информацијом Председника упозна заинтересоване учеснике у поступку јавне набавке па онда они, свесни да уговор може бити поништен (као што се и догодило у једном случају), ни не желе да га закључе.¹⁴

У Латинској Америци је механизам грађанске контроле јавних набавки много ближи концепту који је предвиђен српским Законом о јавним набавкама. Најсличнији је систем који постоји у Мексику на савезном нивоу.

Институт грађанског надзорника у поступцима јавних набавки на савезном нивоу у Мексику је уведен 2004. године, као последица активности организације *Transparency Mexico*.¹⁵ Наиме, 2004. Године савезно Министарство државне управе (шп. *Secretaria de la Función Pública*) издало је Смернице којима се регулише учешће грађанских надзорника (шп. *testigos sociales*) у поступцима јавних набавки које спроводе савезни органи.¹⁶ Основ за усвајање ових смерница пронађен је у члану 134 Мескичког устава¹⁷ – сва економска средства која су на располагању

седника канцеларије разматра Национално веће за жалбе; треће, против одлуке Већа допуштена је жалба надлежном суду.

- 13 Ипак, у пракси се ретко догађа да се не поштује препорука Председника, посебно зато што је орган који води поступак јавне набавке дужан да са информацијом Председника упозна заинтересоване учеснике у поступку јавне набавке па онда они, свесни да уговор може бити поништен (као што се и догодило у једном случају), ни не желе да га закључе. О овоме видети више у Извештају са Пете међународне конференције о јавним набавкама одржане у Варшави 26. и 27. априла 2007. године, доступно на адреси: <http://www.publicprocurementnetwork.org/docs/minutes-PPN-CONFERENCE-23.07.pdf>.
- 14 Вид. извештај са Пете међународне конференције о јавним набавкама одржане у Варшави 26. и 27. априла 2007. године, доступан на адреси: <http://www.publicprocurementnetwork.org/docs/minutes-PPN-CONFERENCE-23.07.pdf>.
- 15 *APEC Procurement Transparency Standards in Mexico Time to Engage the Private Sector*, Transparency International – USA and Center for International Private Enterprise, 14/2011, доступно на адреси: <http://www.transparency-usa.org/documents/MEXICOCIPETIReportFINAL-June2011.pdf>.
- 16 *Lineamientos que Regulan la Participación de los Testigos Sociales en las Contrataciones que Realicen las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal*, доступно на адреси: <http://www.funcionpublica.gob.mx/unaopsf/comunes/testigo.htm>, 16.12.2004.
- 17 *CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS*, са свим изменама и допунама закључно са 26.2.2013. године, доступно на адреси: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>.

савезној влади морају се трошити уз поштовање начела ефикасности, делотворности, јавности и поштења, да је за набавке свих врста добара и услуга обавезан поступак јавних набавки. Други основ за увођење овог института био је Национални план развоја за период 2001–2006. године, у којем је био предложен развој стратегија за борбу против корупције. Грађански надзорник представљао је начин да се грађанском друштву омогући активно учешће у раду савезних државних органа и на основу тога, процена њиховог рада. Грађански надзорници су могли да буду како физичка, тако и правна лица, тачније, невладине организације или њихови чланови. Важна карактеристика овог система била је да је Министарство државне управе било надлежно за регистровање грађанских надзорника.

До значајне промене у институционалном положају грађанског надзорника дошло је 2009. године, када су објављене измене и допуне закона којима се регулише материја јавних набавки,¹⁸ као и измене савезног закона о обавезама јавних службеника и савезног кривичног законика.¹⁹ Циљ ових измена било је усвајање међународних инструмената за борбу против корупције.²⁰ Најзначајнија новина ове реформе представља и формално увођење грађанских надзорника у законе којима се регулише поступак јавних набавки, ако је, при том, не представља пуко преписивање постојећих одредби из Смерница, већ унапређен систем надзора поступка јавних набавки од стране представника цивилног сектора.²¹ У складу са овим прописима²² грађански надзорници су физичка или правна лица која су уписана у одговарајући регистар који води Министарство државне управе, а који је доступан преко портала

18 Закон о набавкама, закупу и услугама за јавни сектор (шп. *Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público*, у даљем тексту: LA), усвојен 2000. године, а од тада је мењан и допуњаван више пута, последњи пут 16. јануара 2012. године, доступно на адреси: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/laassp.htm>; Закон о јавним радовима и повезаним услугама (шп. *Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas*, у даљем тексту: LO), који је такође усвојен 2000. године, последње измене и допуне 9. априла 2012. године, доступно на адреси: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lopsrm.htm>.

19 *DECRETO por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos y del Código Penal Federal*, доступно на адреси: www.diputados.gob.mx/.../173_LAASSP-O.

20 „El Testigo Social – Experiencia de Incidencia de la Sociedad Civil en la Gestión Pública“, у: Sergio Riveria Sanchez, Ernesto Gomez Magana (ed.), *ONG Contraloría Ciudadana para la Rendición de Cuentas*, 2011, доступно на адреси: <http://www.rendiciondecuentas.org.mx/pdf/ElTestigoSocial.pdf>, у даљем тексту: El Testigo Social, стр. 68.

21 El Testigo Social, стр. 69.

22 LA, чл. 26, LO, чл. 27, R-LA, чл. 60, R-LO, чл. 49.

CompraNet.²³ Осим држављанства/државне припадности Мексику, услов за упис у регистар грађанских надзорника је и да физичко лице није активни јавни службеник и да годину дана пре уписа није обављало јавну функцију. Надаље, кандидат и за грађанског надзорника морају имати најмање три године искуства у области јавних набавки, а такође су обавезни и да похађају одговарајуће обуке које организује Министарство државне управе. Грађански надзорник се постаје на основу јавног позива који упућује Министарство државне управе преко портала *CompraNet*. Ово министарство уједно је и надлежно за одређивање грађанског надзорника за сваку појединачну јавну набавку. У поступку регистравања грађанских надзорника и одређивању надзорника за појединачне јавне набавке учествује и Одбор за грађанске надзорнике – интерно тело Министарства које чине пет јавних службеника овог министарства и пет представника грађанског друштва (привредних комора, удружења привредника или стручних удружења).

У Мексику су још од иницијалног увођења грађанских надзорника предвиђене накнаде за њихов рад, као додатни мотив за учествовање у поступку јавних набавки и обављање овог одговорног и захтевног задатка. Правни основ за плаћање накнаде за рад грађанског надзорника представља уговор који се закључује са оним органом јавне власти који је јавну набавку расписао. Уговором се одређују најмањи и највећи број радних сати грађанског надзорника, на основу процене трајања поступка јавне набавке и дужине и обима радњи који ће у њему бити предузети.²⁴ Цена услуга које пружа грађански надзорник одређује се по сату, а на основу табеле коју усваја Министарство државне управе. Као основица се узима тржишна цена сличних консултантских услуга. Од 2009. године, учешће грађанских надзорника у поступцима јавних набавки из средстава савезног буџета, без обзира на то на ком нивоу власти су расписани је обавезно у случајевима:

- јавних набавки чија вредност износи пет милиона дана,²⁵ односно десет милиона дана²⁶ важећих минималних зарада у савезном округу (у овом тренутку, на основу минималне дневнице од 64,76 пезоса,²⁷ први праг износи 323.800.000 пезоса, односно

23 Ради се о интернет порталу на коме су обједињени подаци о јавним набавкама на савезном нивоу и на нивоу савезних држава, доступно на адреси: <https://compranet.funcionpublica.gob.mx/web/login.html>.

24 LA, чл. 47.

25 LA, чл. 26.

26 LO, чл. 27 bis.

27 Подаци о минималним зарадама преузети су са адресе: http://www.sat.gob.mx/sitio_internet/asistencia_contribuyente/informacion_frecuente/salarios_minimos/default.asp.

око 19.500.000 евра, а други 647.600.000, односно око 39.000.000 евра),

- када Министарство државне управе, имајући у виду значај који уговор има за тело које јавну набавку расписује, тако одреди,²⁸
- постоји и трећа могућност – да сами органи јавне власти траже да се за пројектовани поступак јавне набавке чија је вредност испод прописаног прага вредности и који се спроводе уз учешће мање од три понуђача или непосредном погодбом одреди грађански надзорник. У тим случајевима потребно је да орган који планира јавну набавку поднесе одговарајућу молбу Министарству, а мишљење о исплативости учешћа грађанског надзорника у таквом поступку.²⁹

Именовани грађански надзорник учествује у свим радњама које се предузимају у оквиру поступка јавне набавке. Због тога је од изузетног значаја могућности пракса именовања грађанског надзорника и пре објављивања јавног позива у поступку јавне набавке.³⁰ Грађански надзорник је дужан да поступа објективно, независно, непристрасно, поштено, придржавајући се етичких начела. Ако уочи неправилности у поступку, грађански надзорник је дужан да о томе обавести он је дужан да их пријави органу надлежном за интерну контролу у оквиру тела које је поступак расписало и/или одговарајућој скупштинској комисији (*Comisión de Vigilancia de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión*). Сврха ове пријаве није кажњавање јавних службеника, већ исправљање уочених неправилности.³¹ Наравно, ако су се за то стекли услови, изричу се одговарајуће санкције.

По окончању поступка јавне набавке грађански надзорник сачињава извештај (*testimonio publico*) о поступку у коме је учествовао. Извештај се доставља Министарству државне управе, и објављује се у року од десет дана на интернет страници оног тела које је расписало јавну набавку, као и на интернет порталу *Compra Net* и прикључује се целокупној документацији у вези са том јавном набавком. Извештај је заправо хронолошки опис свих радњи предузетих у конкретном поступку јавне набавке и коначних закључака, који свакако представљају најзначајнији део извештаја. Грађански надзорник у свом извештају износи мишљење о три кључна питања:

28 Вид. фус. 20 и 21.

29 El Testigo Social, стр. 85.

30 El Testigo Social, стр. 88.

31 Доступно на адреси: <http://www.politicadigital.com.mx/?P=leernoticiaprint&Article=21124>.

1. законитости поступка – овде грађански надзорник има прилику да укаже на постојање коруптивних активности, нарочито на злоупотребу положаја,
2. транспарентности,
3. непристрасности – грађански надзорник износи своје утиске у погледу тога да ли су јавни службеници фаворизовали неког учесника у поступку (сумња у погледу постојања корупције).

Грађански надзорник може и предложити мере за побољшање транспарентности, непристрасности и прописа у области јавних набавки, а може и надzirати спровођење мера које је предложио током поступка јавне набавке.³² Како се истиче³³ управо због тога сачињавање и објављивање извештаја грађанског надзорника није само његова законска обавеза; управо супротно, сачињавање извештаја је суштински разлог увођења института грађанског надзорника у поступак јавних набавки. Извештаји грађанских надзорника доступни су на поменутиим интернет страницама, као и на интернет страницама тела која су спроводила поступке јавних набавки у којима су учествовали грађански надзорници.³⁴

У другим државама Латинске Америке развијен је другачији систему чешћа грађана у контроли јавне управе кроз механизам – *veedurias*. *Veedurias* не представљају механизам којим се искључиво контролише поступак јавних набавки, већ целокупан рад државне управе. Оно што је за њих специфично је то да се *veedurias* успостављају са јасним циљем, који може бити праћење конкретног пројекта јавне набавке, истота се оснивају на одређено време, које се мора назначити приликом регистравања. У различитим државама постоје и различити правни основи на основу којих се успоставља овај механизам грађанског надзора. Најразвијенији правни оквир у том погледу има Колумбија, где је још 1994. Године законом предвиђено формирање *veedurias*.³⁵ Корак даље учињен је 2003. године, усвајањем закона којим се непосредно регулишу *veedurias* – Закон број 850.³⁶ У Еквадору је процес успостављања правног оквира за функционисање *veedurias* текао нешто другачије – функционисање овог механизма грађанске контроле подстицала је

32 LA, чл. 26; LO, чл. 26 bis.

33 El Testigo Social, стр. 94.

34 На пример: <http://www.sre.gob.mx/images/stories/doctransparencia/testimoniosocial.pdf>.

35 Ley 134 de 1994 (Mayo 31) Por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana, доступно на адреси: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=330>, чл. 99–100.

36 LEY 850 de 2003 (noviembre 18) Por medio de la cual se reglamentan las veedurias ciudadanas, доступно на адреси: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2003/ley_0850_2003.html.

Комисија за грађанску контролу корупције (шп. *Comisión de Control Cívico de la Corrupción*), те је управо Комисија та која је донела Правилник о надзорницима.³⁷ Једном уведен, механизам *veedurias* наставља да функционише у Еквадору и након доношења посебног закона, којим се оснива Савет за учешће грађана и друштвену контролу – *Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social*.³⁸ Управо овај Савет је 2010. године усвојио нови Правилник којим се регулише оснивање и рад *veedurias* – *Reglamento General De Veedurías Ciudadanas*.³⁹ За разлику од Колумбије и Еквадора, у Перуу и Боливији не постоје непосредни извори права којим се предвиђа оснивање и рад *veedurias*, али оне ипак постоје и функционишу као механизам контроле рада државне управе на основу општих одредби Устава и прописа о приступу информацијама од јавног значаја.⁴⁰ Што се тиче овлашћења које имају *veedurias*, она се углавном подударају са оним које имају грађански надзорници у Мексику – кључно је да надзорници имају непосредан приступ информацијама у вези са предметом надзора, а по завршеном надзору *veedurias* подноси извештај јавности. У Колумбији су *veedurias* законом овлашћене да надлежним органима подносе пријаве у случају незаконитог поступања у поступцима јавних набавки⁴¹ као и да користе друга средства на која су овлашћена посебним законима. За свој рад *veedurias* не добијају никакву накнаду.

Још један занимљив модел учешћа грађана у контроли јавних набавки спроведен је на Филипинима, који су једна од ретких држава чији законски оквир⁴² којим се регулише поступак јавних набавки изричито омогућава цивилном сектору да врши мониторинг над поступком јавних набавки.⁴³ Механизам је постављен тако да свакако мисија за јавне на-

37 *Reglamento de Creación y Funcionamiento de Veedurías Ciudadanas*, доступно на адреси: http://www.participacionycontrolsocial.gov.ec/c/document_library/get_file?uuid=394639f6-7442-4591-92e8-963dbacb882f&groupId=10136.

38 Доступно на адреси: http://www.participacionycontrolsocial.gov.ec/c/document_library/get_file?uuid=562b9c4d-f897-49ff-bf29-3ea3956024cc&groupId=10136.

39 Доступно на адреси: http://www.macas.gov.ec/municipio/notario/MANUAL_VEEDURIAS.pdf.

40 Више о *veedurias* у Перуу вид. на адреси: <http://www.osce.gob.pe/red/default.asp?pin=h7.htm>; у Боливији: <http://veedurias.e-cybex.info/html/vision.shtml>.

41 Закона, чл. 16.

42 Закон бр. 9183, под називом „Закон о омогућавању модернизације, стандардизације и регулисања активности набавки Владе и за друге сврхе – *An Act Providing for the Modernization, Standardization and Regulation of the Procurement Activities of the Government and for Other Purposes*“, Republican Act No. 9814, January 10, 2003, као и одговарајући подзаконски акти – *Implementing Rules and Regulations of Republic Act No. 9184*.

43 Александра Рабреновић, „Учешће цивилног сектора у јавним набавкама у земљама Азије“, Упоредноправни приказ система грађанске контроле јавних набавки –

бавке (енгл. *Bids and Awards Committee – BAC*), која се образује у оквиру појединачних органа управе за спровођење свих или већине јавних набавки у том органу управе, има обавезу да позове два представника цивилног друштва, тзв. „посматрача“ да надгледају поступке јавне набавке. Законска обавеза позивања представника цивилног друштва да присуствују поступцима јавних набавки односи се и на органе централне и органе локалне власти подједнако. Надаље, не постоји никакво ограничење у виду износа јавне набавке која је предмет надгледања. Слично као и у Мексику, основна обавеза посматрача је да сачине извештај у коме наводе своја запажања о раду комисије за јавне набавке. Извештај се доставља руководиоцу наручиоца, а копија и председнику комисије за јавне набавке. У извештају се посебно оцењује усклађеност поступка јавне набавке са подзаконским актима и истичу области у којима би комисија за јавне набавке могла да побољша свој рад.⁴⁴

II Грађански надзорник у Србији – нормативни оквир

Извори права којима се регулише грађански надзорник у Србији су, како је раније напоменуто, Закон о јавним набавкама из 2012. године, и Правилник о грађанском надзорнику.

Кључна питања у вези са грађанским надзорником могла би се систематизовати на следећи начин:

- у којим поступцима учествује грађански надзорник,
- који су услови за именовање грађанског надзорника,
- који је поступак именовања грађанског надзорника,
- која су овлашћења грађанског надзорника,
- да ли је грађански надзорник плаћен за свој рад?

У даљем тексту даје се анализа новог нормативног оквира Србије имајући у виду ова питања.

1. Поступци у којима учествује грађански надзорник

Грађански надзорник надгледа поступке јавне набавке чија је процењена вредност већа од милијарду динара.⁴⁵ Ово је поновљено и у

најбоља пракса, материјал сачињен у оквиру пројекта – *Empowering civil society organizations in scrutinizing public procurement*, Топлички центар за људска права и Институт за упоредно право, материјал доступан на захтев.

44 А. Рабреновић, *нав. дело*, стр. 7.

45 Закон о јавним набавкама (*Службени гласник РС*, бр. 124/2012, у даљем тексту: Закон), чл. 28 ст. 1.

члану 2 Правилника о грађанском надзорнику (у даљем тексту: Правилник), којим се прописује да Управа за јавне набавке именује грађанског надзорника ако наручилац спроводи поступак јавне набавке чија је процењена вредност већа од милијарду динара. Већ у предлогу Закона о јавним набавкама истакнуто је да је идеја да се грађанско друштво укључи у контролу нарочито вредних поступака јавне набавке 700.000 динара, и наведено да је гранични износ, који је у том предлогу износио одређен анализом највреднијих уговора закључених током 2010. године – било их је 35, у првом полугодишту 9.⁴⁶

Постављање овако високог прага за обавезно учешће цивилног друштва у контроли поступка јавне набавке несумњиво има упориште у упоредној пракси, како је раније показано у кратком приказу законодавства Пољске и Мексика, где су такође постављени прилично високи износи за обавезну контролу поступка. Ипак, и у Пољској и у Мексику предвиђена је могућност да грађански надзорници учествују и у поступцима мање вредности, под одређеним условима – било на захтев заинтересованог лица, било на захтев наручиоца, или на основу одлуке надлежног органа. Усвајање овакве могућности ако не у Закону о јавним набавкама, а оно у Правилнику о грађанском надзорнику представљало би много јаснији и делотворнији израз опредељености да се грађанско друштво укључи у борбу против корупције у јавним набавкама. Практика је показала да у Србији корупција у јавним набавкама представља подједнак проблем и у поступцима чија вредност није ни приближна постављеном прагу од милијарду динара.⁴⁷ Такође, познато је да је корупција у јавним набавкама веома изражена на локалном нивоу⁴⁸ и несумњиво би било корисно омогућити учешће грађанског надзорника у контролисању поступака јавних набавки које немају нужно високу апсолутну вредност, али су од значаја за локалну заједницу или је њихова вредност релативно велика у односу на локални буџет, или су чак од значаја за целу државу, али су мање вредности од 10 милиона евра.⁴⁹ Један од таквих примера је афера у вези са акцијом „Очистимо Србију“. Овај проблем је, поново, могао бити решен тако што би се Правилником о грађанском надзорнику омогућило Управи за јавне набавке да именује грађанске надзорнике и у поступцима мање вредности, на пример, на

46 Доступно на адреси: <http://www.sns.org.rs/lat/novosti/narodna-skupstina/predlog-zakona-o-javnim-nabavkama>.

47 Видети, на пример: <http://pistaljka.rs/home/read/312>, у вези са поступком јавне набавке вредним 21.6 милиона динара.

48 Доступно на адреси: http://www.rtv.rs/sr_lat/drustvo/javne-nabavke-zariste-korupcije-na-lokalnom-nivou_261481.html, 11.4.2013.

49 За индикативне примере злоупотребе и корупције у поступцима јавних набавки на локалном нивоу видети на адреси: http://www.nadzor.org.rs/javne_nabavke.htm.

захтев наручиоца, чиме би се пружила прилика наручиоцима да добију већу подршку јавности за нарочито значајне пројекте отклањајући унапред сумње у корупцију. Ипак, можда је, у одсуству бољег нормативног оквира, у таквим ситуацијама могуће прибећи закључивању такозваних пактова интегритета – механизма који су, такође, познати у упоредном праву⁵⁰ и који, заправо, представљају уговорни однос између наручиоца и понуђача у поступку, којим се може предвидети учешће цивилног сектора у поступку јавне набавке.

2. Услови за именовање грађанског надзорника

Законом је прописано да за грађанског надзорника могу бити именована и физичка и правна лица – у случају физичких лица, ради се о истакнутим стручњацима у области јавних набавки или области која је у вези са предметом јавне набавке,⁵¹ док се у случају правних лица ради о удружењу које се бави јавним набавкама, спречавањем корупције или сукоба интереса. Прецизнији услови за именовање грађанских надзорника су следећи:

- за физичка лица:⁵²
 1. да се ради о лицу које има одговарајуће образовање, стручност и искуство у области јавних набавки или у области која је у вези са предметом јавне набавке,
 2. да лице није члан политичке организације у складу са прописом који уређује финансирање политичких странака,
 3. да није запослено или на било који начин радно ангажовано код наручиоца,
 4. да није осуђивано због кривичног дела на безусловну казну затвора,
 5. да тренутно не врши јавну функцију и да је није вршило две године пре подношења захтева за именовање.
- за правна лица:⁵³
 1. да се ради о удружењу које је регистровано у складу са законом о регистрацији,
 2. да се удружење или чланови удружења баве анализом прописа из области јавних набавки, анализом спровођења кон-

50 Вид. *Integrity in Public Procurement: Good Practice from A to Z*, OECD, 2007, стр. 120; *El Testigo Social*, стр. 54.

51 Закон, чл. 28 ст. 2.

52 Закон, чл. 28 ст. 2–5; Правилник, чл. 3–4.

53 Закон, чл. 28 ст. 3; Правилник, чл. 3–5.

- кретних поступака јавних набавки, анализом поступања наручилаца у фазама процеса јавних набавки или да се удружење или чланови удружења баве анализом прописа из области спречавања корупције и сукоба интереса, анализом спровођења прописа из области борбе против корупције или сукоба интереса, анализом поступања наручилаца у вези са решавањем сукоба интереса и спречавањем корупције у јавним набавкама, и
3. да се најмање један члан удружења или лице запослено у удружењу или лице које удружење уговорно ангажује бави наведеним пословима,
 4. да лице које би у име удружења вршило послове грађанског надзорника није члан политичке организације и да није радно ангажовано код наручиоца,
 5. да удружење није основала политичка организација и да није закључивало уговоре са политичким субјектом које би га ставило у однос зависности.

Испуњеност услова за именовање грађанског надзорника доказује се достављањем одговарајућих доказа о стеченом образовању и о искуству у вези са достављањем одговарајућих доказа о стеченом образовању, као и доказима о стеченом искуству у вези са спровођењем или контролом јавних набавки, подацима о објављеним стручним радовима, ауторским текстовима и слично – за физичка лица, односно изводом из Агенције за привредне регистре и описом искуства у областима за које се удружење именује за грађанског надзорника – за правна лица.⁵⁴ Физичко лице које је кандидат за грађанског надзорника и председник удружења које је кандидат за грађанског надзорника, такође, подносе изјаву под пуном материјалном, кривичном и моралном одговорношћу у вези са негативно одређеним условима – чланство у политичкој странци/даје оснивач политички субјект, радним ангажовањем код наручиоца и неосуђиваносту.

Услови за именовање грађанског надзорника су добро формулисани и усклађени са најразрађенијим примером из упоредне праксе – Мексиком. Негативно постављени услови су у складу са идејом да грађански надзорник буде стварни представник цивилног сектора, чији извештај неће бити обојен страначким или личним интересима. Такође, начин утврђивања испуњености услова постављен је тако да се избегне претеран формализам и потенцијални грађански надзорници охрабре да се пријаве, док се истовремено омогућава увид у квалитет рада кандидата за грађанског надзорника кроз претходне активности и/или радове.

54 Правилник, чл 5. ст. 2 и чл. 4 ст. 2.

3. Поступак именовања грађанског надзорника

Несумњиво најмање разрађен део нормативног оквира у вези са грађанским надзорником јесте онај којим се регулише поступак именовања грађанског надзорника. У закону се питање поступка именовања уопште ни не спомиње – чланом 28 Закона изричито је прописано само да Управа за јавне набавке именује грађанског надзорника и да Управа ближе уређује услове и критеријуме за избор и начин рада грађанског надзорника. Будући да се ради о сасвим новој установи у домаћем праву, могло се са правом очекивати да ће Правилником грађанском надзорнику посветити више пажње овом питању. То, међутим, није био случај. Правилник остаје на истој формулацији која је употребљена у Закону, прописујући изричито само рок у коме се грађански надзорник мора именовати – најкасније до дана који је у годишњем плану набавки одређен као оквирни датум покретања поступка јавне набавке, односно 30 дана од дана пријема плана набавки.⁵⁵ Оно што је из Правилника још јасно јесте да лица која желе да постану грађански надзорници у вези с тиме подносе доказе о испуњености услова за именовање Управи за јавне набавке. Међутим, велики број питања остаје нерешен.

Прво питање јесте да ли се физичка лица сама пријављују за обављање послова грађанског надзорника или то чине у одговор на оглас или на захтев Управе за јавне набавке? Ово питање уопште није регулисано ни Законом, ни Правилником. Начелно, чини се да је могуће и једно и друго – са једне стране, може се оправдано очекивати да ће цивилни сектор будно пратити поступке и планиране поступке јавних набавки и пригрлити прилику да врши непосредну контролу поступка јавних набавки. Са друге стране, пракса у вези са именовањем лица која учествују у другим управним и судским поступцима (вештаци, тумачи, извршитељи) иде у прилог томе да је државни орган тај који оглашава потребу за именовањем грађанског надзорника, тим пре што се поступак јавне набавке не може покренути ако грађански надзорник није именован.⁵⁶ Са овим је тесно повезано питање да ли је именовање грађанског надзорника везано за сваки конкретан поступак јавне набавке или се физичка и правна лица начелно пријављују да врше функцију грађанског надзорника, а потом од оних који су пријављени и који испуњавају услове за именовање Управа за јавне набавке бира грађанског надзорника у конкретном поступку јавне набавке, или се свако физичко и правно лице изнова пријављује за вршење те функције. Упоред-

55 Закон, чл. 4.

56 Закон, чл. 28 ст. 7.

на пракса подржава оба решења – у Мексику надлежни државни орган води регистар грађанских надзорника из чијих редова се именује надзорник за појединачне поступке јавних набавки. *Veedurias* у Колумбији и Еквадору, са друге стране, представљају мање формалне организације које се стварају са циљем да контролишу рад конкретног органа јавне управе или конкретан поступак јавне набавке, и самим тим је њихово именовање везано управо за тај поступак. Ако се имају у виду услови стручности који су постављени пред физичка и пред правна лица који су кандидати за грађанске надзорнике, чинило би се логичнијим да се они начелно пријављују заобављање функције грађанског надзорника, било самоиницијативно, било одговарајући на оглас Управе за јавне набавке, како би Управа могла да благовремено испита да ли одиста испуњавају услове за именовање, а потом између њих изабере грађанског надзорника за конкретан поступак. Са друге стране, чињеница да се грађански надзорници који су физичка лица именују из редова стручњака у области јавних набавки или стручњака за област која је предмет јавне набавке иде у прилог претпоставци да се грађански надзорник пријављује, а потом и именује за сваки конкретан поступак. Овакво тумачење можда и више одговара тренутном стању – још увек није познато који ће број физичких и правних лица уопште бити заинтересован за обављање ове функције, нарочито ако се има у виду чињеница да се ради о обимном и озбиљном послу за који није предвиђена награда за рад.⁵⁷ Уједно, овакав систем пријављивања је одржив у условима када је праг вредности јавне набавке који подразумева учешће грађанског надзорника у поступку постављен изузетно високо и када је број таквих јавних набавки на годишњем нивоу релативно мали. Ипак, дугорочно се упутнијим чини усвојити систем регистровања грађанских надзорника на сличан начин на који је то учињено у Мексику, чиме би се могле постићи значајне уштеде на времену:

- не мора се чекати да се заинтересовани пријаве за контролисање конкретног поступка, списак стално заинтересованих већ постоји, а и он се може допуњавати,
- није потребно увек изнова испитивати испуњеност услова за именовање грађанског надзорника (у случају пријављивања за сваку конкретну набавку то би се, макар формално, морало радити),
- постојање сталног регистра грађанских надзорника додатно би отклонило евентуалне сумње у погледу избора надзорника за конкретне јавне набавке,

57 Закон, чл. 28 ст. 11. О овом питању ће бити више речи даље у тексту.

- у случају измене прописа и омогућавања учешћа грађанских надзорника и у поступцима чија је вредност мања од милијарду динара Управа за јавне набавке не би била додатно оптерећена.

Без обзира на то који ће приступ Управа усвојити у пракси, оно што, такође, остаје нерешено јесте питање именовања конкретног надзорника за конкретну јавну набавку. На основу којих критеријума Управа бира једног од више пријављених кандидата или једног од више грађанских надзорника из регистра? Да ли ће се водити рачуна о предмету јавне набавке – а чини се да би се морало, ако је један од могућих услова за именовање и стручност у области предмета јавне набавке? Да ли се предност приликом именовања даје физичким или правним лицима? Несумњиво је да правна лица, чак и када именују само једно лице да у њихово име контролише поступак јавне набавке, располажу већим средствима – не нужно финансијским, већ и другим ресурсим а којима могу помоћи грађанском надзорнику у раду, те да су физичка лица у односу на њих начелно у неравноправном положају. Применом којих критеријума ће Управа, на пример, направити избор између физичког лица – стручњака грађевинске струке и удружења које се бави спречавањем корупције? Могу ли и физичко лице и удружење заједно да прате поступак и потом поднесу заједнички извештај? Може ли Управа консултовати и представнике привреде и цивилног друштва приликом овог избора, као што је то случај у Мексику? Усвајање Правилника о грађанском надзорнику било је прилика да се ова питања прецизније уреде, али та прилика је, барем за сада, пропуштена. Остаје да Управа или доношењем својих унутрашњих аката или добром праксом покаже спремност да институт грађанског надзорника схвати озбиљно и одговорно, као корисну меру у борби против корупције и повећању транспарентности поступака јавних набавки.⁵⁸

4. Овлашћења грађанског надзорника и начин рада грађанског надзорника

Законом о јавним набавкама овлашћења и начин рада грађанског надзорника формулисани су прилично штуро и неодређено. Чланом 28 Закона прописано је да је грађански надзорник дужан да надгледа по-

58 У том смислу је индикативно истраживање које је спровела организација *Transparency International* које је показало да је, након спровођења пакта интегритета уз учешће цивилног друштва, 91,4% припадника приватног сектора приметило позитивне промене у ставовима лица која обављају јавну функцију у вези са корупцијом, док је 72,2% лица која обављају јавну функцију приметило је позитивне промене у ставовима припадника приватног сектора у односу на коруптивне праксе у поступку јавних набавки, вид. *Integrity in Public Procurement: Good Practice from A to Z*, OECD, 2007, стр. 120.

ступак јавне набавке и да у том циљу има сталан увид у поступак, документацију и комуникацију наручиоца са заинтересованим лицима, односно понуђачима.⁵⁹ Надаље, прописана је дужност грађанског надзорника да, ако основано сумња у законитост поступка јавне набавке, о томе обавести надлежне државне органе и јавност. Како је то приметила и Транспарентност Србија, у овом ставу није направљена разлика између обавештавања надлежних државних органа у случају да се код грађанског надзорника појавила сумња у вези са законитошћу поступка и обавештавања јавности ако грађански надзорник есумњиво утврди да је нека одредба закона прекршена или ако га у неком кратком року надлежни орган и не обавесте о предузетим мерама.⁶⁰ На крају, чланом 148 став 3 Закона изричито је прописано да грађански надзорник има активну легитимацију за подношење захтева за заштиту права. Ово је изузетно важно овлашћење грађанског надзорника, и нешто је више разрађено одредбама члана 8 Правилника. Оно уједно представља значајну допуну онога што, према Закону, представља суштину учешћа грађанског надзорника у поступку – а то је подношење извештаја о поступку јавне набавке одбору Народне скупштине надлежном за финансије, односно, скупштини аутономне покрајине или локалне самоуправе и Управи за јавне набавке, и то у року од 20 дана од закључења уговора или доношења одлуке о обустави поступка.⁶¹

Правилник о грађанском надзорнику садржи разрађеније одредбе о овлашћењима и начину рада грађанског надзорника.

Као прво, прописан је стандард рада грађанског надзорника – он мора поступати објективно, независно, непристрасно, придржавајући се етичких начела и правила струке.⁶² Надаље, Правилником⁶³ су прецизније одређена процесна права грађанског надзорника, тачније, појашњено је шта се тачно сматра „сталним увидом у поступак, документацију и комуникацију са заинтересованим лицима, односно понуђачима“. Грађански надзорник:

- прати објављивање информација на Порталу јавних набавки, интернет страници наручиоца и другим јавним гласилима, анализира објављене информације ради провере поштовања начела Закона о јавним набавкама;

59 Закон, чл. 28 ст. 8.

60 Транспарентност Србија – Предлози и коментари у вези са појединим одредбама предлога Закона о јавним набавкама, даље у тексту: Транспарентност Србија, Београд, 13. септембар 2012, стр. 23, материјал доступан на захтев.

61 Закона, чл. 28 ст. 9.

62 Правилник, чл. 6.

63 Правилник, чл. 6.

- прати и анализира све акте наручиоца донете пре покретања поступка јавне набавке, у току поступка јавне набавке и по окончању поступка јавне набавке, до тренутка подношења извештаја;
- врши непосредан увид у радње које наручилац предузима у поступку јавне набавке. Практично, ово би морало да значи да грађански надзорник има право да присуствује свим радњама које наручилац предузима у поступку;
- врши непосредан увид у комуникацију наручиоца са заинтересованим лицима, интерну комуникацију наручиоца и комуникацију наручиоца са другим органима у вези са јавном набавком. Такође, грађански надзорник може тражити и додатне информације од наручиоца. Ово представља значајно проширење овлашћења грађанског надзорника у односу на законску формулацију – али је апсолутно неопходно како би се постигла сврха учешћа грађанског надзорника у контроли јавних набавки.⁶⁴ Ако грађански надзорник на основу непосредног увида у радње наручиоца или на основу докумената којима располаже стекне уверење да је прекршен закон или да је учињено кажњиво дело, он је дужан да о томе обавести орган надлежан за покретање одговарајућег поступка.⁶⁵ Ако се уверење грађанског надзорника потврди, или ако у примереном року не одбије одговор од органа којем се обратио а који отклања сумњу у кршење закона, грађански надзорник о бавештава јавност о сумњи у кршење закона. Основано се може поставити питање због чега овим чланом није дато изричито овлашћење грађанском надзорнику да се тим поводом обрати заштитнику грађана.⁶⁶

Чланом 6 Правилника је, такође, прописано да грађански надзорник у току надгледања поступка јавне набавке износи своје мишљење. И ово је корисно процесно овлашћење – иако оно није праћено никаквом обавезом наручиоца, грађански надзорник ће у свом коначном извештају свакако навести и мишљења која је у поступку изнео, а потом и то да ли их је наручилац уважио.

Чланом 8 Правилника прописано је да ако грађански надзорник утврди да је у поступку јавне набавке дошло до неправилности, о томе без одлагања обавештава наручиоца, а ако се неправилности не могу другачије исправити, или ако наручилац пропусти да то учини благо-

64 Транспарентност Србија, стр. 22.

65 Члан 10 Поступка.

66 А. Рабреновић, *нав. дело*, стр. 6.

времено, грађански надзорник подноси захтев за заштиту права, истовремено обавештавајући орган који врши надзор над радом наручиоца, надлежне државне органе и јавност. На овај начин се омогућава наручиоцу да, ако је то могуће, већ у току поступка исправи неправилност. Чини се да би боље било да је, слично примеру Мексика, грађански надзорник већ приликом првог обавештавања наручиоца о утврђеној неправилности обавестио орган који је надлежан да врши надзор над радом наручиоца – *ex post* обавештавање, након што је захтев за заштиту права већ поднет, има далеко мање потенцијално дејство на поступање наручиоца. Ово тим пре што је, у складу са чланом 10 Правилника, у случају да му није достављен документ или информација које могу указивати на повреду законитости поступка дужан да о томе без одлагања обавести Управу и орган који врши надзор над радом наручиоца.

Можда и најзначајнији аспект ангажовања грађанског надзорника у поступку јавне набавке јесте подношење извештаја одбору Народне скупштине надлежном за финансије, односно, скупштини аутономне покрајине или локалне самоуправе и Управи за јавне набавке о спроведеном поступку јавне набавке. Рок за подношење извештаја је прилично кратак – 20 дана од дана закључења уговора или доношења одлуке о обустави поступка. Правилник о грађанском надзорнику садржи две додатне одредбе:⁶⁷

- грађански надзорник доставља предлог извештаја наручиоцу, који може доставити своје примедбе на предлог извештаја. Ова могућност је важна за наручиоца због тога што се, према Правилнику,
- извештаја грађанског надзорника, такође, обављује на интернет страници Управе и наручиоца чији је поступак надгледан.

Објављивање извештаја грађанског надзорника важан је искорак ка повећању у транспарентности поступка јавних набавки и тиме се повећава значај учешћа грађанског надзорника у поступцима јавних набавки. Још боље решење би било да се извештај објављује на Порталу јавних набавки, те даје прописано најкраће време током којег извештај мора бити истакнут на почетној страници наручиоца и Управе, као и могућност да извештаји буду истакнути на интернет страницама грађанских надзорника.

Ни Законом ни Правилником није детаљније прописан садржај извештаја који грађански надзорник подноси, већ је ово питање остављено савесности и стандардима струке грађанског надзорника. Несумњиво је да би било много боље да су грађанским надзорницима дата јаснија упуства у вези са тим каква врста извештаја се од њих

67 Правилник, чл. 9.

очекује – да ли се ради о краткој оцени поступка или о детаљном, хронолошком извештају о свим радњама предузетим у поступку и документима у које је грађански надзорник имао увид, и о мишљењима ако је током поступка изразио, радњама које је предузео, заједно са општим закључком и евентуалним препорукама за побољшања у спровођењу поступка јавних набавки, или о сажетом приказу поступка и закључку? Упоредна пракса показује да грађански надзорници подносе прилично детаљне извештаје, а да најважнији део извештаја представљају оцене законитости и транспарентности поступка, те препоруке за даље поступање. Будући надзорници у Србији би могли да као полазну тачку за своје извештавање узму примере из Мексика, увек имајући на уму да су рокови за подношење коначног извештаја кратки те да је неопходно евиденцију о предузетим радњама, исказаним мишљењима, тражењу додатне документације, потребно водити редовно. У супротном, уколико би се извештаји грађанских надзорника свели на лаконске оцене о законитости и транспарентности поступка, њихово учешће у контроли поступка јавних набавки би било обесмишљено, тачније, сведено на декларативну могућност да цивилни сектор активно учествује у контроли трошења јавних фондова.

5. Награда за рад грађанског надзорника

Како је раније истакнуто, праг вредности јавних набавки у којима је обавезно учешће грађанског надзорника је постављен веома високо. То уједно и значи да ће се, по правилу, радити о сложеној и обимној конкурсној документацији у коју ће грађански надзорник имати увид. Ако се има у виду чињеница да грађански надзорник има овлашћење да контролише акте наручиоца и пре покретања поступка јавне набавке, који такође могу бити чест извор корупције,⁶⁸ јасно је да грађанског надзорника који савесно обавља своју дужност и чека изузетно обиман и напоран посао. Ипак, Законом је изричито прописано да грађански надзорник нема право на награду за свој рад.⁶⁹ Овакво решење, које није неутемељено у упоредној пракси (Филипини) делом има за циљ и да отклони сумње у вези са именовањем грађанских надзорника, који би само формално пратили поступак, а за узврат добијали накнаду у одређеном проценту вредности јавне набавке, како је било предвиђено једном од верзија предлога закона.⁷⁰ Ипак, пракса је показала да је не-

68 С. Томић, *нав. дело*, стр. 68–78. Више о корупцији у јавним набавкама вид. Саша Варинац, *Корупцијска маја јавних набавки у Републици Србији*, ОЕБС, 2012, доступно на адреси: <http://www.ujn.gov.rs/sr/news/story/172/KONFERENCIJA%3A+PREZENTACIJA+KORUPCIJSKE+MAPE+U+JAVNIM+NABAVKAMA.html>.

69 Закон, чл. 28 ст. 11.

70 Ову бојазан исказао је Владимир Радомировић, уредник антикорупцијског сајта Пиштаљка: „Треба видети ко ће бити грађански надзорници и да ли може да се

достатак финансијских и других ресурса озбиљан проблем и за физичка и за правна лица која врше дужност грађанског надзорника и свакако може представљати препреку у мотивисању представника цивилног сектора да контролишу поступке јавних набавки.⁷¹ С друге стране, у Мексику је законом изричито прописано да грађански надзорник има право на награду за рад, која се заснива на цени сличних консултантских услуга, али уједно зависи и од обима посла који грађански надзорник предузима. Оваква накнада несумњиво представља додатну мотивацију, али и гаранцију да ће грађански надзорник поступак контролисати поштујући највише стандарде струке, док се сумње у погледу потенцијалних злоупотреба приликом именовања грађанских надзорника уклањају транспарентним поступком уписа у регистар грађанских надзорника и поступка именовања надзорника за сваку конкретну јавну набавку, у којима такође учествују представници цивилног друштва.

Чини се да је законодавац у Србији превасходно рачунао на то да ће правна лица, односно организације цивилног друштва бити заинтересоване за контролисање поступака јавних набавки (а неке то и сада раде), омогућавајући истовремено и истакнутим појединцима да чине то исто, имајући у виду њихову грађанску свест. Са друге стране, подједнако је могуће да ће изостанак права на награду, комбинован са одредбом према којој наручилац не може да покрене поступак јавне набавке пре него што се именује грађански надзорник и нејасним и недореченим одредбама у вези са именовањем грађанског надзорника и садржином извештаја грађанског надзорника, такође, отворити простор за злоупотребу – услед демотивисаности цивилног сектора, за грађанске надзорнике могу бити именована лица која формално испуњавају прописане услове, али која заправо поступак јавних набавки неће ни контролисати – форма ће бити испуњена, а циљ не.

Приликом усвајања Правилника о грађанском надзорнику пропуштена је прилика да се барем пропише право грађанског надзорника на накнаду трошкова које има приликом вршења своје дужности, што би се свакако чинило логичним. Ипак, то би такође подразумевало и додатно ангажовање Управе у вези са признавањем трошкова, те прецизирање извора средстава из којих би ти трошкови били надокнађени.

деси да се појаве фантомске невладине организације које ће добијати тај посао. Закон прописује да фирма која победи на конкурс за јавну набавку мора да издвоји три одсто, или неки сличан износ, од укупне вредности и да то плати грађанском надзорнику. То су велике паре и ту би могло да дође до злоупотреба“, доступно на адреси: <http://www.slobodnaevropa.org/content/da-li-ce-novi-zakon-iskoreniti-korupciju-na-tenderima/24807635.html>, 11.4.2013.

71 О решењима у правном систему Филипина, у коме, подсетимо, улогу грађанског надзорника врше организације цивилног друштва вид. А. Рабреновић, *нав. дело*, стр. 4–7.

За сада остаје да пракса у првим поступцима јавне набавке у којима ће грађански надзорници узети учешће јасније укаже на недостатке нормативног оквира у Србији.

III Закључна разматрања

Да ли је увођење грађанског надзорника у поступке јавних набавки у Србији сувишно, будући да се поклапају са надлежностима Управе за јавне набавке, како је у својим коментарима на предлог Закона о јавним набавкама изнела Агенција за борбу против корупције?⁷² Нипошто. Још 2008. године ОЕЦД је издала Препоруку у вези са побољшањем интегритета у јавним набавкама⁷³ чије се десето начело управо односи на мере које треба предузети како би се појачало учешће организација цивилног друштва у контроли јавних набавки. Упоредна пракса је показала да су државе Латинске Америке, које су имале изражене проблеме у вези са корупцијом, и то не само у поступцима јавних набавки, нормирале улогу цивилног друштва у контроли јавних набавки и контроли рада јавне управе уопште. Исто су учинили и Филипини. Практика у Мексику и на Филипинима је показала да је учешће грађанских надзорника у контроли поступака јавних набавки довела до одређених побољшања, али да и тамо има места за унапређење правног оквира. Нови нормативни оквир Србије свакако представља позитиван искорак у односу државе и цивилног друштва, усмерен ка постизању заједничког циља – смањења корупције, рационалнијем трошењу јавних средстава и повећању транспарентности поступака јавних набавки. Ипак, због своје непрецизности и недоречености он је подједнако подложен и успеху и неуспеху. Практика у наредним месецима ће показати у ком правцу ће најпре кренути.

72 Доступно на адреси: http://www.acas.rs/images/stories/Analiza_predloga_zakona_o_javnim_nabavkama.pdf, 11.4.2013.

73 *Recommendation of the Council on Enhancing Integrity in Public Procurement*, 16 October 2008 – C(2008)105.

Ana KNEŽEVIĆ BOJOVIĆ, PhD
Junior Faculty Member at the Faculty of Law Union University
Institute of Comparative Law, Belgrade

CIVIL MONITOR – A NEW MECHANISM FOR SCRUTINISING PUBLIC PROCUREMENT IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The new Serbian Public Procurement Act introduces a novel institute – that of a civil monitor, a mechanism aimed at having the civil sector scrutinizes public procurements the value of which exceeds a billion dinars. In the paper, the author provides a brief overview of similar mechanisms in comparative law, and goes on to critically analyse the new Serbian regulatory framework, and suggests improvements based on comparative best practices.

Key words: *civil monitor, public procurement, corruption, transparency.*

др *Мијаи* ЈОЦОВИЋ
доцент Економског факултета Универзитета Црне Горе

АКТУЕЛНИ ПРОБЛЕМИ У ПРИМЈЕНИ ЗАКОНА О ЈАВНИМ НАБАВКАМА У ЦРНОЈ ГОРИ

Резиме

У Црној Гори су ријетки закони чије је усвајање и примјена изазвало толико пажње и контроверзи, као што је то случај са Законом о јавним набавкама. Са једне стране, представници државних органа се позивају на његову бољу усклађеност са директивама Европске уније и међународном праксом, док са друге стране представници привреде и одређених наручилаца критикују значајан број рјешења. Циљ овог рада је да укаже на значај постојања јавних набавки и на неке од проблема са којима се суочавају понуђачи у поступцима јавних набавки у Црној Гори. Аутор је изнио став да је систем јавних набавки у Црној Гори унапријеђен, али и да држава мора да буде спремна да мијења правни оквир у областима које се у конкретним поступцима јављају као сметња за реализација циљева јавних набавки.

Кључне речи: *јавне набавке, понуђачи, наручиоци, Црна Гора, Европска унија.*

І Уводне напомене

Јавне набавке представљају област која континуирано заокупља пажњу укупне јавности. Посебно је ова област добила на значају у времену актуелне економске кризе, јер се одговарајућа примјена система јавних набавки сматра једним од предуслова за остваривање циљева

економске политике, посебно смањивању буџетског дефицита. У земљама у којима постоји дисциплина у трошењу новца пореских обвезника, право јавних набавки представља посебну правну дисциплину којој се посвећује значајна пажња. Међутим, у Црној Гори право јавних набавки није у довољној мјери развијено и не придаје му се пажња коју објективно заслужује.¹ Тако се стиче погрешан утисак да су јавне набавке искључиво економско питање. Међутим, пракса потврђује да је управо одговарајућа примјена права јавних набавки услов за остваривање економских и осталих ефеката система јавних набавки.

Правни оквир јавних набавки у Црној Гори у значајној мјери је усаглашен са европским правом. Ипак, у пракси спровођења настају бројни проблеми. Неки од њих ће бити представљени у овом раду, са циљем да се укаже на толико пута поновљен став правне струке – да сама хармонизација са европским правом не гарантује ефикасно спровођење одређених политика. Посљедица оваквог стања је раст неповјерења понуђача у државне институције и непримјена полазних основа законодавства у области јавних набавки. Основна хипотеза овог рада је да је систем јавних набавки у Црној Гори унапријеђен, али и да се мора водити рачуна о проблемима са којим се суочавају понуђачи у поступцима јавних набавки и константно тражити рјешење које потврђује значај јавних набавки за укупан привредни систем. Због наведеног, хармонизација са европским директивама представља само један корак у остваривању ефикасног система јавних набавки.

Одговарајућа примјена правног оквира јавних набавки у оквиру Европске уније (у даљем тексту: ЕУ) је један од највећих изазова са којим се тренутно суочава.² Европска унија представља највеће тржиште јавних набавки на свијету.³ Због тога се у оквиру ЕУ, значајна пажња

1 Посебно треба истаћи чињеницу да познавање јавних набавки претпоставља широко правничко образовање и познавање више различитих грана права (компанијско, уговорно, право хартија од вриједности, управно право и сл.), али и правних области (јавно и приватно, материјално и процесно право). Тако, на примјер, само у једном поступку јавне набавке може да дође до примјене великог броја закона који спадају у различите гране права. О овом питању детаљније вид. Sue Arrowsmith, „Public Procurement: Basic Concepts and Coverage of Procurement Rules“, у: Sue Arrowsmith (ed.), *Public Procurement Regulation: An Introduction*, стр. 1–33. Рад је доступан на адреси: <http://www.nottingham.ac.uk>.

2 О јавним набавкама у оквиру ЕУ видјети детаљније: Christopher Bovis, *EU Public Procurement Law*, 2nd edition, Northampton, 2012; Гасми Гордана, „Нови ЕУ стандарди о јавним набавкама радова, роба и услуга и значај за Србију“, *Право и њивреда*, бр. 1–4/2009, стр. 570–582.

3 О законодавним иницијативима и економским ефектима јавних набавки у ЕУ вид. *European Commission, Annual Public Procurement Implementation Review*, Брисел, 2012. Документ је доступан на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement.

посвећује праћењу примјене спроведених директива. На примјер, још је 1985. године уочена непримјена основних директива о јавним набавкама. Наиме, у Бијелој књизи о развоју унутрашњег тржишта из 1985. године наводи се да се јавне набавке у земљама чланицама не спроводe према принципима и захтјевима унутрашњег тржишта.⁴ Наведена искуства развоја система јавних набавки у ЕУ, потребно је примјенити и у Црној Гори. Дакле, није довољна само хармонизација, већ и праћење примјене законодавства у пракси и исправљање уочених пропуста. Такође, потребно је истаћи чињеницу да је ово једна од области права ЕУ, која се константно мијења и усавршава. У прилог овом ставу је и последња иницијатива Европске комисије за унапређење тренутног правног оквира јавних набавки. Наиме, у времену када се ЕУ убрзано припрема да либерализује значајне индустријске гране (енергетика, телекомуникације, поштанска дјелатност и жељезнице), у оквиру Европске комисије припрема се и реформа система јавних набавки.⁵

II Утицај државе на привреду кроз призму јавних набавки

Држава на различите начине утиче на привреду путем јавних набавки, остварујући различите циљеве. На првом мјесту су економски циљеви. Ипак, у упоредном праву и пракси кроз јавне набавке остварују се и други циљеви – социолошки, безбједносни, шири политички циљеви и сл.

Примарни циљеви законодавства у области јавних набавки су економски. Прво, јавне набавке смањују уговорну цијену. Према истраживањима Европске комисије из 2004. године, одговарајућа примјена начела јавних набавки смањује уговорну цијену за око 30%.⁶ Друго, јавне набавке подстичу националну конкурентност. Из економског угла, јавне набавке представљају куповину робе или услуга од стране јавног сектора.⁷ Без сумње, у многим земљама јавни сектор представља највећег купца роба и услуга, па је и у позицији да утиче и да креи-

4 Вид. *Completing the Internal Market: White Paper from the Commission to the European Council (Milan, 28–29 June 1985)*, COM (85) 310 final, 14 June 1985.

5 Видјети детаљније: *European Commission, Modernising European public procurement to support growth and employment*. Доступно на адреси: <http://europa.eu>.

6 Према процјенама Европска комисије, ефикаснијом примјеном правног оквира јавних набавки цијена би могла да падне за додатних 12%. Вид. *A Report on the Functioning of Public Procurement Market in the EU*, European Commission, Brussels, 2004, стр. 2.

7 О различитим схватањима појма јавних набавки у теорији вид. Robert Lloyd, Clifford McCue, „What is public procurement? Definitional problems and implications“, *International Public Procurement Conference Proceedings*, vol. 3, 2004, стр. 2–18. Доступно на адреси: <http://www.ippa.org>.

ра конкуренцију кроз своје понашање на тржишту. Кроз јавне набавке, држава може да стимулише, али и да негативно утиче на конкуренцију било ког привредног сектора. Негативан утицај се манифестује кроз дозвољавање стварања праксе јавних набавки, која ограничава учешће у тендерским поступцима и дискриминише одређене понуђаче. Ефикасно функционисање тржишта јавних набавки сматра се једном од основних претпоставки унапређења конкурентности на нивоу ЕУ, али и на националном нивоу. Са једне стране, уређеност овог тржишта је индикатор отворености државе кроз могућност (не)дискриминације. Са друге стране, на овај начин се утиче на привлачење инвестиција, смањење корупције и јачање повјерења привреде у функционисање државне администрације. Све наведено доводи до повећања конкурентности националне привреде.⁸ Треће, путем јавних набавки јача се конкуренција између понуђача.⁹ Ово питање је истовремено и један од највећих проблема и кочница за развој система јавних набавки. Често су највећи критичари система јавних набавки оне компаније које су навикнуте на привилегован положај од стране државе. Конкуренција и правила о јавним набавкама не иду на руку њиховом начину схватања тржишног пословања. На крају, у постојећим условима економске рецесије, јавне набавке постају један од важнијих механизма путем којих се стимулише економски развој.

И док је остваривање економских циљева кроз јавне набавке општеприхваћен циљ, много недоумица изазива питање да ли се политика јавних набавки може односити на остваривање осталих циљева.¹⁰ У законским текстовима и пракси јавних набавки као секундарни циљеви наводе се: остваривање еколошких циљева,¹¹ остваривање социјалних

8 Вид. Luigi Fiorentino, „Public Procurement and Competition“, *International Public Procurement Conference Proceedings*, 2006, стр. 848–849. Рад је доступан на адреси: <http://www.ipppa.org>.

9 Објашњавајући економски аспект прописа о јавним набавкама, професор *Steven L. Schooner* наводи сљедеће: „Промовишемо конкуренцију, јер вјерујемо у моћ тржишта. Максимизирањем ефикасног кориштења конкуренције, држава добија најбољу вриједност у погледу цијена, квалитета, рокова и услова уговора. Мотивација уговарача да надмаше другог је највећа када се приватне компаније, вођене мотивом профита, надмећу очи у очи да би добиле посао.“ Вид. *Steven L. Schooner*, „Намјена: Циљеви државног закона о уговорима“, у: *Martin Trybus* (ed.), *Право и политика јавних набавки*, Сарајево, 2006, стр. 18.

10 „(...)питање да ли се кориштење јавних уговора за отворену промоцију секундарних политика, а посебно еколошких и друштвених циљева може сматрати легитимним и легалним, представља срж дебата у вези с примјеном директива Европске заједнице.“ *Joël Arnnould*, „Секундарне политике у јавним набавкама. Иновације у новим директивама“, у: *Martin Trybus* (ed.), *Право и политика јавних набавки*, Сарајево, 2006, стр. 187.

11 Ови циљеви се не помињу директно у законским текстовима, али су зато препознати кроз судску праксу Европског суда правде. О овом питању вид. *Peter Kunzlik*,

циљева, борба против криминала и корупције, остваривање фискалне дисциплине,¹² промовисање друштвене одговорности¹³ и сл. Такође, у пракси јавне набавке постају инструмент којим се остварују шири политички циљеви. На примјер, у оквиру ЕУ политика јавних набавки је била средство за унификацију унутрашњег тржишта. У Сједињеним Америчким Државама путем јавних набавки води се рачуна о заштити угрожених категорија становништва, али и о унапређењу сектора малих и средњих предузећа.¹⁴ Такође, управо се јавне набавке сматрају једним од најзначајнијих механизма за остваривање циљева *Стратегије Европиа 2020*, која је покренута од стране Европске комисије.¹⁵ Узимајући у обзир претходно наведене утицаје које држава остварује кроз јавне набавке, намеће се закључак да се ради о изузетно значајној области која заслужује пажњу и правничке јавности.

III Правни оквир јавних набавки у Европској унији и у Црној Гори

Област јавних набавки је први пут у оквиру Европске уније регулисана 1971. године, када је тадашња европска заједница путем Директиве 71/305/ЕС, одлучила да хармонизује поступке додјеле уговора о јавним радовима. Затим је 1976. године, режим јавних набавки проширен на јавну набавку роба (Директива 77/62/ЕЕС). Током сљедеће деценије, наведене директиве су ревидиране неколико пута, а њихови консолидовани текстови су објављени 1993. године. У новембру 1996. године, обављивањем Зелене књиге: Јавне набавке у Европској унији – како напријед, Европска комисија започела је дискусију о модернизацији режима јавних набавки у ЕУ.¹⁶ Резултат јавне дискусије биле су двије

„Зелене набавке у новом режиму“, у: Martin Trybus (ed.), *Право и економика јавних набавки*, Сарајево, 2006, стр. 227.

- 12 Вид. Жељко Ричка, Стипе Петричевић, „Имплементација Европских начела и циљева јавних набавки у функцији јачања конкурентности БиХ привреде и ублажавања ефеката финансијске кризе“, у: Решад Бегтић (ур.), *Како управљати у времену кризе*, Тузла, 2009, стр. 123–140.
- 13 Вид. Christopher McCrudden, *Corporate Social Responsibility and Public Procurement*, Oxford, 2006, доступно адреси: <http://papers.ssrn.com>.
- 14 Вид. Gian Luigi Albano, Marco Sparro, „Flexible Strategies for Centralized Public Procurement“, *Review of Economics and Institutions*, бр. 2/2010.
- 15 *Стратегија Европиа 2020* заснована је на три основна приоритета: развој економије засноване на знању и иновацијама, подстицање конкурентности и производње која се ефикасније односи према ресурсима и боља партипација на тржишту рада, борба против сиромаштва и социјална кохезија. Вид. European Commission, *EUROPE 2020 A strategy for smart, sustainable and inclusive growth*, Brussels, 2010, доступно на адреси: <http://eur-lex.europa.eu>.
- 16 European Commission, *Green Paper: Public procurement in the European Union – Exploring the Way Forward*, документ је доступан на адреси: <http://europa.eu>.

нове директиве које чине постојећи правни оквир јавних набавки. То су: Директива 2004/18/ЕС Европског парламента и Вијећа 31.3.2004. године о координацији поступака за додјелу уговора о јавној набавци радова, јавној набавци роба и јавној набавци услуга и Директива 2004/17/ЕС Европског парламента и Вијећа од 31.3.2004. године која координира поступке набавки органа који послују у сектору вода, енергије, превоза и поштанских услуга.¹⁷ У правној литератури се као најзначајнији разлози за модернизацију права јавних набавки у оквиру Европске уније наводе: напор да се европска предузећа учине конкурентним и усклађивање правила о јавним набавкама са судском праксом Европског суда правде. Наиме, од почетка примјене директива, рад Европског суда правде био је затрпан са стотинама предмета који су се тицали питања јавних набавки.¹⁸

Правни оквир јавних набавки у Црној Гори чини Закон о јавним набавкама, који је ступио на снагу 1.1.2012. године и сет подзаконске регулативе.¹⁹ Институционални оквир за спровођење овог закона чине три државна органа – Министарство финансија, Управа за јавне набавке и Државна комисија за контролу поступка јавних набавки. Са стварањем правног оквира јавних набавки у Црној Гори започело се 2001. године, када је усвојен први Закон о јавним набавкама. Каснијим усвајањем Закона о јавним набавкама из 2006. године, правни оквир је значајно унапријеђен, али није био у потпуности усклађен са правом Европске уније у овој области. Такође, у пракси су се јављали бројни проблеми и са спровођењем овог правног акта.

Новим законом из 2012. године унапријеђен је правни оквир за спровођење поступака јавних набавки. Потврда за наведени став су и званични Извјештаји Европске комисије, путем којих се оцјењује напредак Црне Горе ка ЕУ и осталих релевантних међународних организација које прате ову област. На примјер, у Извјештају о процјени система јавних набавки од стране Европске банке за обнову и развој, истиче се напредак Црне Горе у систему јавних набавки. Према овом извјештају, у погледу квалитета законодавства јавних набавки и његове усклађености са ЕУ стандардима, Црна Гора је заузела прво мјесто у региону Балканских

17 Правни оквир јавних набавки чини и Директива Комисије 2001/78/ЕС од 13. септембра 2001. године о употреби стандардних образаца код објављивања обавјештења о јавним набавкама и Пропис (ЕС) бр. 2195/2002 Европског парламента и Вијећа о Општем речнику јавних набавки (*Common Procurement Vocabulary – CPV*). Такође, поред наведених директива у оквиру ЕУ на снази су и Директива 2009/81/ЕЗ која уређује јавне набавке у области одбране и безбједности.

18 Eric Van den Abeele, „The reform of the EUs public procurement directives: a missed opportunity?“, *ETUI Working paper*, 11/2012. Рад је доступан на адреси: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2202717##.

19 Закон о јавним набавкама (*Сл. лист Црне Горе*, бр. 42/11, даље у тексту: ЗЈН).

земаља и Турске, а друго мјесто у општој конкуренцији (иза Мађарске). Посебно су високо оцијењени резултати у односу на показатеље поузданости, конкурентности и економичности поступака. Што се тиче институционалног оквира, Црна Гора, такође заузима високу позицију, а показала је убједљиво најбоље резултате у погледу комуникације између наручилаца и понуђача у фази припреме и евалуације тендера и омогућавања приступа записнику евалуације понуда.²⁰ Поред овог, и други извјештаји међународних институција говоре афирмативно о систему јавних набавки у Црној Гори. Тако, на примјер, у редовном Извјештају Европске комисије о напретку Црне Горе ка Европској унији, посвећује се детаљна пажња питању јавних набавки. Према овом документу општи принципи јавних набавки на унутрашњем тржишту су инкорпорирани у црногорско законодавство.²¹

IV Актуелни проблеми у функционисању система јавних набавки у Црној Гори

Без обзира на наведене позитивне оцјене у погледу правног оквира јавних набавки у Црној Гори, искуство у примјени овог закона указује на одређене недостатке, који се морају анализирати и отклонити, како би се ова област унаприједила у будућем периоду. Из тог разлога, у раду ће бити указано на кључне недостатке система јавних набавки који утичу на конкурентност ове области, али у укупну конкурентност националне привреде.

Прво, рад институција које спроводе систем јавних набавки. И поред напора усмјерених на повећање ефикасности у раду ови органи, највише због мањка административних капацитета, представљају сметњу за побољшање укупног система јавних набавки. Највећа замјерка од стране понуђача, односи се на недостатак адекватне комуникације и непостојање јасних процедура за спровођење конкретних поступака јавних набавки. Такође, укупном систему јавних набавки не доприноси ни чињеница да се значајан број рјешења Државне комисије за контролу поступка јавних набавки поништава у поступку пред Управним судом.²²

20 *European Bank for Reconstruction and Development, Public Procurement Assessment – Review of laws and practice in the EBRD region*, доступно на адреси: <http://www.ujn.gov.me>.

21 Европска комисија, Аналитички извјештај – Мишљење Комисије о захтјеву Црне Горе за чланство у Европској унији, Брисел, 2011, стр. 36, доступно на адреси: <http://www.mip.gov.me>.

22 Прегледом одговарајуће праксе Управног суда у Подгорици, стиче се закључак да је чест разлог за поништавање формалне природе (битна повреда правила управног поступка), јер је диспозитив рјешења често у супротности са образложењем.

Ово питање је посебно важно због чињенице да природа конкретних поступака јавних набавки захтијева сталну комуникацију и доступност информација, везаних за правила и поступке јавних набавки. Нажалост, мањак администрације значи и објективну немогућност да се одговори на све захтјеве. Ипак, треба истаћи напоре и допринос наведених институција у подизању свијести о укупном систему јавних набавки. *Друго*, непоштовање основних принципа јавних набавки од стране наручилаца и понуђача у пракси. Наиме, Закон о јавним набавкама се заснива на четири основна начела – начелу економичности и ефикасности употребе јавних средстава (чл. 5), начелу обезбјеђивања конкуренције (чл. 6), начелу транспарентности поступка јавне набавке (чл. 7) и начелу равноправности (чл. 8). Тако на примјер, код начела економичности и ефикасности употребе јавних средстава, због природе грађевинских радова и услуга, укупна процијењена вриједност често буде премашена, а обзиром да наручиоци не специфицирају адекватно потребне радове и услуге, понуда буде јефтинија у тренутку достављања, а на крају се испостави скупљом од осталих. Кршење начела равноправности понуђача у пракси се огледа у чињеници да поједине понуђачи имају монополски положај у поступцима јавних набавки. Слично наведеном, начело транспарентности у пракси се непоштује када, на примјер, одређени наручилац, због природе радова, предвиди преговарачки поступак, без претходног објављивања позива за јавно надметање. У крајњем, начело равноправности се може прекршити на начин што потенцијални понуђачи немају равноправан третман у смислу доступности релевантним информацијама. *Треће*, коришћење дискреционог права наручиоца да сам одреди врсту поступка јавне набавке у складу са вриједносним разредом. У пракси се дешава да понуђачи бирају преговарачки поступак без претходног објављивања позива за јавно надметање, што угрожава развој конкурентности.²³ *Четврто*, питање доказивања испуњености обавезних и факултативних услова у поступку јавне набавке. Један од обавезних услова за учешће у поступку јавне набавке је доказ о регистрацији код органа надлежних за регистрацију (чл. 66 ст. 1 ЗЈН). У поступцима јавних набавки често се пријављују понуђачи

Поступајући по пресудама Управног суда, Државна комисија не мијења диспозитив својих одлука, већ отклања разлоге за поништење у погледу кршења правила управног поступка. Тако на примјер, пресудом Управног суда Црне Горе У. бр. 632/2012 од 21.12.2012. године поништено је Рјешење Комисије за контролу поступка јавних набавки број 313-2/2111 од 21.4.2011. године из разлога што је доношењем оспореног рјешења почињена битна повреда правила управног поступка, обзиром да је диспозитив рјешења у супротности са образложењем. Видјети детаљније: Рјешење Државне комисије за контролу поступка јавне набавке број УП. 0905-313/19-2011 од 18.1.2013. године. Доступно на адреси: <http://www.kontrola-nabavki.me>.

23 Детаљније о овом питању и могућим правним проблемима у пракси вид. Марија Величковић, „Изузетна хитност као основ за спровођење преговарачког поступка јавне набавке“, *Право и њивреда*, бр. 7–9/2012, стр. 630–654.

регистровани у Централном регистру привредних субјеката, чија основна ни претежна дјелатност не одговара опису дјелатности из поступка јавне набавке. Ова чињеница не би имала утицаја, да се често понуде не одбацују због непоштовања овог услова.²⁴ *Петто*, критеријуми за избор најповољније понуде. Без сумње, у пракси спровођења поступка јавних набавки може доћи до ситуације да се одређени понуђачи фаворизују, односно да се други дисквалификују, кроз (не)испуњавање наведених критеријума. *Шестто*, рад Комисија за отварање и вредновање понуда. Често у пракси спровођења поступака јавних набавки чланови наведених комисија нијесу довољно стручни да ефикасно изврше преглед, оцјену исправности и вредновање понуда. Наведена чињеница доводи до прихватање понуда понуђача које не задовољавају основне услове. У овом случају је важна улога, информисаност и заинтересованост осталих понуђача, да у другостепеном поступку пониште додијелену јавну набавку. Ипак, у пракси се дешава да јавна набавка буде рализована и уговор закључен са понуђачем који не испуњава услове у погледу исправности понуде. Два разлога могу да буду за ову ситуацију. Први, незнање чланова комисије за вредновање и отварање понуда и неразумијевања садржине ЗЈН.²⁵ Други, отвара се сумња у постојање корупције, што је тешко доказиво. *Седмо*, недовољно познавање закона од стране понуђача и њихова необавијештеност о правима из праксе. Ова чињеница доводи до двије ситуације у пракси које су подједнако лоше: 1) некада се не користе права из закона и у случајевима када су прекршена, 2) када се предвиђена права користе, врше се без правног основа, па захтјеви често буду одбијени.²⁶ На-

24 Посебно је у пракси спровођења јавних набавки, чији је предмет извођење грађевинских радова, споран други обавезни услов – дозволе, лиценце, одобрења, односно други акти у складу са законом. За грађевинске радове надлежни орган је Инжењерска комора Црне Горе, која издаје све неопходне лиценце за извођење грађевинских радова. Ипак, у пракси одређен број наручилаца „жмури“ пред овом клаузулом и дозвољава достављање различитих лиценци, које издају и други органи, чиме нарушава начело равноправности учесника у поступку. Такође, у пракси забуну изазива и примјена одредбе о доказима о стручно-техничкој и кадровској способности у поступку јавне набавке радова.

25 Као очигледан примјер за наведену ситуацију наводимо рјешење Државне комисије за контролу поступка јавних набавки бр. УП. 0903-334/2-2012, од 9.11.2012. године којим је поништена Одлука главног града Подгорица о избору најповољније понуде, као и Записник о прегледу, оцјени и вредновању понуда. Наиме, након жалбе једног од понуђача, утврђено је да *најповољнија* понуда није исправна, јер није исказана словима. У овом случају, наручилац је, умјесто да аутоматски одбије понуду као неисправну, (што је у складу са чл. 84 ст. 3 и 100 ст. 1 ЗЈН), тражио појашњење понуде и тако прекршио закон оцјењујућу неисправну понуду као исправну.

26 Примјери за ову ситуацију се случајеви када достављена копија не одговара њеном оригиналу. Наиме, у пракси се дешава ситуација да понуђач не достави копију која одговара оригиналу и да се на одлуку комисије о одбацавању понуде као неисправне подне жалбу. Ова апсурдна ситуација говори о недовољном познавању природе

ведено је значајно, јер жалбени поступак представља трошак за понуђаче, пошто се разматрање поступка од стране Комисије за контролу поступка јавних набавки плаћа у износу од 1% укупне вриједности јавне набавке. Осмо, питање средстава финансијског обезбјеђења (гаранција) у поступцима јавних набавки. За понуђаче гаранција је трошак, а за наручиоца сигурност. Обзиром на честу високу процијењену вриједност јавне набавке, висок је и износ трошка (новца) који понуђачи депонују као гаранцију код банке, на посебном рачуну, а којим се не може располагати до истека поступка. Из угла економске логике понуђача, ово представља баријеру која смањује његову ликвидност и конкурентност. *Девеиџо*, пробијање рокова и непоштовање осталих уговорних обавеза. Ово питање је посебно важно у грађевинском сектору, због сложености обавеза које преузимају грађевинске компаније. *Десеиџо*, постојање случајева када се прихвата понуда одређених понуђача, која није у складу са позивом за јавно надметање. *Једанаестиџо*, дуго трајање поступка које онемогућава реализацију планова наручилаца. У неким случајевима се дешава да након исцрпљивања свих расположивих правних средстава поступак буде враћен на почетак, што наноси штету наручиоцу. Ово питање је важно и из економског угла.²⁷ *Дванаестиџо*, дозвољавање да понуђачи диктирају услове јавне набавке. У неким случајевима, понуђачи условљају своју понуду плаћањем аванса у одређеном износу, иако није предвиђено тендерском документациом. На тај начин сами одређују услове плаћања у поступку јавне набавке. На жалост, такве понуду некада су вредноване као исправне и најповољније.²⁸ *Тринаестиџо*, непоштовање формалности приликом састављања понуде. Управо је непоштовање тих ситних формалности разлог за одбијање

поступка јавних набавки од стране понуђача. Тако на примјер, Комисија за контролу поступка јавних набавки је као неосновану одбила жалбу понуђача Грифон доо Подгорица, на Рјешење Економског факултета у Подгорици.

- 27 Као примјер се може навести поступак јавне набавке у случају Дирекције за саобраћај по позиву број 01/11 од 21.1.2011. године или Дирекције за јавне радове по позиву број 01-104-11 од 22.9.2011. Наиме, након исцрпљивања свих правних механизма (приговор наручиоцу, жалба Комисији за контролу поступка јавних набавки, жалба на Одлуку Комисије, поступак пред Комисијом на основу Пресуде Управног суда), поништено је јавно надметање и предмет враћен на поновни поступак и одлучивање. Вид. Рјешења Државне комисије за контролу поступка јавне набавке број УП 0905-313/19-2011 од 18.1.2013. године и УП 0905-20/1-2012 од 28.12.2012. године.
- 28 На примјер, Државна комисија за контролу поступка јавних набавки је 27.7.2012. године донијела рјешење којим је усвојена жалба понуђача Монтинг доо Пљевља и поништена Одлука Општине Пљевља о избору најповољније понуде. У овом случају наручилац је као најповољнију изабрао понуду привредног друштва „Хидрограђевинар“ доо, иако је садржала одредбу о авансном плаћању у износу од 40%, што није предвиђено позивом за јавно надметање. Вид. Рјешење Државне комисије за контролу поступка јавне набавке бр. УП 0903-184/2-2012 од 27.7.2012. године.

понуђача, али и за њихово незадовољство у вези са примјеном система јавних набавки. Те формалности се односе на начин исказивања понуде, стављање печата, увезивање понуде, нумерисање сваке стране и сл.²⁹ Зато је у будућем периоду потребно радити и на стручној едукацији у овој области. Једно од потенцијалних рјешења за превазилажење свих наведених проблема представља и могућност ангажовања стручних лица од стране понуђача у поступцима јавних набавки. Ипак, оно што у овој области највише може да забрињава је чињеница да ни правничка јавност о овој области није довољно едукована.³⁰

V Закључне напомене

На основу свега наведеног у раду, може се закључити да се област јавних набавки у Црној Гори још увијек налази у фази развоја, те да се овом питању мора посветити значајна пажња у будућности. Укупан систем јавних набавки у Црној Гори значајно је унапријеђен усвајањем новог Закона о јавним набавкама. Ипак, уочени проблеми у примјени овог правног акта, који су дијелом анализирани у овом раду, представљају баријеру која утиче на конкурентност привреде. Без сумње, кроз даље унапређење система јавних набавки држава може да утиче на побољшање укупне конкурентности. У том смислу, позитивни кораци који су направљени усвајањем новог закона, треба да буду настављени кроз његово спровођење и корекцију уочених проблема из праксе. На крају, до унапређења система јавних набавки у будућем периоду ће, без сумње, довести и процес придруживања Црне Горе ЕУ. И то не само кроз хармонизацију са правом ЕУ, већ и кроз обезбјеђење примјене закона у националној пракси.

29 Ово је био један од највећих проблема у спровођењу новог закона у првом периоду. Ипак, након одговарајућих тумачења надлежних органа смањени су случајеви одбацивања понуде због наведених разлога.

30 У пракси рада Комисије постоји интересантан случај у којем је поништен поступак јавне набавке ЈП Национални паркови Црне Горе, јер је у жалбеном поступку утврђено да двије достављене понуде нијесу формално исправне. Предмет јавне набавке била је услуга заступања наручиоца у свим предметима пред судовима и државним органима у Црној Гори. Прва понуда је била неисправна јер није испоштован чл 84 ст. 1 према којем понуђач доставља понуду са цијеном израженом у еурима са посебно исказаним порезом на додату вриједност. Код другог понуђача, између осталог, утврђено је да за доказивање испуњености услова да је регистрован за обављање дјелатности која је предмет јавне набавке, доставио доказ који је више од шест мјесеци старији до дана јавног отварања понуда. Вид. Рјешење Државне комисије за контролу поступка јавних набавки бр. УП 0904-255/3-2012 од 21.9.2012. године.

Mijat JOCOVIĆ, PhD
Assistant Professor at the Faculty of Economics University of
Montenegro

CURRENT PROBLEMS IN THE IMPLEMENTATION OF THE LAW ON PUBLIC PROCUREMENT IN MONTENEGRO

Summary

In Montenegro are rare laws whose adoption and implementation caused so much attention and controversy, as was the case with the Law on Public Procurement. On the one hand, government representatives are calling for its full compliance with the EU directives and international practice, but on the other hand, representatives of industry and certain purchasers criticize a significant number of solutions. The aim of this paper is to highlight the importance of having public procurement and to highlight some of the problems faced by suppliers in public procurement in Montenegro. The author points out that the public procurement system in Montenegro is improved, but that the government must be prepared to change the legal framework in areas that are an obstacle to the realization of the objectives of public procurement.

Key words: *public procurement, suppliers, purchasers, Montenegro, European Union.*

Марија ВЕЛИЧКОВИЋ, мастер
заменик директора Агенције за јавне набавке – Град Београд

КОНКУРЕНТНИ ДИЈАЛОГ У ЈАВНИМ НАБАВКАМА

Резиме

Како би допринеле ојоравку националне привреде у светлу велике економске кризе, владе многих држава прибећавају реформама различитих категорија. На путу ка економском ојоравку, државе се прво у главном окрећу реформи јавног сектора, посебно оног његовог дела који има изузетан утицај на привреду. У оквиру тога, реформа система јавних набавки постаје незаобилазна станица. У тежњи за економским ојоравком, усвајањем новог Закона о јавним набавкама и Република Србија недавно је кренула у том правцу. Поред великог броја антикорупцијских одредаба, тежње за централизацијом уз истовремено подстицање развоја предузетника и малих правних лица као носилаца привреде, а посебно тежње ка хармонизацији са комунићарним правом у овој области, нови Закон о јавним набавкама обогатио је српско право јавних набавки новим врстама процедура који се у земљама чланицама Европске уније, са мање или више успеха, одавно примењују. Један од њих је и конкурентни дијалог. У овом чланку, аутор се бави анализом конкурентног дијалога као најсложеније процедура јавне набавке, његовим особеностима у материјалном и процедуралном смислу, његовим предностима и недостацима, као и ризицима са којима се српски наручиоци и понуђачи могу сусретати током његове примене.

Кључне речи: *јавне набавке, реформа система јавних набавки, конкурентни дијалог.*

I Увод

Конкурентни дијалог представља посебну, изузетну врсту поступка јавне набавке који је на нивоу Европске уније уведен као резултат потребе за модернизацијом и већом флексибилношћу строге процедуре у случајевима нарочито сложених пројеката. У материји јавних набавки отворени поступак представља правило. Са њим је данас изједначен и рестриктивни поступак.¹ Обе врсте поступака представљају вид процедура које се могу спроводити без испуњавања неких посебних услова који се захтевају за спровођење других врсти поступака јавних набавки. У односу на ове поступке, преговарачки поступак представља, како за наручиоце земаља чланица Европске уније, а тако и за српске наручиоце, изузетну врсту поступка, из разлога што се ради о поступку који је се одликује одсуством транспарентности, конкуренције, постојањем ризика од неједнаког третмана понуђача и простора погодног за разне злоупотребе, услед чега слобода наручиоца у поступању бива ограничена у смислу да је спровођење наведеног поступка јавне набавке резервисано за тачно одређене случајеве.² Изузетна природа преговарачког поступка, таксативно наведени случајеви у којима је допуштено његово спровођење с једне стране и развој јавно-приватних партнерстава с друге стране, утицали су да се на нивоу Европске уније креира једна нова процедура јавних набавки која је као и преговарачки поступак изузетна, али која може да покрије и оне случајеве који се у пракси нису могли подвести под отворени или рестриктивни поступак, нити су представљали један од оних случајева подобних за спровођење преговарачког поступка јавне набавке. Тако је Директивом ЕУ 2004/18/ЕЗ конкурентни дијалог уведен и дефинисан као поступак у којем било које заинтересовано лице може захтевати да учествује и где наручилац води дијалог са свим кандидатима у циљу развоја једне или више алтернатива способних да задовоље његове захтеве, а на основу које су изабрани кандидати позвани да поднесу понуду.³ Директива прецизира

1 До усвајања Закона о јавним набавкама (*Службени гласник Републике Србије*, бр. 124/2012, даље у фуснотама: ЗЈН РС), који је почео да се примењује 1. априла 2013. године, у Републици Србији отворени поступак представљао је основни и редован поступак, док је рестриктивни поступак могао да се примењује само у одређеним случајевима, уз испуњење тачно одређених услова. Нови ЗЈН РС изједначио је рестриктивни поступак са отвореним, а у циљу хармонизације са директивама ЕУ које регулишу област јавних набавки.

2 Више о преговарачком поступку јавне набавке види: Марија Величковић, *Вођич кроз преговарачки процес јавне набавке*, Службени гласник, Београд, 2012; Марија Величковић, „Изузетна хитност као основ за спровођење преговарачког поступка јавне набавке“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2012, стр. 633.

3 Члан 11, тачка 11, параграф 9 Директиве ЕУ о координацији поступака за доделу јавних уговора о радовима, добрима, која је припремљена на основу искуста-

да је за спровођење овог поступка неопходно да се ради о нарочито сложеним пројектима, где се даље наводи на шта се та нарочита сложеност пројекта може односити.

Истоветно овом решењу српски Закон о јавним набавкама, конкурентни дијалог дефинише као поступак у којем сва заинтересована лица могу поднети пријаву, а са лицима којима призна квалификацију (кандидати) наручилац води дијалог ради проналажења решења које ће задовољити његове потребе, позивајући кандидате да поднесу понуде на основу усвојеног, односно усвојених решења.⁴ Закон даље, аналогно решењу Директиве 2004/18/ЕЗ прецизира да наручилац може спроводити конкурентни дијалог у случају када је предмет јавне набавке нарочито сложен, тако да се уговор о јавној набавци не може закључити применом отвореног или рестриктивног поступка.⁵

Конкурентни дијалог уведен је у српско право јавних набавки недавно, усвајањем новог Закона о јавним набавкама, али не као резултат потребе за модернизацијом и већом флексибилношћу, већ као резултат хармонизације домаћих прописа са комунитарним правом у овој области, а у оквиру процеса евроинтеграција.

II Правни основ за коришћење конкурентског дијалога

Grosso modo, са становишта посебних услова чија би се испуњеност захтевала за спровођење појединог поступка, све врсте поступака јавне набавке могле би се поделити на стандардне, условно стандардне и изузетне. Стандардне, односно основне врсте поступка не захтевају испуњеност неких посебних услова за њихово спровођење. То су поступци где свако заинтересовано лице може учествовати и где спадају, као што је већ поменуто, отворени и рестриктивни поступак јавне набавке. Насупрот овим стандардним процедурама, налазе се изузетни поступци јавних набавки, који захтевају испуњеност посебних услова за њихово спровођење, чије је спровођење повезано са одређеним ризицима, те се могу изузетно и спроводити и који отуда подлежу посебном виду контроле. У ову групу сврставају се преговарачки поступак јавне набавке (са или без објављивања позива за подношење понуде) и конкурентни дијалог. Остале врсте поступка условно се могу назвати

ва Европског суда правде, односно пресуда овог Суда у области јавних набавки (Directive 2004/18/EC of the European parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts, *Official Journal of the European Union*, L 134, 30/04/2004; даље у фуснотама: Директива 2004/18/ЕЗ).

4 Члан 3, став 1, тачка 19 ЗЈН РС.

5 Члан 37, став 1 ЗЈН РС.

стандардним из разлога што њихово спровођење нема атрибут изузетности, који је карактеристичан за преговарачки или поступак конкурентног дијалога, али који нису ни чисто стандардни јер се за њихово спровођење ипак захтева испуњеност одређених услова, који су пак по значају мањи од оних који се захтевају за изузетне врсте поступка. Ту спадају на пример поступак јавне набавке мале вредности или квалификациони поступак.

Строги услови чија се испуњеност захтева за спровођење конкурентног дијалога квалификују га у групу изузетних поступака јавне набавке.⁶

У складу са решењем које је предвиђено Директивом 2004/18/ЕЗ,⁷ Закон о јавним набавкама предвиђа низ услова чија се испуњеност захтева за његово спровођење. По слову закона, услови за спровођење конкурентног дијалога постављени су кумулативно и тичу се нарочите сложености предмета јавне набавке, немогућности да се добро, услуга или радови набаве применом отвореног или рестриктивног поступка и постојање претходне сагласности Управе за јавне набавке.⁸

1. Нарочита сложеност предмета јавне набавке

Закон о јавним набавкама у својим одредбама предвиђа шта се сматра нарочито сложеним предметом јавне набавке односно прецизира да се сматра да је предмет јавне набавке нарочито сложен ако наручилац објективно није у могућности да одреди:

- 1) техничке спецификације предмета јавне набавке;
- 2) правну, односно економску структуру јавне набавке.⁹

Додатно, услов нарочите техничке, правне или финансијске сложености предмета јавне набавке постављен је на начин да се налази у

6 На основу одредаба Директиве 2004/18/ЕЗ не може се са сигурношћу утврдити да ли конкурентски дијалог има третирати као изузетна врсту поступка или не, што је, како се истиче, од значаја код тумачења одређених одредби Директиве 2004/18/ЕЗ. Више о томе види: Sue Arrowsmith (editor), *EU Public Procurement Law: an Introduction*, University of Nottingham, 2011, стр. 186.

7 Члан 11, тачка 11, параграф 9, алинеја 1 и 2 Директиве 2004/18/ЕЗ.

8 Сагласно члану 135 ЗЈН РС, Управа за јавне набавке је посебна организација која врши надзор над применом Закона, доноси подзаконске акте и обавља стручне послове у области јавних набавки, прати спровођење поступака јавних набавки, контролише примену појединих поступака, управља Порталом јавних набавки, припрема извештаје о јавним набавкама, предлаже мере за унапређење система јавних набавки, пружа стручну помоћ наручиоцима и понуђачима, доприноси стварању услова за економичну, ефикасну и транспарентну употребу јавних средстава у поступку јавне набавке.

9 Члан 29, став 2 ЗЈН РС.

узрочно-последичној вези са условом немогућности да се уговор о јавној набавци закључи применом отвореног или рестриктивног поступка.¹⁰ Другим речима, није довољно да је предмет јавне набавке нарочито сложен у смислу да наручилац не може одредити техничке спецификације предмета јавне набавке или правну односно економску структуру исте, него је неопходно да наручилац услед тога не може да спроведе отворени или рестриктивни поступак јавне набавке, односно да између ове његове немогућности и нарочите техничке, правне или економске сложености предмета постоји узрочна веза.

а) Техничка сложеност предмета јавне набавке

За разлику од решења постављеног у домаћем законодавству, по којем техничка сложеност постоји ако наручилац објективно није у могућности да одреди техничке спецификације предмета јавне набавке, Директива 2004/18/ЕЗ техничку сложеност дефинише другачије, јер предвиђа да техничка сложеност постоји ако наручилац објективно није у могућности да одреди техничке спецификације¹¹ које би задовољиле његове потребе.¹² Овде се разликују у ствари две ситуације.

Прва је када наручилац објективно није у могућности да одреди и дефинише техничке спецификације предмета јавне набавке, док је друга ситуација, иначе више вероватно, а коју наш законодавац није предвидео, када наручилац не може да утврди која од више могућих алтернатива, представља решење најбоље за задовољење његовог циља односно потреба.

С тим у вези, школски пример у коме би употреба овог поступка била оправдана, била би ситуација када постоји потреба решавања проблема свакодневног превоза око 800 људи са једне обале реке на другу, а наручилац не зна који би начин био најадекватнији да се постигне наведено, односно не зна да ли је боље да се ту изгради на пример мост или је корисније да се организује превоз бродом или можда постоји неко боље решење. У оваквим ситуацијама, коришћење конкурентног дијалога било би оправдано, јер би тада наручилац био у ситуацији да се посредством дијалога упозна са предлозима и могућим решењима која ће понудити компаније које имају искуства у предметној области.¹³

Други пример била би набавка радова на спортском или другом објекту, а ради уштеде енергије за грејање санитарне воде, а у циљу

10 Члан 29, став 1 ЗЈН РС.

11 Онако како су техничке спецификације наведене у одредбама Директиве 2004/18/ЕЗ, конкретно у члану 23, тачка 3, параграф 6, ц, д.

12 Члан 11, тачка 11, параграф 9, алинеја 1 Директиве 2004/18/ЕЗ.

13 М. Величковић, *нав. дело*, стр. 61–62.

повећане енергетске ефикасности објекта и то путем коришћења соларних панела. У тој ситуацији наручилац жели да добије вредност за новац путем иновативних решења привредних субјеката, а обзиром да сам зна да је његов циљ постизање енергетске ефикасности објекта, али не зна који је најбољи, најадекватнији и најекономичнији начин да се тако нешто уради или не зна каква решења у тој области постоје, када ће позвати сва заинтересована лица да поднесу пријаве и са којима ће након квалификације водити дијалог о њиховим предлозима. Тако, у току дијалога наручилац, на пример, може одредити да су два решења подобна да задовоље његове потребе и то на пример: „мобилни соларни панели“ који се крећу у правцу кретања сунца, који се налазе испред објекта, а са њиме су повезани или се налазе на кровној површини објекта и друго решење у виду „фиксних соларних панела“ који ће бити постављени на кровној површини објекта, након чега ће у фази коначних понуда применити критеријум за оцену понуда и исте рангирати. У том случају, рангирање се може извршити на бази елемената критеријума попут на пример: цене, рока за извођење радова на постављању панела, уштеде електричне енергије у једном односно у другом случају. У овој ситуацији, јасно је да наручилац не може имати у моменту покретања поступка све техничке спецификације, али је зато у прилици да се изјасни шта жели да постигне, шта је његов циљ, када даје опис ситуације, а на бази података којима располаже.

б) Правна и финансијска сложеност предметна јавне набавке

Што се тиче сложености у правном или финансијском смислу, она подразумева све ситуације услед којих се не могу одредити битни елементи будућег уговора, концепција уговора, односно ситуације где се у фази покретања поступка не може дефинисати будући правни однос између наручиоца и привредног субјекта. Правна и финансијска сложеност најчешће се јављају у вези са концесијама и јавно-приватним партнерствима. Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама Републике Србије¹⁴ предвиђа да је поступак избора приватног партнера поступак јавне набавке одређен законом којим се уређују јавне набавке или поступак давања концесије одређен овим законом,¹⁵ док јавни уговор дефинише као уговор о јавној набавци или као уговор о концесији.¹⁶ Отуда, нема сумње да ће конкурентни дијалог као врста поступка јавне набавке, а истоветно поступању наручиоца земаља чланица Европске

14 Службени гласник Републике Србије, бр. 88/2011 (даље у фуснотама: ЗЈППК).

15 Члан 20, став 1 ЗЈППК.

16 Члан 20, став 2 ЗЈППК.

уније и у Републици Србији бити коришћен у области јавно-приватног партнерства.¹⁷

У пракси европских наручилаца, правна односно финансијска сложеност представља је разлог и оправдање за спровођење конкурентног дијалога онда када је било потребно на пример, реконструисати школу или неки други објекат уз истовремено лимитирање трошкове таквог пројекта у што већој мери, дозвољавајући при том привредним субјектима да предложе различите начине накнаде, попут на пример давањем земље која припада наручиоцу на коришћење привредном субјекту у различите сврхе (нпр. за изградњу стамбених или спортских објеката) уз одређену накнаду или без ње.¹⁸

Други пример који се много чешће јавља као оправдање за спровођење конкурентног дијалога јесу пројекти у којима наручилац жели да има на располагању објекат (школу, болницу, затвор, итд.) који ће привредни субјекат финансирати и изградити, али који ће након изградње њиме и управљати у одређеном смислу (нпр. пружаће услуге обезбеђења, текућег одржавања, угоститељске услуге, итд), често за правично дуг период.¹⁹ Правно или финансијско постављање и решавање ситуације је често у оваквим случајевима веома комплексно и несумљиво представља разлог који оправдава спровођење конкурентног дијалога.²⁰

2. Претходна сагласност Управе за јавне набавке

Поред нарочите сложености предмета јавне набавке и немогућности да се услед тога уговор закључи применом отвореног или рестриктивног поступка јавне набавке, Закон о јавним набавкама поставља још један услов који, у погледу ове врсте поступка, није својствен правној регулативи земаља чланица ЕУ. Постојање сагласности Управе за јавне набавке,²¹ а пре покретања самог поступка, представља још једану до-

17 Више о јавно-приватним партнерствима види: Светислав Табороши, „Логички основи Закона о јавно-приватном партнерству“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2012, стр. 583–595.

18 European Commission, Directorate general internal market and services, Explanatory Note – Competitive dialogue – Classic directive, (даље у фуснотама: EC – Explanatory Note – Competitive dialogue – Classic directive), доступно на интернет страни: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-dialogue_en.pdf, стр. 3.

19 EC – Explanatory Note – Competitive dialogue – Classic directive, стр. 4.

20 Више о конкурентском дијалогу на нивоу ЕУ и у Великој Британији, где је његова примена и најчешћа види: Sue Arrowsmith, Steen Treumer, *Competitive Dialogue in EU Procurement*, Cambridge University Press, 2012.

21 Члан 29, став 17 ЗЈН РС.

датну чињеницу услед које се овај поступак има сматрати изузетним²² али и вид *ex ante* контроле, што међутим, није усамљени случај, обзиром да се исти начин поступања предвиђа и у случајевима преговарачког поступка без објављивања позива за подношење понуда,²³ а из разлога постојања високог ризика од злоупотреба.²⁴ Отуда дакле, није довољно да наручилац сматра да је предмет јавне набавке нарочито сложен, већ је неопходно да наручилац то и докаже Управи за јавне набавке. Закон прописује обавезу за наручиоца да, пре доношења одлуке о покретању поступка, прибави од Управе за јавне набавке сагласност за спровођење конкурентног дијалога, а уз обавезу да у захтеву за сагласност наведе и све околности које оправдавају употребу конкурентног дијалога и уз обавезу прилагања доказа.²⁵

Условљавање претходног покретања поступка сагласношћу Управе за јавне набавке треба да спречи ситуације фразулозног избегавања спровођења отвореног или рестриктивног поступка, уз истовремено преваљивање терета одговорности у погледу постојања правног основа за спровођење конкурентног дијалога са наручиоца на Управу за јавне набавке.

III Начин вођења конкурентног дијалога

Конкурентни дијалог представља најсложенији и најдуготрајнији поступак јавне набавке. Иако се овај поступак заснива на начелима транспарентности, економичности и ефикасности, једнаког третмана и забране дискриминације, он представља поступак који је са становишта корупције и злоупотреба у јавним набавкама, најризичнији. Одговор на питање: зашто је то тако, не лежи само у условима за његову примену, већ и у самом начину спровођења. Наиме, тежња за флексибилношћу у поступку конкурентног дијалога утицала је да решења Директиве 2004/18/ЕЗ, а самим тим и Закона о јавним набавкама која се односе

22 Иначе, одредбе Директиве 2004/18/ЕЗ које регулишу конкурентски дијалог не постављају овакав услов, односно не условљавају покретање овог поступка претходном сагласношћу органа сличног Управи за јавне набавке. Овакво решење у домаћем закону резултат је потребе за превенцијом и спречавањем великог броја злоупотреба које се везују за област.

23 Члан 36, став 2 ЗЈН РС.

24 Претходно важећи Закон о јавним набавкама (*Службени гласник Републике Србије*, бр. 116/08), искључио је овакав начин контроле наручиоца у случајевима преговарачког поступка, из разлога што се давање дискреције у одлучивању Владином телу показало неефикасним и неделотворним, више о томе види: Саша Варинац, Милица Савић, Ђорђе Белензада, *Нови Закон о јавним набавкама са коментаром*, Београд, 2009, стр. 55–56.

25 Члан 37, став 17 и 18 ЗЈН РС.

на начин његовог спровођења, оставе велику слободу у спровођењу и велики простор наручиоцима за дискреционо одлучивање.²⁶

Сам начин спровођења одликује се низом специфичности, услед којих се овај поступак не може поредити са другим поступцима јавних набавки, иако се у неким његовим сегментима приближава рестриктивном, а посебно преговарачком поступку јавне набавке, тако да се у теорији налази мишљење по којем овај поступак, а обзиром на неке његове елементе, представља у ствари компромис рестриктивног и преговарачког поступка.²⁷

У поређењу са преговарачким и рестриктивним поступком, а који се одвијају у две фазе, овај поступак се спроводи у најмање три фазе, где разликујемо: фазу селекције односно квалификације, фазу дијалога и фазу коначних понуда, с тим што и сама фаза дијалога може бити више-фазна, а у циљу смањења броја решења о којима ће се водити дијалог и под условом да је наручилац тако нешто одредио у позиву за подношење понуда и конкурсној документацији.

Прва фаза – фаза селекције може се назвати и фазом квалификације кандидата, обзиром да иста почиње објављивањем позива за подношењем пријава упућеног свим заинтересованим лица, а завршава се одлуком о признавању квалификације оним подносиоцима пријава који су испунили услове постављене у конкурсној документацији. Овде се конкурентни дијалог приближава рестриктивном поступку, с обзиром на позив и подношење пријава, а не понуда и с обзиром на фазу квалификације кандидата, где се само квалификовани позивају на учествовање у следећој фази – фази дијалога.

Другу фазу карактерише вођење дијалога и оцена изнетих предлога и решења. Наручилац води дијалог са свим подносиоцима пријава којима је признао квалификацију, дакле кандидатима у циљу проналажења решења која ће задовољити његове потребе.²⁸ У овој фази конкурентни дијалог приближава се преговарачком поступку, али је разлика у томе што овде нема преговарања у смислу измене понуда као код преговарачког поступка, јер понуде у овој фази и нема. Дијалог се води у правцу постизања најадекватнијег решења и све док наручилац не препозна решење, односно решења која могу задовољити његове потребе. Наручиоци могу предвидети позивом за подношење понуда и конкурсном документацијом да се поступак спроводи у више фаза у циљу

26 Више о начину вођења конкурентског дијалога види: Christopher H. Bovis, *EU Public Procurement Law*, Edward Elgar Publishing, 2007, стр. 237–241.

27 Биро за јавни набавки, *Конкурентен дијалог*, Министерство финанси Републике Македоније и USAID, стр. 7.

28 Члан 37, став 6 ЗЈН РС.

смањења броја решења о којима ће се водити дијалог, у ком случају број кандидата у фази дијалога не може бити мањи од три, осим уколико се пријави мањи број заинтересованих лица.²⁹

Што се тиче саме технике вођења дијалога, примећује се велика слобода и флексибилност за наручиоце, обзиром да ни Директива 2004/18/ЕЗ, а ни Закон о јавним набавкама не регулишу начин вођења дијалога, већ одређују да наручилац дијалог води док не препозна решење, односно решења која могу задовољити његове потребе. Отуда се приликом вођења дијалога наручилац може одредити да се дискусија води усмено или да се подносе писани предлози, или да се дијалог води на начин да се кандидати позивају да предлог решења учине адекватнијим, а на бази сугестија самог наручиоца.³⁰

На пример, неки кандидати могу променити свој првобитни предлог у конкурентном дијалогу за набавку смештаја медицинског особља, где су у свом предлогу за смештај укључили различите услуге попут угоститељских услуга или услуга боравишта за децу медицинског особља. Наручилац тада може наћи да су овакве услуге неприоритетне или су нижег приоритета тако да може предложити кандидатима да своје иницијалне предлоге измене на начин да искључе неке или све од понуђених додатних услуга уз услугу смештаја медицинског особља.³¹

Поред овога, интересантна је обавеза вођења дијалога одвојено. Закон о јавним набавкама прописује обавезу да наручилац води дијалог са кандидатом само о решењу које тај кандидат нуди и истовремено му забрањује да осталим кандидатима открије решење које је понудио поједини кандидат, као и друге информације које се тичу понуђеног решења неког од кандидата, док Директива 2004/18/ЕЗ предвиђа да наручилац ипак може кандидатима откривати податке које се односе на предложена решења и поверљиве информације других учесника дијалога, али једино уколико за то наручилац има сагласност кандидата чије је решење односно поверљива информација у питању.³²

Иако је у току дијалога наручилац дужан да осигура једнак третман свих понуђача, пружајући свима исте информације, које не сме износити на дискриминаторски начин, дајући предност неким у односу на друге, сам дијалог даје велика дискрециона овлашћења наручиоцу,

29 Члан 37, став 12 ЗЈН РС.

30 Имајући у виду одредбе ЗЈН РС које се односе на комуникацију у поступцима јавних набавки, конкретно члана 20, вођење дијалога усмено и у виду дискусија требало би избегавати, а у сваком случају би се усмени дијалог морао записнички констатовати.

31 S. Arrowsmith (ed.), *нав. дело*, стр. 188.

32 Члан 29(3) Директиве 2004/18/ЕЗ.

односно комисији за јавну набавку која овај поступак води. Ово посебно што наручилац води дијалог док не препозна решење, односно решења која могу задовољити његове потребе, уз могућност искључења кандидата, опет на бази дискреционе оцене поступајућег органа, а у вези тога шта је то што представља решење подобно да задовољи његове потребе. Отуда у теорији многи аутори говоре о чињеници да је тежња за флексибилношћу у поступању, нарочито у поступку конкурентног дијалога створила простор за противправно понашање.³³

Трећа фаза је фаза коначних понуда. Онда када наручилац препозна решење, односно решења која могу задовољити његове потребе, кандидати који нису искључени током дијалога, позивају се да поднесу коначне понуде, које се даље рангирају применом критеријума за оцену понуда који може бити само економски најповољнија понуда, што је специфичност карактеристична само за ову врсту поступка јавне набавке.

Критеријум економски најповољније понуде, као једини могући, не представља усамљену специфичност услед које се конкурентни дијалог издваја као јединствени поступак јавне набавке. Поред тога, у овом поступку наручилац уместо конкурсне документације, саставља описну документацију, што је разумљиво обзиром да наручилац у моменту покретања поступка јавне набавке нема јасну представу како да постигне одређени циљ односно како да реализује јако сложен пројекат и на најбољи начин задовољи потребе крајњих корисника, када и не може располагати подацима који су обавезни елементи конкурсне документације за друге врсте поступка, попут на пример, модела уговора и с њиме повезаног правног регулисања међусобних односа, дефинисања начина или услова плаћања, техничких спецификација, структуре цене итд., односно све оно услед чега наручилац није био у прилици да спроведе отворени или рестриктивни поступак јавне набавке.

Сам термин описна документација, треба да укаже на чињеницу да је реч о документу који садржи мање детаља, а више описа, а у односу на „нормалне“ спецификације,³⁴ односно у поређењу са моделима конкурсних документација стандардних на пример, за отворени или рестриктивни поступак јавне набавке.

Овакво разумљиво решење заступљено је у државама чланицама ЕУ, а на бази правилне имплементације одредаба Директиве 2004/18/ЕЗ у национално законодавство. Није међутим јасно, зашто наш законода-

33 Nikolas Dorn, Michael Levi, Simone White, „Do European procurement rules generate or prevent crime“, *Journal of Financial Crime*, Vol. 15 No. 3, 2008, стр. 243–260.

34 EC – Explanatory Note – Competitive dialogue – Classic directive, стр. 4, фус. бр. 9.

вац ово питање није уредио на идентичан начин, обзиром да у ниједној својој одредби не помиње описну документацију, већ само и једино конкурсну документацију. Надаље, Правилник о обавезним елементима конкурсне документације,³⁵ прецизира њене обавезне елементе и за конкуренти дијалог, где као неке од обавезних елемената предвиђа, на пример, и модел уговора или образац структуре понуђене цене, што представља управо оне правне односно финансијске моменте које наручилац није могао да одреди у моменту покретања поступка. Наиме, овакво решење могло би да буде оправдано, уколико је након фазе дијалога, само једно решење оцењено као адекватно односно уколико постоји само један кандидат који је понудио решење које је при том оцењено и као решење које задовољава потребе наручиоца. Обрнуто, одређивање модела уговора или обрасца структуре цене као обавезног елемента конкурсне документације не може бити реално решење у ситуацији када постоји већи број кандидата чија су решења адекватна са становишта задовољења потреба наручиоца, али су наравно различита, услед којих околности, на пример, исти модел уговора или образац структуре понуђене цене, не може да важи. Насупрот оваквом решењу, Директива 2004/18/ЕЗ, предвиђа да наручилац у фази дијалога може да одреди цену или плаћање учесницима,³⁶ не одређујући то као обавезу, а имајући у виду управо комплексност самог предмета и тежње за флексибилношћу.

IV Закључак

Данас нема сумње да државе широм света улажу велике напоре да постојеће системе јавних набавки усаврше. С тим у вези и питање константне реформе, као и тежње за проналаском савреног система јавних набавки уз искорењавање корупције, увек поседује обележје инхерентности и не губи на значају. Уведен као резултат тежње за већом флексибилношћу и модернизацијом, а највише ради примене у области јавно-приватних партнерства, поступак конкурентног дијалога је са становишта својих карактеристика, а нарочито сложености предмета мање погодан за „класичне јавне набавке“.

Чињеница да се искуством у спровођењу конкурентног дијалога не могу похвалити ни наручиоци земаља држава чланица, који су имали прилике да развију добру праксу за протеклих осам година од његовог увођења, не иде у прилог закључку да ће се српски наручиоци олако упустити у авантуру његовог спровођења, а посебно са становишта не баш

35 Службени гласник Републике Србије, бр. 29/13.

36 Члан 29, тачка 8 Директиве 2004/18/ЕЗ.

тако јасних прописа који овај поступак регулишу. Оне пак храбрије, на сваком углу сачекаће велики број антикорупцијских и казних одредаби, да их одврате од злоупотреба дискреционих овлашћења која им у току вођења овог поступка припадају.

Marija VELIČKOVIĆ, M.A.

Deputy Director at the Agency for Public Procurement, Belgrade

COMPETITIVE DIALOGUE IN PUBLIC PROCUREMENT

Summary

In order to contribute to the recovery of the national economy in the context of grand economic crisis, government of many countries go forward to various reforms. On the way of the economy recuperation, states priority is the public sector reform, in particular its part which has significant impact on economy. Within that, public procurement reform is inevitable destination. In that order, Republic of Serbia has recently adopted new Public procurement Law and moved in that direction. In addition to the big number of anticorruptive articles, tendency for centralizing with encouraging small and medium enterprises as base of economy at the same time, and the aspiration for harmonization with Community law in this area in particular, the new Public procurement law made Serbian public procurement law richer in some new species of procedures which have been applied for a long time in the European Union Member states, with more or less success. One of them is a competitive dialogue. In this article, the author deals with the analysis of the competitive dialogue as one of the most complex public procurement procedure, with its features in material and procedural sense, its advantages and disadvantages, and with the risks which will be the matter of the public authorities and the tenderers while they are applying it.

Key words: *public procurement, reform of public procurement system, competitive dialogue.*

РАДНО И СОЦИЈАЛНО ПРАВО

др *Стеван* ШОГОРОВ

редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду

О ПОЈМУ ПОСЛОПРИМЦА (ЗАПОСЛЕНОГ) У РАДНОМ ПРАВУ

Резиме

Аутор полази од констатације да је појам послопримца (зајосленог) централни појам радног права, јер се оно јавља и као посебно (заштитно) право радника. И поред таквог значаја, постоји не само терминолошка већ и појмовна неуједначеност при одређивању послопримца, како у законодавствима тако и у правној литератури. Аутор указује на потребу да се јасно разграничи појам послопримца у ширем и ужем смислу. У ширем смислу послопримац се може појмовно одредити као физичко лице које је у радном односу са било којим послодавцем. У том, ширем смислу, појам послопримца је идентичан појму зајосленог, тј. лица које има радни однос са послодавцем, што значи да обухвата не само послопримце (зајослене) у ужем смислу већ и службенике. Након анализе неопходних претпоставки, аутор дефинише послопримца (зајосленог) у ужем смислу као физичко лице које на основу приватноправног уговора о раду пружа редовно (континуирано) за другој самосталне радне задатке, уз накнаду (за зараду).

Кључне речи: радно право, уговор о раду, радни однос, послопримац (зајослени), службеник.

I Уводне напомене

Као што је познато, радно право се најједноставније може дефинисати као скуп правних норми којима се уређује укупност правних односа између послопримца (запосленог, радника) и послодавца, заснованих на уговору о раду. Предмет регулисања радног права као гране права су, сходно томе, пре свега радноправни односи (радни односи), као посебна врста друштвених односа. То подразумева не само правне норме којима се непосредно уређује радни однос већ и правне норме којима се уређује правни статус послодавца и послопримца (запосленог, радника) као субјеката тог односа.¹

Пошто норме радног права претпостављају постојање уговора о раду, то се радно право може, најпре, посматрати као *йосебно облигационо йраво*.² Начелно, за уговор о раду важе општи принципи уговорног права, пре свега принцип слободе уговарања (принцип аутономије воље). Међутим, за уговоре приватног права је карактеристично да се закључују између начелно равноправних страна. Та претпоставка код уговора о раду је, међутим, тешко одржива. Напротив, редовно је у овом правном односу послодавац јача, а послопримац слабија страна. Поред тога, закључењем уговора о раду послопримац постаје и социјално зависан од послодавца јер се не само обавезао на извршавање будућих налога послодавца, већ је изгубио и могућност да у будућности, за време трајања уговора о раду самостално, предузетнички делује.³ Због тога постоји потреба да се послопримац додатно заштити законским и другим прописима. Овај други, јавноправни скуп прописа битно коригује уговорно-облигациони карактер радног права. Због тога се у упоредном праву радно право дефинише и као *йосебно (заштйиийно) йраво радника*.⁴

Да би неки правни однос спадао у радно право, он мора бити заснован на уговор о раду. Нужно је, дакле, да су се при закључењу овог уговора две стране јавиле у улози послопримца (радника) и послодавца, а не у некој другој улози (а не на пр. у улози продавца и купца). То,

1 Предмет радног права као гране права се може схватити и шире, „као скуп правних норми којима се регулише настанак, садржина и престанак радног односа, као и правни положај субјеката радног права (послодавца, радника, органа запослених, синдиката, државе, завода за запошљавање, фонда социјалног осигурања, инспекције рада и др)“. Боровоје Шундерић, *Радно йраво*, 4. издање, Београд, 2011, стр. 15.

2 Упор. Wilhelm Dütz, Gregor Thüsing, *Arbeitsrecht*, 17. Auflage, München, 2012, стр. 1.

3 *Ibidem*.

4 Alpmann Schmidt, *Arbeitsrecht*, 19. Auflage, Münster, стр. 4.

међутим, не значи да у радно право спадају само правни односи регулисани уговором о раду. Напротив, уговор о раду је само општа правна претпоставка за примену свих норми којима се у правном систему уређују односи између послопримца и послодавца. Те норме једним делом непосредно произлазе из уговора о раду, али другим делом то су и норме закона, подзаконских акта, колективних уговора и других извора радног права. Међутим, непосредан услов за примену ових других, вануговорних норми, како је речено, је да су две уговорне стране закључењем уговора о раду стекле својство послопримца и послодавца.

Како се види, централни појам радног права је појам послопримца. За сваки правни однос који настаје поводом рада неопходно је утврдити да ли се у њему неко лице јавља као послопримац (радник). Ако неко лице има такво својство, онда је релативно једноставно наспрам њега утврдити послодавца, тј. лице наспрам кога радник стиче права и обавезе.

II Послопримац – запослени – службеник

У радном праву, како у законодавствима тако и у литератури, влада поприлична неуједначеност у погледу идентификације и означавања послопримца као друге уговорне стране наспрам послодавца код уговора о раду, и тиме као друге стране у радноправном односу. Ова неуједначеност, понекад и конфузија, делом је термилошке а делом и појмовне природе. Отуда је за примену кључних норми радног права од изузетног значаја што прецизније појмовно одређење, а затим и доследно термилошко означавање, обеју страна у радноправном односу. Нарочито је при томе значајно да се јасно идентификује послопримац, тј. страна која „изнајмљује, на неодређено или одређено време, своје радне способности послодавцу, који му, за узврат, плаћа одређену зарату, при чему се међу њима успоставља и прописима уређен радни однос испуњен правима, обавезама и одговорностима“.⁵

У прописима, али и у радноправној теорији, нема прецизног дефинисања појма запосленог лица. Неуједначеност у његовом термилошком означавању (запослени, радник, службеник, послопримац) додатно доприноси појмовној непрецизности.

У нашем садашњем праву, као и у знатном броју других права, постоје у основи две категорије запослених лица. Прву, бројнију категорију чине запослени у ужем смислу (послопримци у ужем смислу, радници) а другу, малобројнију, службеници.

5 Зоран Ивошевић, *Радно право*, 4. издање, Београд, 2009, стр. 91.

У Закону о раду *запослени* се дефинише као физичко лице које је у радном односу код послодавца.⁶ Дефиниција је једноставна, али и недовољно прецизна. Први елемент дефиниције је јасан и неспоран. Запослени је увек физичко лице. Правно лице се може јавити као уговорна страна у радном односу, али искључиво као послодавац, никад као запослени (послопримац). Други елемент се тиче радног односа. Запослени је само оно физичко лице које је са послодавцем у радном односу, а не и у некој другој врсти односа поводом рада (на пр. по основу уговора о делу и сл.).

Како се види, „запослени“ је у нашем актуелном праву свако физичко лице које је у радном односу код послодавца. То значи да се под појам „запослени“ подводе како запослени у ужем смислу (послопримци у ужем смислу, радници) тако и службеници. Додуше, у Закону о државним службеницима се службеници не означавају термином „запослени“, али је и поред тога очигледно да их наша актуелно законодавство тако третира. То је, пре свега, видљиво из поменуте опште норме Закона о раду по којој је запослени свако „физичко лице које је у радном односу код послодавца“, дакле, без обзира на својство послодавца, али је још експлицитније то наглашено у једној другој норми тог закона према којој се одредбе Закона о раду примењују „и на запослене у државним органима, органима територијалне аутономије и локалне самоуправе и јавним службама, ако законом није друкчије одређено“.⁷

Према томе, може се закључити да у нашем праву карактер запосленог (послопримца) имају како запослени (послопримац, радник) у ужем смислу (тј. запослени у општем режиму радног односа) тако и службеници.

Ипак, наведена два елемента појма „запослени“ нису, међутим, довољна да се запослени у ужем смислу разликује од службеника, будући да је и службеник физичко лице и да је такође у радном односу са својим послодавцем. Разлика је, међутим, у трећем елементу дефиниције, тј. у карактеру послодавца. Послодавац запосленом у ужем смислу је било које правно или физичко лице, домаће или страног, осим државног органа. Запослени (радник) је, дакле, физичко лице које је у радном односу код било ког послодавца, осим код државних органа.

Другу категорију запослених лица чине, дакле, *службеници*. У нашем праву државни службеник је дефинисан као „лице чије се радно место састоји од послова из делокруга органа државне управе, судова, јавних тужилаштава, Републичког јавног правобранилаштва, служби Народне скупштине, председника Републике, Владе, Уставног

6 Чл. 5 ст. 1 Закона о раду Републике Србије (Сл. *гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005 и 54/2009).

7 Закон о раду, чл. 2 ст. 2.

суда и служби органа чије чланове бира Народна скупштина (у даљем тексту: државни органи) или с њима повезаних општих правних, информатичких, материјално-финансијских, рачуноводствених и административних послова.⁸ Ова дефиниција, мада опширна, такође није довољно прецизна. Службеник такође може бити само физичко лице, мада то у дефиницији није наглашено. Надаље, службеник је дефинисан преко послова његовог радног места, а то су послови из делокруга државних органа или послови (општих правни, информатички, материјално-финансијски, рачуноводствени и административни) који су са пословима из делокруга државних органа повезани. Државни службеници су такође у радном односу, као и запослени (радници). Друга страна у радном односу државних службеника су државни органи, никада физичка или нека друга правна лица.

Посебну категорију државних службеника чине тзв. *наместници*. То су они државни службеници чије се радно место састоји од пратећих помоћно-техничких послова у државном органу.⁹ Њихов радни однос се уређује уговором о раду, који, међутим, има неке посебне правне карактеристике.

Из категорије државних службеника изузети су народни посланици, председник Републике, судије Уставног суда, чланови Владе, судије, јавни тужиоци, заменици јавних тужилаца и друга лица која на функцију бира Народна скупштина или поставља Влада и лица која према посебним прописима имају положај функционера. Ова лица спадају у категорију *изабраних* или *иосиављених* лица.¹⁰

Закључно можемо констатовати да обе категорије запослених лица, тј. запослени (послопримци, радници) у ужем смислу и службеници, заједно чине послопримце у ширем смислу. Овако схваћен, *послопримац* се може појмовно одредити као физичко лице које је у радном односу са било којим послодавцем. У овом, ширем смислу, појам послопримца је идентичан појму запосленог, тј. лица које има радни однос са послодавцем.

III Послопримац у ужем смислу – елементи појма

За разлику од појма послопримца у ширем смислу, под који се подводе како запослени (послопримци у ужем смислу, радници) тако и

8 Закон о државним службеницима Републике Србије (Сл. гласник РС, бр. 79/2005, 81/2005 – испр., 83/2005 – испр., 64/2007, 67/2007 – испр., 116/2008 и 104/2009), чл. 2 ст. 1.

9 Закон о државним службеницима, чл. 2 ст. 3.

10 Закон о државним службеницима, чл. 2 ст. 2.

службеници, под појам послопримца у ужем смислу треба подразумевати само „запослене“ (раднике) чији је радноправни статус уређен Законом о раду, тј. запослена лица која који нису службеници.

Који су битни елементи за одређивање појма послопримца у ужем смислу? Тих елемената има више.

Први од њих је *приватноправни карактер уговора* којим се заснива радни однос.¹¹ Ако њега нема, нема ни радноправног односа.¹² Због тога бројне категорије лица која су запослена или обављају различите послове, остају изван обухвата појма послопримац у ужем смислу. То су на пр. службеници, судије, професионални војници, затвореници у друге категорије лица¹³ чија радни ангажман се не заснива на приватноправном уговору, какав је у основи уговор о раду.¹⁴ Приватноправни уговор о раду је и основна претпоставка за постојање својства послопримца.¹⁵

Приватноправни карактер правног односа који се уговором о раду успоставља између послодавца и запосленог јасно разграничава овај уговор од правног односа у којем се налази службеник у јавној служби. Службеник такође ради по налозима, али за свој рад не прима накнаду, као противпрестацију за свој рад, већ прима неку врсту алиментације.¹⁶ Поред тога, статусни положај службеника се не одређује уговором већ актом постављења (именовања). Како овај акт представља акт јавне власти, акт субординације, јасно је да он нема приватноправни карактер, какав има уговор о раду између послодавца и запосленог.

Други битан елемент за одређивање појма послопримца је *несамосталност његовог рада*. Послопримац увек ради за другог. Рад као предмет уговора је значајан елемент уговора о раду који омогућава његово разграничење од уговора о делу. Док се уговором о делу једна страна, посленик, обавезује на резултат, тј. на израду (извршење) одређеног дела, запослени се на основу уговора о раду не обавезује на резултат

11 A. Schmidt, *нав. дело*, стр. 5.

12 Hans Brox, Bernd Rütters, Martin Henssler, *Arbeitsrecht*, 18. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, 2011, стр. 12.

13 Детаљније о овим и другим категоријама лица која немају својство послопримца видети на пр. у: Минхенски коментар Немачког грађанског законика (*Münchener Kommentar zum BGB/Müller-Glöße, Schuldrecht Besonderer Teil, 5.*), München, 2009, пар. 611, нап. 197.

14 О приватноправној природи уговора о раду видети више на пр.: С. Шогоров, „О приватноправним карактеристикама уговора о раду“, *Право и њолишка*, Нови Сад, бр. 2/2012, стр. 63 и сл.

15 W. Dütz, G. Thüsing, *нав. дело*, стр. 20.

16 Упор. нпр. М. Maties, *Arbeitsrecht*, 3. Auflage, стр. 3.

већ само на рад по налозима наручиоца. Другим речима речено, обавеза запосленог је обавеза средстава (обавеза да се настоји достизање одређеног циља), док је обавеза посленика обавеза резултата.

Разграничење несамосталног од самосталног рада није увек једноставно. Могуће је да неко ради (пружа радну чинидбу) која је само обавеза средстава, а не циља, а да се ипак не ради о несамосталном раду. Такав је нпр. случај са радом адвоката или пореских саветника. Због тога се у сврху разграничења користе и други, додатни критеријуми. Сматра се тако да за несамосталност није одлучујућа економска већ персонална несамосталност (зависност).¹⁷ Ипак, постоје у вези с тим и друга схватања. Присутно је тако и схватање да несамосталност мора бити и економска, тј. да је послопримац економски зависан од послодавца у том смислу да нема шансе за самостално стицање добити на тржишту, као и да, следствено томе, не сноси предузетнички ризик самосталног наступања на тржишту.¹⁸

Шта је, опет, персонална несамосталност питање је конкретних околности и препознатљивих индиција. Тако се сматра да је могућност одређивања начина и форме рада као и самосталног одређивања радног времена важна индиција која указује на самосталност онога ко пружа радну чинидбу.¹⁹ Од значаја могу бити и друге индиције, као што су рад туђим средствима за рад, стална обавеза обавештавања другог, немогућност самосталног одређивања цене и параметара конкуренције, непостојање учешћа у тржишној добити и др.²⁰ Поред тога и везаност туђим налозима, местом у начину извршења радне чинидбе, такође представљају важне индиције. Слично важи и за укљученост лица које пружа радну чинидбу у организацију (погон) послодавца.

Означење уговора на основу којег се пружа одређена радна чинидба није од значаја за квалификацију односа као самосталног или несамосталног. Много је значајнија процена објективних околности под којима се врши уговорена радна чинидба.²¹

Из несамосталности послопримчевог рада произлази и зависност његовог рада од *налоја послодавца*. Налози послодавца прожимају цео однос између послодавца и запосленог и представљају важан критеријум за идентификацију уговора о раду. При обављању рада запослени је за-

17 В. А. Schmidt, *нав. дело*, стр. 8.

18 В. М. Maties, *нав. дело*, стр. 6.

19 Уважавање ових индиција као значајних за одређивање самосталности рада се у немачком праву заснива и на пар. 84 ст. 1 немачког Трговачког законика из 1897. године (*Handelsgesetzbuch*).

20 М. Maties, *ibidem*.

21 А. Schmidt, *нав. дело*, стр. 8.

висан од налога послодавца, он је дужан да те налоге следи. Ако неко ко обавља одређени рад нема такву обавезу он није запослено лице већ је самосталан у обављању делатности одн.вршењу рада. Може се, додуше рећи да и нека самостална лица морају поступати по налозима другог лица (налогодавца) али се везаност за налоге код њих по правилу односи на резултат, али не и на средства и поступке, док је код код уговора о раду управо то случај. Самостална лица (на пр. посленик код уговора о делу, пружаоци услуга у промету и сл.) сами бирају средства, начине и поступке који ће довести до задатог (наложеног) циља. Зависност запосленог од налога послодавца је у тој мери значајна карактеристика уговора о раду да је у радноправној теорији владајуће мишљење да ова зависност има и своју персоналну компоненту, тј. да је за уговор о раду битно не само то да запослени ради по налозима послодавца, већ и да буде лично укључен у погон, организацију послодавца.²²

Коначно, уговор о раду увек подразумева *накнаду за рад*. С правом се може рећи да ако накнаде нема, нема ни уговора о раду,²³ већ да је у питању неки други уговор одн. други правни однос поводом рада. Тако се на пр. може поступати (радити) по налозима неког другог лица по основу уговора о налогу без накнаде.²⁴ Практично посматрано несамосталан рад за другог без накнаде по правилу указује да се ради о уговору о налогу, без обзира што тај уговор може бити не само без накнаде већ са накнадом.²⁵

Ваља напоменути да је у радноправној теорији спорно да ли је накнада за рад битан елемент за утврђивање појма послопримца.²⁶

IV Дефинисање послопримца (запосленог) у ужем смислу

Имајући у виду наведене елементе за дефинисање, послопримац (запослени) у ужем смислу би се могао дефинисати као *физичко лице које на основу приватноправног уговора о раду пружа редовно (континуирано) за другој несамосталне радне чинидбе, уз накнаду (за зараду)*.

При оваквом дефинисању рад за другог подразумева и рад по налозима другог, будући да су радне чинидбе увек несамосталне, а рад по налозима другог је само једна од манифестација те несамосталности.

22 М. Maties, *нав. дело*, стр. 4.

23 В. Šunderić, *нав. дело*, стр. 78.

24 В. чл. 749 ст. 3 Закона о облигационим односима (*Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89 и *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93).

25 За немачко право види на пр.: Alpmann Schmidt, *нав. дело*, стр. 7.

26 Упор. А. Schmidt, *нав. дело*, стр. 7.

Што се дефинисања послопримца у праву ЕУ тиче, ваља имати на уму да ово право у том смислу пре свега упућује на национална права држава чланица.²⁷ Ипак, захваљујући пракси Суда ЕУ, може се констатовати да се у праву ЕУ под појмом послопримац подразумева свако физичко лице које у одређеном временском периоду врше радне чинидбе за другог и по његовим налозима, а за узврат добија накнаду.²⁸ У овом праву под појам послопримца у ширем смислу подводе се и службеници.²⁹

Stevan ŠOGOROV, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Novi Sad

ON THE CONCEPT OF A SERVANT (EMPLOYEE) IN EMPLOYMENT LAW

Summary

The author begins by stating that the term servant (employee) is the central concept of employment law, because it also appears as a special (protective) right of servants. Despite such importance, there is not only terminological, but also conceptual disparity in determining the servant, in both legislation and in the legal literature. The author points out the need for clear demarcation of the term servant in a broad and narrow sense. In a broad sense servant can conceptually be defined as a natural person in labour relations with an employer. In that broad sense, the concept of a servant is identical to that of an employee, i.e. the person in labour relations with an employer, encompassing not only servants (employees) in a narrow sense, but also civil servants. After analysing the necessary assumptions, the author defines servant (employee) in the narrow sense as a natural person who, based on a private employment contract provides regular (continuous) not independant work performance for another, for a fee (for earnings).

Key words: *employment law, employment contract, labour relations, jobseeker (employee), civil servant.*

27 В. нпр. Директиву 2008/104 Европске заједнице.

28 Gregor Thüsing, *Europäisches Arbeitsrecht*, 2. Auflage, München, 2011, стр. 38.

29 G. Thüsing, *нав. дело*, стр. 39.

др Љубинка КОВАЧЕВИЋ
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

ВРЕДНОВАЊЕ СПОСОБНОСТИ И РАДА ЗАПОСЛЕНИХ – КЉУЧНИ ПРАВНИ АСПЕКТИ*

Резиме

Поред организовања и контроле рада запослених, управљачка власић послодавца обухватића и овлашћене за оцењивање доприноса који сваки запослени даје остваривању (дујорочних и крайкорочних) циљева одређене радне средине. Вредновање способности и рада запослених, прићом, може бити усмерено на повећање продуктивности рада, откривање и открлањање недосићака у раду или обезбеђивање објективније одлучивања о награђивању, најредовању и професионалном развоју запослених. За разлику од преовлађујуће ујореднојравној решења, сриски законодавац проуиштића да ућврди начела праћења и оцењивања способности и рада запослених у оишћем режиму радних односа. Истић вреди и за контролу оцењивача и друће (материјалне и процесне) правне гаранције које треба обезбедити у вези са вредновањем. Такво решење повезано је са озбиљним ризиком злоупотребе послодавчевих овлашћења, посебно у поледу иницирања пресћанка радној односа збој неосћваривања резултата рада или нејоседовања потребних знања и способности за обављање поверених послова, као и збој потреба послодавца (злоупотреба критеријума за ућврђивање вишка запослених). Премда се вредновањем способности и рада запослених баве различите научне дисциплине, од науке о управљању, преко економије, до организовање психологије, у раду су размоћрени основни правни аспекти вредновања. Посебна важња у

* Рад је написан у оквиру пројекта „Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске уније (правни, економски, политички и социолошки аспекти)“, чији је носилац Правни факултет Универзитета у Београду.

тој анализи посвећена је садржини и границама послодавчевих евалуационих овлашћења у домаћем и ујоредном радном праву, укључујући изв. претходну проверу радних способности кандидата за запошљавање, као и особено вредновање способности запослених за време пробног рада. Осим тога, критички је разматрано и питање избора циљева, критеријума и метода вредновања, будући да они могу утицати на настајанак озбиљних психосоцијалних ризика на раду, нарочито ако су усмерени искључиво на повећање продуктивности (и одстицање конкуренције међу запосленима), попут изв. принудног радовања запослених.

Кључне речи: евалуациона овлашћења послодавца, претходна провера радних способности, пробни рад, отказ уговора о раду, методи вредновања.

I Увод

Саставни део управљачке власти послодавца чини његово овлашћење да организује рад запослених, у складу са захтевима поделе рада, ефикасне употребе средстава за рад и снижавања трошкова. Осим тога, послодавцу припада и право да континуирано управља радом запослених, што се постиже издавањем (писаних или усмених, општих или индивидуалних) налога и упутстава. *Управљање радом запослених*, притом, ваља разликовати од једног ширег појма, појма *управљања запосленима* (управљања кадровима, односно тзв. људским ресурсима). Потоњи појам, наиме, подразумева једну функционалну активност послодавца, која, поред управљања радом запослених, обухвата и друга овлашћења, од избора и запошљавања нових радника, преко њиховог распоређивања, до надзора над њиховим радом.¹ На ова овлашћења се, као њихов логички след, надовезује послодавчево овлашћење да вреднује способности радника, како у поступку запошљавања, посредством тзв. претходне провере радних способности, тако и након закључења уговора о раду, било да је реч о уговору који садржи клаузулу о пробном раду или неком другом атипичном или, пак, стандардном, уговору о раду. Поред способности запослених, послодавац вреднује и допринос сваког запосленог остваривању циљева одређене радне средине, чиме се доприноси отклањању недостатака у раду, већој продуктивности рада и правичнијем одлучивању о правима, обавезама и одговорностима запослених. Поступак вредновања рада запослених је, коначно, значајан и за опстанак радног односа, јер неостваривање резултата рада представља

1 Antoine Jeammaud, Antoine Lyon-Caen, „Droit et direction du personnel“, *Droit social*, бр. 1/1992, стр. 56–57.

један од оправданих отказних разлога, али и могући критеријум за утврђивање тзв. вишка запослених. Стога и има места закључку да вредновање рада запослених „омогућава послодавцу да ограничи правне ризике својих одлука о каријери запослених или редоследу отпуштања из економских разлога, ако се за тим буде указала потреба“.² Поступак вредновања, дакле, обезбеђује послодавцима солидну основу за доношење одлука о многим правима, обавезама и одговорностима из радног односа. Исто вреди и за елиминацију дискриминације приликом одлучивања, будући да резултати вредновања омогућавају делотворнију примену начела једнаког поступања према запосленима, нарочито оног његовог аспекта који изражава начело једнаке зараде за исти рад или рад исте вредности.³

II Претходна провера способности кандидата за запослење

Послодавац врши своја евалуациона овлашћења и пре заснивања радног односа, будући да из слободе предузетништва и слободе уговарања, као и одговорности за добро функционисање радне средине, проиходи његова широка слобода избора сарадника. Ово тим пре што се уговор о раду закључује *intuitu personae*, тако да је послодавцу поверен читав низ овлашћења која треба да му омогуће да на најбољи начин оцени способности кандидата за запослење. Поједини аутори, отуд, закључују да је послодавац надлежан за оцену способности кандидата у мери у којој се те способности не тичу својстава чије је захтевање и разматрање изричито забрањено.⁴ То, даље, значи да су послодавчева овлашћења у поступку запошљавања широка, али, не и неограничена. Њих, уз императивне законске норме о општим условима за заснивање радног односа и евентуалним приоритетима у запошљавању (нпр. обавеза запошљавања одређеног броја лица са инвалидитетом), ограничавају и гаранције забране дискриминације, права на достојанство и других

2 Jean Pélissier, Gilles Auzero, Emmanuel Dockès, *Droit du travail*, 27^e édition, Paris, 2013, стр. 649.

3 *Ibid.* Тако и Pascal Lokiec, *Droit du travail. Tome I: Les relations individuelles*, PUF, Paris, 2011, стр. 195.

4 Cédric Jacquélet, *La vie privée du salarié à l'épreuve des relations de travail*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2008, стр. 59. Слично резонује и Европски комитет за социјална права, када тврди да Европска социјална повеља не спречава послодавца да као услове за заснивање радног односа одреди све захтеве које пожели, све док се они не испољавају у својствима која се сматрају неприхватљивим, у смислу клаузуле о забрани дискриминације (European Committee of Social Rights, Conclusions VIII, стр. 28, наведено према: Lenia Samuel, *Droits sociaux fondamentaux – Jurisprudence de la Charte sociale européenne*, 2^e édition, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2002, стр. 27).

права и основних слобода лица која траже запослење. Законодавство и пракса, притом, настоје да, у највећој могућој мери, обезбеде равнотежу између послодавчеве слободе избора кандидата и њихових права и основних слобода. Томе нарочито доприноси обавеза послодавца да општим актом (правилником о организацији и систематизацији послова) *унаред утврди послове за које ће вршити прелиминарну проверу радних способности, као и начин, методе и надлежности за оцењивање способности кандидата*.⁵ Нажалост, ово правило се у пракси крши безмало на сваком кораку, те послодавци произвољно и *ad hoc* бирају методе вредновања, одлучујући се, неретко, за примену читавог низа различитих тестова и процена личности, чак и онда када то није неопходно за оцену професионалних способности кандидата.⁶ Наше радно законодавство би, стога, требало да обезбеди постојаније границе послодавчевих овлашћења у поступку запошљавања, почевши од строгог захтева да се током вредновања способности кандидата могу прикупљати само подаци „који су неопходни за оцену њиховог професионалног потенцијала“.⁷ Томе ваља додати и захтев за обезбеђивањем поузданости тестова и експертисе оцењивача, као и коректности резултата тестова. Ово тим пре што се избор кандидата понекад заснива и на нестандартним, па, и лажним, критеријумима, који могу угрозити приватност кандидата, независно од тачности података које откривају.⁸ Отуд се у литератури, с правом, упозорава да достојанство и приватност кандидата за запослење морају бити заштићени не само у погледу података које послодавац од њих непосредно захтева, већ и у односу на податке који су му доступни само посредно, захваљујући најразличитијим техникама и методама.⁹

5 Предраг Јовановић, *Радно право*, 6. издање, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2012, стр. 191. То је потврђено и у домаћој судској пракси, која, у том случају, претходну проверу радних способности квалификује као „услов за обављање послова и радних задатака“. Тако нпр. Одлука Уставног суда Војводине У-216/79, од 26. фебруара 1980. године, нав. према Боровоје Шундерић, *Радни однос – теорија, норма, пракса*, Култура, Београд, 1990, стр. 182.

6 Уп. са Живко Кулић, Жељка Мићић, „Неуобичајени методи избора кандидата за заснивање радног односа“, *Радно и социјално право*, бр. 1/2008, стр. 267–288.

7 Recommendation No. R (89) 2 of the Committee of Ministers to Member States concerning the protection of personal data used for employment purposes, тачка 4.3. Више о овом и другим ограничењима послодавчевих овлашћења у поступку запошљавања видети у: Љубинка Ковачевић, „Границе утврђивања посебних услова за заснивање радног односа“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2010, стр. 439–458.

8 Marie-Cécile Escande-Varniol, „L'évaluation du salarié“, у: Jean-Marc Béraud, Antoine Jeammaud (sous la direction de), *Le singulier en droit du travail*, Dalloz, Paris, 2006, стр. 97.

9 С. Jacqueslet, нав. дело, стр. 123. На то упозоравају и стандарди Савета Европе о заштити података о личности: „не треба прибегавати тестовима, анализама и сличним поступцима који су сачињени ради процене карактера личности појединца,

III Право (и обавеза) вредновања способности запослених за време пробног рада

Са проценом и вредновањем способности кандидата за запослење под окриљем претходне провере радних способности не треба мешати вредновање способности запослених током пробног рада.¹⁰ У другом случају, запослени и послодавац закључују уговор о раду (на неодређено или одређено време) са *клаузулом о њробном раду*. Она послодавцу омогућава да, током пробног рада, провери да ли запослени има потребне вештине, умећа и способности за рад, „како би преузео мањи ризик у погледу квалитета и квантитета рада запосленог“,¹¹ док запослени има могућност да се увери да ли му одговарају поверени радни задаци и услови рада код послодавца. Негативан исход пробног рада, тј. уверење послодавца да запослени нема потребне вештине, умећа и способности за рад, има за последицу престанак радног односа истеком рока на који је уговорен пробни рад. И супротно, ако се током пробног рада послодавац увери да запослени има потребне способности, радни однос наставља да производи своје дејство. Како од исхода вредновања способности запосленог не зависи заснивање, већ само опстанак, радног односа, најприхватљивим се чини становиште да се у случају уговарања пробног рада, радни однос заснива под раскидним условом.¹² Осим тога, овај уговор о раду особен је и по томе што, за разлику од других

без његове сагласности или друге одговарајуће заштите предвиђене домаћим правом“. Recommendation No. R (89) 2, тачка 4.4.

- 10 Тако је, примера ради, у пракси Социјалног одељења француског Касационог суда потврђено да се не може квалификовати као пробни рад то што је током једног месеца, заинтересовано лице возило аутобус намењен превозу ученика, јер га је возило без путника и у присуству другог шофера – дакле, у сврху тестирања које претходи заснивању радног односа. J. Pélissier, G. Auzero, E. Dockès, *нав. дело*, стр. 261.
- 11 Nikola Tintić, *Osnovi radnog prava I*, Školska knjiga, Zagreb, 1955, стр. 147. Мотиви уговорања пробног рада везују се за идеју ризика и у новијој литератури: „крајњи разлог пробе лежи у вољи њеног корисника да смањи ризик који је инхерентан дефинитивној правној ситуацији за коју га припрема проба.“ Sébastien Tournaux, *L'essai en droit privé: Contribution à l'étude de l'influence du droit du travail sur le droit privé*, L. G. D. J., Paris, 2009, стр. 20.
- 12 У старијој литератури, питање правне природе пробног рада било је скопчано са бројним контроверзама, а ставови аутора кретали су се од квалификације претходног или привременог уговора, преко уговора закљученог под одложним условом или уговора закљученог под раскидним условом, до *sui generis* уговора о раду. За ову теоријску дебату у југословенском радном праву видети: N. Tintić, *нав. дело*, стр. 146–148; Александар Балтић, Милан Деспотовић, *Основи радног права Југославије и основни проблеми социологије рада*, треће издање, Савремена администрација, Београд, 1971, стр. 210–211; Боривоје Шундерић, „Уговор о раду на пробу“, *Правни животи*, бр. 11–12/1993, стр. 1980–1981.

атипичних уговора о раду, не доприноси флексибилности, већ стабилности, радног односа, будући да пробни рад има за циљ успостављање „дефинитивне“ радноправне ситуације, након што послодавац утврди да запослени има потребне способности за рад. Ово обележје пробног рада указује на значај послодачевих евалуационих овлашћења, будући да „без вредновања нема пробе“.¹³ То, даље, значи да послодавац нема само право, већ и обавезу, да вреднује способности запосленог, с тим што се за неиспуњавање потоње обавезе не утврђују санкције, већ се својеврсном санкцијом може сматрати само останак запосленог у радном односу.

Значај послодавчевог права (и обавезе) да током пробног рада вреднује способности запосленог није на одговарајући начин уважен у домаћем законодавству. Законодавац је, наиме, пропустио да утврди надлежност и начела вредновања (и проверавања) способности запослених за време пробног рада, што отвара могућност за злоупотребе евалуационих овлашћења. Ово тим пре што се питање вредновања способности запослених током пробног рада крајње ретко уређује колективним уговором, уговором о раду, али и једностраним општим актима послодавца, који поступак вредновања спроводе по свом нахођењу. Такав пропуст законодавца чини се неодговарајућим, независно од аутономије коју странке морају уживати у погледу уређивања пробног рада. Њега не отклања ни законско *правило о максималној дужини пробног рада*, које је усмерено поглавито на спречавање неоправдано дугог периода пробног рада који уговорнице утврђују желећи да „заобиђу“ императивна правила о разлозима због којих се уговор о раду може закључити на одређено време или правила о престанку радног односа.¹⁴ Стога би и дужина пробног рада коју странке уговарају у оквиру максималне дужи-

13 S. Tournaux, *нав. дело*, стр. 130.

14 *Ibid.*, стр. 280–281. Правила о заштити појединих категорија запослених приликом престанка радног односа не примењују се током пробног рада, уз изузетак неких правних система у којима је задржана примена правила о заштити радничких представника и запослених – жртва неозгода на раду које су се догодиле током пробног рада (нпр. у Француској). Са друге стране, правила о заштити од отказа за случај материнства се не примењују у случају престанка радног односа за време пробног рада (тако нпр. и мишљење Министарства рада и социјалне политике Републике Србије бр. 011-00-310/2007), што, наравно, искључује могућност престанка радног односа само због чињенице да је запослена у другом стању. Законодавци, притом, настоје да олакшају запосленом иницирање престанка радног односа за време пробног рада (пре свега, одређивањем краћег отказног рока), као и да ограниче злоупотребе правила о престанку радног односа на иницијативу послодавца. Тако послодавац, за време пробног рада, може да иницира отказ уговора о раду само због разлога који постоје на страни запосленог, под условом да је запосленом омогућио да покаже радне способности и створио услове за њихову објективну оцену. То, даље, значи да се за време пробног рада, као оправдани разлог за отказ

не пробног рада морала бити сразмерна циљу пробног рада као периода који послодавцу допушта да вреднује способности запосленог, нарочито у погледу његовог искуства и захтева поверених радних задатака.¹⁵ Исти критеријуми чине се прихватљивим и за оцену оправданости уговарања пробног рада, премда у литератури, с правом, доминира став да његово уговарање не би требало ограничити на ангажовање радника за обављање захтевних послова. То, даље, значи да се, уз изузетак законом утврђених ограничења (нпр. у погледу приправника, од којих се не може захтевати пробни рад), клаузула о пробном раду може уговорити поводом било ког посла, с тим што би у случају мање сложених послова трајање пробног рада требало свести на најкраћу могућу меру.¹⁶

IV Вредновање рада запослених – избор циљева, критеријума и метода

Послодавац је овлашћен да вреднује допринос који сваки запослени даје остваривању краткорочних и дугорочних циљева послодавца, независно од врсте закљученог уговора раду. У литератури се, притом, у складу са различитим концепцијама о пореклу послодавчеве управљачке власти, препознају и различита изворишта његових евалуационих овлашћења. Тако, заговорници институционалне концепције сматрају да ова овлашћења произлазе из одговорности послодавца за добро функционисање радне средине, док присталице класичне уговорне концепције радног односа верују да и овлашћење за вредновање рада запослених извире из уговора о раду¹⁷ и односа субординације, као његовог

не могу појавити разлози који се тичу потреба послодавца, уз изузетак покретања стечајног поступка или поступка принудног поравнања (нпр. у Словенији).

- 15 Ово питање посредно уређује и Конвенција Међународне организације рада број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца (члан 2, став 2, алинеја б), потврђујући да период пробног рада мора бити „унапред утврђен и разумне дужине“ (*determined in advance and of reasonable duration*).
- 16 Б. Шундерић, „Уговор о раду на пробу“, стр. 1974. Тако се, примера ради, у француској судској пракси неоправдано дугачким периодом пробног рада сматра шестомесечни пробни рад стенографа и дактилографа (Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 28 décembre 1977), као и тромесечни пробни рад запосленог који је већ обављао исте радне задатке на основу раније закључених уговора о раду (Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 9 juin 1988). Нав. према J. Péliissier, G. Auzero, E. Dockès, *нав. дело*, стр. 262.
- 17 Неке присталице ове концепције, поред уговора, извориште евалуационих овлашћења препознају и у послодавчевом праву својине, држећи да се овлашћења произашла из слободе уговарања и уговора о раду (као инструмента за успостављање правне субординације) надовезују на ексклузивно овлашћење за управљање предузећем, које послодавац има као титулар права својине. Ипак, пис-

битног елемента, што се чини прихватљивијим. Евалуациона овлашћења представљају логичну последицу вршења осталих управљачких овлашћења, посебно издавања налога и упутстава за рад и контроле рада запослених, због чега је вредновање рада усмерено на откривање и отклањање недостатака у раду, али и на објективније одлучивање о награђивању и напредовању запослених, као и на њихово подстицање на остваривање бољих резултата. Истовремено, послодавчева евалуациона овлашћења су нераскидиво повезана и са теретом ризика делатности (професионалним ризиком). Будући да је учешће запосленог у ризику делатности неспојиво са његовим подређеним положајем и чињеницом да радећи за послодавца остварује средства за издржавање, овај ризик пада искључиво на послодавца, у складу са начелом *Ubi emolumentum, ibi onus* (или *Cuius commoda, eius et incommoda*). Отуд и послодавчева овлашћења за „верификацију резултата рада запосленог“ чине „логичну противпрестацију за то што запослени у својој активности не преузима никакав економски ризик“.¹⁸

Будући да има право да надзире рад запослених и да их кажњава за повреде радних обавеза, послодавац, дакле, мора имати и овлашћење да одмерава и упоређује, а, самим тим, и да вреднује, рад запослених.¹⁹ Ово тим пре што послодавац распоређује запослене на одговарајуће послове, уз обавезу да им обезбеди обуку и стручно усавршавање, ако резултати вредновања покажу да за тим постоји потреба. Како непосредно утиче на унапређивање радних способности запослених и продуктивност њиховог рада, вредновање се сматра и значајним инструментом управљања тзв. људским ресурсима. Осим тога, вредновање утиче и на *моућностй зайослених да задрже зайослење*, због чега се у новијој литератури, циљеви вредновања, с правом, разматрају и у светлу послодавчевих очекивања и настојања да се запослени стално усавршавају и прилагођавају новим техникама и технологијама, како због свог професионалног развоја, тако и због ограничавања утицаја евентуалне реорганизације, односно реструктурирања предузећа на сигурност

ци који уговор и својину сматрају равноправним основама послодавчеве власти остају у мањини, између осталог, и стога што у пракси, неретко, долази до одвајања управљања привредним друштвом од власништва. Тиме се доводи у питање и поставка о својини као извору послодавчевог евалуационог овлашћења, осим када је реч о малим (и средњим) послодавцима.

18 G.[Guillaume] H.[Henri] Camerlynck, *Traité de droit du travail: Contrat de travail*, tome I, Dalloz, Paris, 1968, стр. 50.

19 Alain Chirez, „Notation et évaluation des salariés“, *Droit ouvrier*, août 2003, стр. 311. На то упућују и порекло и етимолошко значење речи „вредновање“ и „евалуација“, које се везује за реч „вредност“, тако да и вредновање рада запослених, заправо, подразумева процену њихове „професионалне вредности“ и додељивање одређених оцена за обављени рад.

запослења.²⁰ Вредновање рада запослених се, у том смислу, може одредити и као „верификација адекватности запосленог једном радном месту или функцији у предузећу, као и верификација његове способности да се прилагођава организационим променама“.²¹ Питање вредновања рада запослених је на тај начин тесно повезано и са правилима о престанку радног односа у случају технолошких, економских или организационих промена код послодавца, због којих може престати потреба за обављањем посла, јер један од критеријума за утврђивање вишка запослених могу чинити и резултати рада. Поред основа престанка радног односа који се тиче потреба послодавца, вредновање је скопчано и са отказом уговора о раду због разлога који се тичу способности запосленог. Послодавац, тако, може да откаже уговор о раду ако запослени нема потребна знања и способности за обављање послова на којима ради, као и ако послодавац не добија обећану противчинидбу у очекиваном обиму и оног квалитета који је унапред утврђен нормативима и стандардима рада. У том смислу, вредновање омогућава послодавцу да утврди да ли се запослени оглушује о своју основну уговорну обавезу или не, будући да послодавац ангажује запосленог како би му овај ставио на располагање своје радне способности и остваривао одређене резултате рада.²²

Питање циљева вредновања рада запослених недовољиво је повезано и са питањем избора критеријума и метода вредновања. Ово тим пре што се оно ослања на величине које се, по правилу, не могу егзак-

20 Ово тим пре што у неким правним системима, послодавци имају обавезу да се старају о очувању радних способности запослених, нарочито у случају организационих промена и увођења нових технологија. Тиме се послодавчева евалуациона овлашћења претварају у обавезу редовног вредновања способности запослених, док запослени имају не само обавезу учења у поступку вредновања, већ и право да послодавац оцењује њихов рад у објективном и транспарентном поступку.

21 М.-С. Escande-Varniol, *нав. дело*, стр. 96–97.

22 Запослени је, наиме, дужан да, на један општи начин, стави своје радне способности на располагање послодавцу, тако да предмет уговора о раду чини сам његов рад. То је и један од критеријума за разграничење уговора о раду од уговора о делу, будући да се и основна обавеза посленика извршава радом. Ипак, предмет уговора о делу не представља рад посленика, већ резултат његовог рада, јер се он обавезује да изврши одређени посао за наручиоца. У литератури се, притом, не нуди јединствени одговор на питање да ли уговор о делу подразумева обавезу посленика да извршењем неког посла постигне одређени резултат или не, будући да у неким случајевима, посленик извршава основну обавезу и ако не оствари резултат и циљ због којих је уговор закључен (Слободан Перовић, *Коментариј Закон о облигационим односима*, Савремена администрација, Београд, 1995, књига друга, стр. 1079–1080). У том смислу се може констатовати да критеријум који се тиче резултата рада (за разлику од критеријума правне субординације) не омогућава прецизно и поуздано повлачење линије разграничења између уговора о раду и уговора о делу. Ово тим пре што остваривање одређених резултата рада није безначајно за извршавање, па, и за сам опстанак, уговора о раду.

тно измерити, нарочито када је реч о интелектуалним пословима (рад-ни захтеви, остварени резултати рада и сл.). Поступак вредновања мора бити заснован на објективним и јасним критеријумима. Они морају бити утврђени тако да не вређају достојанство запосленог, будући да гаранција права на рад не обухвата само право на обезбеђивања средстава за живот достојан човека, већ и могућност да се кроз рад развија личност запосленог.²³ Захтев за поштовањем достојанства запослених у поступку вредновања, стога, подразумева и *усмереност мейнода вредновања на професионални развој запосленог*. Остваривању тог циља може допринети, између осталог, и *мејнод евалуационог разговора* (фр. *évaluation par entretien*), који подразумева да се запослени и послодавац договарају о радним циљевима (оквирном броју радних задатака, стандардима квалитета рада, снижавању трошкова, задовољству послодавчевих клијената и сл.), тако да је вредновање усмерено на упоређивање степена остварености договорених циљева. Исто вреди и за друге, мање или више софистициране, методе које запосленом омогућавају да износи мишљење о повереним радним задацима и циљевима рада, као и да учини евентуалне предлоге за унапређење рада.²⁴ Ипак, и у овим случајевима, и поред интензивне укључености запосленог у поступак вредновања, евалуациона овлашћења не припадају запосленом, већ послодавцу или, евентуално, и другим запосленима, као што је то, нпр. случај са *вредновањем од 360 степену* (фр. *évaluation à 360°*), у којем, поред послодавца, учествују и други запослени, најчешће они којима је надређен руководећи запослени чији се рад вреднује на овај начин.

За вредновање се могу користити и *мејноди који су усмерени на повећање продуктивности рада*, с тим што вредновање може да се изобличи у својеврстан психосоцијални ризик на раду ако повећање продуктивности представља искључиви циљ вредновања.²⁵ То, најпре,

23 Уп. са Anna Cieslar, André Nayer, Bernadette Smeesters, *Le droit à l'épanouissement de l'être humain au travail: Métamorphoses du droit social*, Bruylant, Bruxelles, 2007, стр. 126.

24 A. Chirez, *нав. дело*, стр. 313.

25 У литератури не постоји јединствена дефиниција *психосоцијалних ризика*, али је и поред различитих концепција, могуће уочити две основне групе дефиниција овог појма. Један број аутора га, тако, дефинише с обзиром на *последнице* које ризици производе по здравље запосленог, уз њихово супротстављање физичким ризицима (опасности које непосредно не утичу на физичко здравље запослених, а могу да угрозе њихов психички интегритет и ментално здравље). Друга група аутора ставља акценат на *чиниоце који утичу на постојање ризика*, одређујући их као опасности које проистичу из недовољне уређености одређених напетости које постоје у организацији рада, у међуљудским односима и/или у начину на који сваки запослени доживља напоре професионалног окружења и мери у којој су они усклађени са њиховим личним очекивањима. Patrice Adam, „La prise en compte des risques psychosociaux par le droit du travail français“, *Droit ouvrier*, juin 2008, стр. 315.

вреди за *мејод ранговања* (енгл. *ranking*), који је настао у Сједињеним Америчким Државама, али се последњих година све чешће користи и у западноевропским државама. Његова примена подразумева да се запослени разврставају на ранг-листи од најбољег до најслабијег, и то на основу два параметра: први је (не)постизање претходно планираних резултата, док се други параметар састоји у упоређивању успеха који је запослени остварио у односу на колеге које извршавају сличне радне задатке. Ова класификација треба да омогући награђивање „најбољих“ увећаном зарадом или унапређењем, уз истовремену идентификацију „најслабијих“ радника, којима се одређује ментор или предлаже додатна обука, како би били продуктивнији. То, даље, значи да се резултати рада не процењују на основу унапред утврђених стандарда рада, већ на основу поређења са другим запосленима, што подстиче готово неограничену конкуренцију међу колегама.²⁶ Ово тим пре што и запослени који испуни све задатке и оствари све циљеве који су унапред утврђени за његов посао може да заузме неко од најнижих места на ранг-листи, ако остали запослени надмаше његове резултате. У неким радним срединама, примена овог метода вредновања може имати за последицу и престанак радног односа запослених који заузимају најниже место на лествици резултата, што је нарочито изражено у условима економске кризе. То је, међутим, и основни разлог што се примена метода ранговања (иронично названог ‘*rank and yank*’ – „рангирати и отарасити се“), с правом, доводи у питање, и то, како због неправичности према запосленима који остварују прихватљиве резултате рада, тако и због неусаглашености са општеприхваћеним стандардима престанка радног односа. Доследна примена овог метода, наиме, значи да од околности сваког конкретног случаја зависи да ли ће једна или две незадовољавајуће оцене бити довољне да „оправдају“ отказ уговора о раду, што је супротно духу радноправних правила о заштити од отказа. Осим тога, примена метода ранговања скопчана је и са ризиком дискриминације, будући да послодавци неретко сврставају старија лица, младе раднике и жене у групу запослених са незадовољавајућим резултатима рада.

Објективност вредновања је још озбиљније угрожена у случају примене *мејода ‘принудној ранговања’* (енгл. *forced ranking*), који овлашћује послодавца да разврста све запослене, зависно од њихових професионалних резултата, у неку од унапред предвиђених група (од групе са незадовољавајућом до групе са изврсном оценом), којима су, притом, додељене одређене квоте. То укључује и квоту запослених чији је рад незадовољавајући и којих би послодавац требало да се „реша“, због „недовољног залагања“ (најчешће је реч о 10% запослених

26 Marc Rigaux, *Droit du travail ou droit de la concurrence sociale? Essai sur un droit de la dignité de l'Homme au travail (re)mis en cause*, Bruylant, Bruxelles, 2009, стр. 133 и 136. Тако и J. Pélessier, G. Auzero, E. Dockès, *нав. дело*, стр. 649.

са незадовољавајућим резултатима). На тај начин се изигравају императивна правила о отпуштању запослених због организационих, економских и технолошких промена, због чега се у литератури, овај метод вредновања, с правом, описује као „врхунац менаџерског цинизма“.²⁷

У Правни режим вредновања способности и рада запослених: у упоредном и домаћем праву

Премда је у прошлости, уређивање вредновања способности и рада запослених спадало у искључиву надлежност послодавца (фр. *l'employeur seul juge*), развој радног права донео је са собом велику промену у овој области. Ради заштите запосленог као слабије стране радног односа, савремени законодавци, готово без изузетка, настоје да спрече злоупотребе послодавчевих евалуационих овлашћења, утврђујући правни оквир вредновања способности и рада запослених. То претпоставља утврђивање *начелâ вредновања*, почевши од начела да вредновање мора бити засновано на *унапред утврђеним објективним критеријумима који одговарају циљу вредновања* (већа продуктивност, елиминација недостатака у раду, одлучивање о награђивању, напредовању и усавршавању запослених и сл.).²⁸ У складу са потоњим захтевом, предмет вредновања могу бити резултати које запослени остварују на раду, као и њихове способности, вештине и умећа од значаја за успешно обављање поверених послова. Оцењивање се, притом, може вршити само ако су запослени и њихови представници (синдикат и/или савет запослених) обавештени, а било би идеално и да су консултовани, о критеријумима и начину вредновања.²⁹ Ипак, мишљење запослених није обавезујуће, с тим што пропуштање послодавца да га прибави може имати за последицу суспензију његове одлуке о увођењу новог метода вредновања.

27 A. Chirez, *нав. дело*, стр. 310.

28 Antoine Lyon-Caen, „L'évaluation des salariés“ у: Giuseppe Casale, Adalberto Perulli (ed.), *Compliance with labour legislation: its efficacy and efficiency*, International Labour Organization, Geneva, 2010, стр. 93.

29 У неким правним системима, обавеза обавештавања и консултовања запослених о систему вредновања има много већи обим, и то поглавито због потребе да се уваже ризици који прате примену појединих метода вредновања, а тичу се (психичког) здравља и добробити запослених. Тако је у француској судској пракси афирмисан став да је приликом успостављања новог система вредновања рада запослених, послодавац дужан да консултује не само савет запослених, већ и одбор за безбедност и здравље на раду. Ово због уверења Касационог суда да планиране годишње евалуације „могу утицати на понашање запослених“ и створити „психолошки притисак“ који може да се одрази на услове рада (Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation, 28 novembre 2007). J. Pélessier, G. Auzero, E. Dockès, *нав. дело*, стр. 650.

Потоње захтеве изражава *начело транспарентности*, у чијем се средишту налази право сваког запосленог да зна ко, у које сврхе, у ком контексту и у ком временском периоду прикупља његове личне податке, како би требало квалификовати и податке до којих послодавац долази у поступку вредновања.³⁰ Том праву запослених корелативно је више послодавчевих обавеза, од којих, најпре, ваља истаћи обавезу да *јасно дефинише листу података који се прикупују и чувају у вези са вредновањем* и да са њима упозна запослене. Прикупљени подаци могу бити злоупотребљени на више начина, што укључује и њихово коришћење у сврху која ни на који начин није повезана са професионалном активношћу запосленог, као и за циљеве који су другачији од циља ради којег су подаци изворно прикупљени. Заштита података о личности прикупљених у поступку вредновања, стога, подразумева и начелну обавезу послодавца да користи ове податке само у сврху ради које их је првобитно прикупљао (енгл. *finality principle*), док употреба података у друге сврхе може бити дозвољена само ако се они користе за сврху која није супротна њиховом првобитном циљу („компатибилност“ оригиналне и нове сврхе прикупљања података у поступку вредновања). Ово под условом да су предузете неопходне мере да се спречи погрешна интерпетација података која може настати услед њихове употребе у другом контексту.³¹ Делотворна заштита података о личности запослених

30 Подаци о личности запосленог могу бити садржани и у субјективним оценама, јер и оне могу обухватити и елементе који се тичу његовог физичког, психолошког, психичког, економског, културног или социјалног идентитета, укључујући и евалуацију која је сумирана као одређени резултат или место на ранг-листи. Working Party on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data (Article 29 – Data Protection Working Party), *Recommendation 1/2001 on Employee Evaluation Data* (5008/01/EN final).

31 Тако би, примера ради, подаци о продуктивности запосленог који су изворно прикупљени ради одлучивања о упућивању запослених на стручно усавршавање могли да се користе и за доношење одлуке о додели новоуведене награде за највредније раднике, али не и за дисциплинско кажњавање запосленог због незадовољавајућег радног учинка. То је потврђено и у стандардима Међународне организације рада, који, додатно, забрањују да се за контролу и вредновање рада користе „лични подаци који су прикупљени у вези са техничким или организационим мерама које треба да обезбеде сигурност и добар рад аутоматских информационих система“ (International Labour Organization, *Protection of workers' personal data, An ILO code of practice*, International Labour Office, Geneva, 1997, тач. 5.2–5.4.). Овај изузетак се, дакле, односи на техничке и организационе мере које су неопходне за функционисање информационих система, а неизбежно имају за последицу континуирани надзор над радом запослених, нарочито оних који раде у рачунарским центрима. Тако прикупљени подаци могу се користити само у сврху због које је надзор и уведен (добро функционисање информационог система), тако да је послодавцима забрањено да, посредством сигурносних мера, посредно вреднују рад запослених. *Commentary on the ILO code of practice on the protection of workers' personal data*, стр. 13–14.

подразумева и обавезу послодавца да заштити поверљивост података до којих долази у поступку вредновања. Та обавеза произлази из *начела савесности и поштења*, заједно са обавезом да се запосленима који то желе омогући приступ оценама на основу којих послодавац доноси одлуке од значаја за њихов радноправни положај. Осим тога, запослени имају и право да захтевају исправку нетачних података и брисање података који нису од непосредног значаја за процену њихових професионалних способности.³² Са друге стране, из начела савесности и поштења извире обавеза запослених да у доброј вери попуњавају тестове или на други начин одговарају на питања и захтеве послодавца или чланова комисије за вредновање, док се упорно одбијање запосленог да приступи законито организованом вредновању о којем је претходно био обавештен може квалификовати као повреда радне обавезе.³³

За разлику од већинског упоредноправног решења, домаћи законодавац уређује питање вредновања само посредно, барем када је реч о запосленима у општем режиму радних односа.³⁴ Ово питање, је, наиме, уређено или тек наговештено у одредбама Закона о раду које се односе на зараду за обављени рад и време проведено на раду, као и у одредби којом је потврђено да послодавац може да да отказ запосленом који „не остварује резултате рада, односно нема потребна знања и способности за обављање послова на којима ради“.³⁵

Потоња одредба захтева посебну пажњу, јер пре примене отказног разлога који се састоји у неостваривању резултата рада, послодавац мора поуздано утврдити да запослени не обавља послове у предвиђеном обиму и са предвиђеним квалитетом. Праћење резултата рада, притом, „не подразумева само праћење финансијских резултата пословања, већ

32 Recommendation No. R (89) 2, тач. 5.3. и 12.1.

33 Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation, 10 juillet 2002, n° 00-42368, <http://legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007442093&fastReqId=1525125667&fastPos=115>, 20. новембар 2012.

34 За разлику од вредновања рада запослених чији је послодавац приватно лице, *вредновање рада државних службеника* је непосредно уређено законом, заједно са питањем њиховог напредовања. Незадовољавајућа оцена на ванредном оцењивању државних службеника је, тако, утврђена као разлог за престанак радног односа независно од воље службеника и послодавца, док је оцена „задовољава“ квалификована као разлог за премештај службеника на радно место разврстано у непосредно ниже звање, односно као разлог да му се одреди нижи платни разред ако такво радно место не постоји. Видети: Закон о државним службеницима (*Службени гласник РС*, бр. 79/05, 81/05, 83/05, 64/07, 67/07, 116/08 и 104/09), чл. 82–86; Уредба о оцењивању државних службеника (*Службени гласник РС*, бр. 11/06); за критичку анализу ових одредаба видети у: Александра Рабреновић, „Оцењивање државних службеника као основ за напредовање, награђивање и отпуштање“, *Правни животи*, број 11/2009, стр. 133–147.

35 Закон о раду (*Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05 и 54/09), члан 179, тачка 1.

и однос запосленог према послу који обавља, његово залагање на раду, као и утицај осталих фактора који доприносе остварењу предвиђених резултата рада³⁶. То, даље, значи да неостваривање резултата рада, само по себи, *не* може представљати оправдани разлог за отказ. Таквој квалификацији може бити места само ако је послодавац утврдио да „резултати рада, односно захтеваног радног учинка, изостају, због недовољног рада запосленог и његовог незалагања, односно одсуства потребног знања и способности или неукости запосленог“³⁷. Послодавац ће, тако, примера ради, имати оправдани разлог за отказ ако запослени „због своје плахе природе, није у могућности довољно квалитетно обављати послове“³⁸. И супротно, оправданог разлога за отказ нема ако запослени није остварио резултате рада због своје болести, као и због недостатка сировина, економских тешкоћа или других разлога који се, чак, и само делимично, могу приписати послодавцу³⁹. Осим тога, неостваривање резултата рада не може представљати оправдани разлог за отказ ни ако резултати које је запослени требало да оствари нису били *реални (остварљиви)*.⁴⁰

Послодавац може користити предметни отказни разлог само ако су *јуреиходно ујвврђена мерила којима се квантификује остваривање резултата рада*.⁴¹ Резултати рада се, притом, мере *радним учинком*, који

36 Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, бр. Гж1. 2044/12, од 10. септембра 2012. године, <http://www.ns.ap.sud.rs/index.php/src/sudska-praksa/257-gz1-2044-12>, 3. март 2013.

37 *Ibid.*

38 Пресуда Врховног суда Републике Хрватске, Рев. 3048/99, од 11. септембра 2000. године (у овом случају, запослени је радио на пословима продавца техничке робе).

39 „За отказ уговора о раду и престанак радног односа [...] потребно је утврдити да запослени не остварује резултате рада и да је такво понашање запосленог неоправдано. Неостваривање резултата рада на пословима радног места на коме је запослени распоређен сматра се неоправданим ако нису постојали легитимни разлози због којих запослени није остварио резултате рада, у које спада и привремена спреченост запосленог за рад услед болести“ (Пресуда Врховног суда Србије Рев. II 706/06).

40 Интересантно је уочити да се у француској судској пракси, потоњи захтев разуме и као захтев за *усклађеношћу резултата које би запослени требало да оствари са економским стањем у сектору у којем ради*, с тим што се коначна оцена о томе да ли су одређени резултати (не)реални мора дати у светлу способности одређеног лица. Тако, примера ради, продаја производа који се иначе тешко продаје на тржишту у вредности од пет милиона франака, сама по себи, не представља нереалан циљ, чак ни у односу на стање на тржишту, али би тако могла да се квалификује у односу на одређеног запосленог, нпр. продавца којем је то утврђено као циљ првог радног задатка у оквиру првог запослења. Видети: Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 13 mars 2001, n° 99-41.812.

41 Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 4735/93, од 19. јануара 1994. године. Нав. према: Зоран Ивошевић, Боривоје Шундерић, Остоја Милисављевић, *Заштитна пра-*

се, у складу са законским одредбама о обрачунавању зараде, утврђује на основу квалитета и обима обављеног посла и односа запосленог према радним обавезама.⁴² Да би се овај отказни разлог применио неопходно је, дакле, да постоје унапред утврђени *нормативи и стандарди рада*, који се тичу квалитета и обима посла, као и други критеријуми за мерење радног учинка који могу бити утврђени колективним уговором или правилником о раду.⁴³ Сагласно међународним радним стандардима, у домаћој судској пракси је афирмисан став да послодавац може запосленом да откаже уговор о раду због неостваривања резултата рада само ако је испуњен још један допунски услов. Он се тиче послодавчеве обавезе да запосленом „да инструкције и писмено упозорење о тој околности, са остављањем одређеног рока за побољшање радног учинка“.⁴⁴ Запосленом се на тај начин пружа последња шанса за обављање послова који ће својим квалитетом и обимом одговорати очекиваним стандардима, тако да послодавац може да да отказ тек ако запослени не буде унапредио свој учинак ни у накнадном примереном року.

Законодавчев пропуст да уреди начела вредновања рада запослених био је значајно ублажен закључењем Општег колективног уговора (2008),

ва у сјоровима из радној односа – њрвих 500 одлука Врховној суда Србије, њракса усјавних судова и мишиљења минисјарсјава за рад, Савремена администрација, Београд, 1994, стр. 114.

42 Закон о раду (*Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05 и 54/09), члан 107, став 2.

43 Тако је резоновало и Апелациони суд у Новом Саду, када је закључио да „прописана Процедура о начину праћења и резултата рада запослених“ не може да надомести непостојање норматива и стандарда рада. У овом случају, послодавац је отказао уговор о раду запосленој – саветнику за клијенте, зато што, упркос додатној обуци, није успела да поправи свој учинак, ни по питању обима, ни по питању квалитета рада (броја клијената и вредност кредитног пласмана). По оцени првостепеног и Апелационог суда, таква одлука је била незаконита, јер код послодавца „није било регулисано шта подразумева остваривање 100% плана на одређеном радном месту, односно није била прописана доња граница резултата коју је тужиља требало да оствари, да би се сматрало да је успешно остварила постављене циљеве пословања“. Осим тога, послодавац се није придржавао аутономног правила да се запосленом који, због недовољног залагања, не испуни план на месечном нивоу, може отказати уговор о раду само ако и после предузимања одређених мера (додатна обука, смањење кварталног плана, умањење зараде, одређивање додатног рока за побољшање резултата рада) – поново не испуни квартални план. Ово тим пре што је у предметном случају, додатна обука запослене трајала само један дан (пресуда Апелационог суда у Новом Саду, бр. Гж1. 2044/12, од 10. септембра 2012. године).

44 Пресуда Врховног суда Србије Рев. II 17/06, од 29. марта 2006. године, *Билтен судске њраксе*, број 3/2006, стр. 77–78. Упоредити са Препоруком Међународне организације рада број 166 о престанку радног односа, тачка 8 („радни однос радника не може престати због незадовољавајућег учинка, осим ако је послодавац дао раднику одговарајућа упутства и писано упозорење, а радник, и након истека разумног периода за поправљање, настави да обавља своје дужности на незадовољавајући начин“).

чије су одредбе непосредно уређивале поступак за утврђивање знања и способности запослених, односно резултата њиховог рада. Њима је, прецизније, била утврђена обавеза непосредног руководиоца запосленог који у периоду од три месеца не покаже потребна знања и способности за обављање послова на којима ради, односно не остварује одговарајуће резултате рада – да покрене поступак за утврђивање знања и способности или поступак за утврђивање резултата рада.⁴⁵ По пријему овог захтева, директор је био дужан да, ради утврђивања знања и способности, односно резултата рада тог запосленог, образује комисију састављену од лица која имају најмање исти степен стручне спреме одређене врсте занимања као и запослени. У случају негативног закључка комисије, послодавац је могао да откаже уговор о раду, али, под условом да није у могућности да запосленом понуди обављање другог одговарајућег посла.⁴⁶ Премда је овакво решење обезбедило важне процесне гаранције у поступку утврђивања способности запослених и резултата њиховог рада, чини се да је вршење читавог сегмента управљачке власти послодавца који се тиче вредновања способности и рада запослених требало условити захтевом да се током вредновања морају поштовати њихова људска права и слободе, посебно када је реч о праву на достојанство и забрани дискриминације.⁴⁷ Стога постоји потреба да овај и други захтеви буду уважени у домаћем радном законодавству, најмање кроз законска начела вредновања способности и рада запослених.

VI Закључак

Премда су послодавчева овлашћења у области вредновања способности и рада запослених, с правом, врло широка, она не смеју бити и неограничена, посебно у погледу иницирања престанка радног односа због разлога који постоје на страни запосленог (неостваривање резултата рада или непоседовање потребних знања и способности за обављање поверених послова), као и због потреба послодавца (злоупотреба критеријума за утврђивање вишка запослених који се тиче обима и квалитета обављених послова). Исто вреди и за процену испуњености услова за напредовање и стручно усавршавање запослених, будући да се вредновање њихових способности и рада може разумети и као верификација адекватности запосленог једном радном месту, као и верификација његове способности да се прилагођава организационим

45 Општи колективни уговор (*Службени гласник РС*, бр. 50/08, 104/08 и 8/09), члан 48, ст. 1–2.

46 *Ibid.*, ст. 3/4.

47 Уп. са Marie-France Mialon, *Les pouvoirs de l'employeur*, L. G. D. J., Paris, 1996, стр. 80.

променама. Стога се пропуштање српског законодавца да утврди начела праћења и оцењивања способности и рада запослених појављује као озбиљан ризик за сигурност запослења и објективно одлучивање о многим правима, обавезама и одговорностима из радног односа. Ово тим пре што се предметна питања ретко уређују колективним уговорима, једностраним актима послодавца и уговорима о раду, што има за последицу да послодавци произвољно и од случаја до случаја бирају начин и критеријуме вредновања. Због тога би новелом Закона о раду требало ограничити послодавчево овлашћење за вредновање рада запослених, и то, постављањем *најмање два материјална захтева*. Први од њих гласи: за вредновање треба користити критеријуме који су примерени сврси вредновања (начело умесности, оправданости, основаности, фр. *principe de pertinence*).⁴⁸ Поред тога, Законом би требало утврдити и обавезу да се за вредновање рада запослених користе критеријуми који обезбеђују што већу објективност. То у пракси није увек лако обезбедити, посебно ако се има у виду да послодавци неретко оцењују мотивисаност запослених, њихову креативност, предузимљивост, интегритет, приврженост вредностима одређене радне средине, лојалност послодавцу, однос према клијентима послодавца и друге елемената понашања о чијем прецизном значењу постоје озбиљне недоумице.⁴⁹ Ово тим пре што за велики број броја послова, пре свега оних интелектуалних, није могуће квантитативно изразити резултате рада, што додатно угрожава објективност оцене рада запослених којима је поверено њихово обављање. Осим тога, објективност оцењивања отежава и то што се понекад не прави, иначе неспорна, разлика између вредновања рада запослених, са једне стране и надзора над њиховим радом (и понашањем на месту рада и у радно време) који послодавац остварује као допуну (и гаранцију) своје дисциплинске власти.

Поред ова два материјална захтева која се односе на ограничавање послодавчевих евалуационих овлашћења, законском новелом требало би утврдити и одређене *процесне гаранције*. То, најпре вреди за обавезу послодавца да претходно упозна запослене са мерилима и поступком вредновања. Овом предлогу може се прибројати и предлог о утврђивању правила о *надлежности за оцењивање*, која, такође, треба да допринесу објективности и поузданости поступка вредновања, будући да запослени који су непосредно надређени запосленом чији се рад оцењује неретко нису у стању да то објективно учине, што се негативно одражава на радно окружење.⁵⁰ Осим тога, законом би требало утврдити

48 Р. Lokies, *нав. дело*, стр. 196.

49 *Ibid.* Тако и А. Lyon-Caen, *нав. дело*, стр. 93–94.

50 Оцењивање рада запослених може вршити сâм послодавац, комисија за вредновање рада запослених или други запослени коме послодавац повери то овлашћење. Ипак,

и јасна правила о *последицама оцењивања, контроли оцењивача и другим правним гаранцијама у вези са оцењивањем*.⁵¹ Томе се придружује и захтев да се послодавци уздрже од употребе метода вредновања који угрожавају психичко здравље запослених, што је најизраженије код метода који су усмерени искључиво на повећање продуктивности рада, производећи готово неограничену конкуренцију међу запосленима. На овај захтев надовезује се и захтев да се, поред права на здравље и достојанство, приликом вредновања рада запослених морају поштовати и њихова остала људска права и слободе, посебно када је реч о праву на поштовању приватног живота и забрани дискриминације. Стога се за вредновање не смеју користити тестови којима се угрожавају права и слободе запослених, осим ако је реч о ограничењима која су оправдана (због природе поверених послова) и сразмерна жељеном циљу који није могуће остварити на неки други, по права запослених, мање инвазиван начин. Потоњи захтев једнако вреди и за поступак претходне провере радних способности кандидата за запослење, због чега би новелама Закона о раду и Закона о запошљавању и осигурању за случај незапослености требало утврдити обавезу послодавца да својим општим актом определи послове за које ће вршити претходну проверу радних способности, као и методе и надлежност за оцењивање способности кандидата, уз обезбеђивање поузданости тестова и експертизе оцењивача, као и коректности резултата тестова. И, најзад, потреба за посебним уређивањем вредновања способности радника постоји и у погледу уговора о раду који садрже клаузулу о пробном раду. Ово стога што током пробног рада, послодавац има право и обавезу да оцењује способности запосленог, тако да његово уверење да запослени нема потребне вештине, умећа и способности за рад има за последицу престанак радног односа. Такав значај вредновања није на одговарајући начин уважен у домаћем законодавству, због чега би Законом о раду требало утврдити и начела вредновања (и проверавања) способности запосленог за време пробног рада.

у судској пракси и стручној литератури, с правом, преовладава став да би предност приликом додељивања одговарајућих задатака требало дати колегијалном телу. Тако нпр. пресуда Врховног суда Србије Рев II 69/069, од 9. фебруара 2006. године („Неостваривање резултата рада спада у разлоге способности и зато мора бити утврђено на објективан и поуздан начин. Ово утврђивање се обично препушта трочланој стручној комисији“).

51 Уп. са Никола Стјепановић, „Оцењивање и унапређивање службеника“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 3/57, стр. 312–317.

Ljubinka KOVAČEVIĆ, PhD

Assistant Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

EVALUATION OF EMPLOYEES' CAPACITIES AND WORK – KEY LEGAL ASPECTS

Summary

The employer's managerial power is marked with his prerogative to evaluate employees' performance in order to motivate them so that they work harder in course of realizing employer's (long-term and short-term) objectives. Also, the basic purposes of employees' work evaluation are to prevent employees' misconduct and to make fair decisions concerning their salaries, promotion and professional development. At the same time, poor performing of working tasks can not be just cause for dismissal, unless the employer has given the employee appropriate instructions and warning and the employee continues to perform his duties unsatisfactorily. This paper aims at analyzing these aspects of employees' work evaluation in comparative and Serbian labour law. Also, the author examines whether or not the choice of certain evaluation methods can be qualified as a new psychosocial risk at work due to their harmful effects on employees' dignity and well-being (e.g. /forced/ ranking). It is concluded that the Republic of Serbia has enacted legislation dealing with evaluation of civil servants' work in its entirety. However, domestic legislator and national representative social partners have not adopted legislation governing criteria, methods and process of work evaluation. This situation causes uncertainty, especially in the area of termination of employment for unsatisfactory performance. For these reason, the next step in regulation of employer's evaluation prerogative should ensure effective protection against its abusive exercise and should eliminate the arbitrariness connected with making decisions on employees' promotion, salaries and dismissal.

Key words: *employer's managerial prerogative, work evaluation, dismissal for unsatisfactory performance, evaluation methods.*

Филиј БОЈИЋ, мастер
асистент Правног факултета Универзитета у Београду

ПОСЕБНА ПРИЗНАЊА ЗА ЗАСЛУЖНЕ УМЕТНИКЕ: САВРЕМЕНЕ ДИЛЕМЕ И БУДУЋА РЕШЕЊА*

Резиме

Нови домаћи њравни инстџиџуџ џосебноџ џризнања уметџницима за врхунски доџринос националноџ кулџури (џџзв. национална џензија) од своџ усџановљења и џрвих корака џримене сџвара бројне конџроверзе и недоумице у јавносџи. Наџме, џосџављају се суџџинска џиџања да ли је реч о класичном социјалном давању џосебноџ врсџи уметџника услед ниских џримања након одласка у џензију или је реч о наџради, као сџецифичном џризнању вредновања и џризнања џиховом минулом раду.

Ауџор у овом раду насџоји да џоменуџе конџроверзе џравно анализира, исџичуџи џри џом сџецифичносџи чињенице да је овај инстџиџуџ веџином неџознаџи у државама у окружењу. Исџовремено, џџежи да џону-ди и ориџналне закључке на џиџања о моџивима коџи су руководили законодавца да уреди један овакав инстџиџуџ. Полазеџи од исџоријске и уџоредне анализе сличних инстџиџуџа на овим џросџорима, ауџор заузима еквидисџанцу између џосџојеџеџи и џоџенцијалноџ будуџеџи решења, исџичуџи оџрез у даљем џравном уређењу овоџ инстџиџуџа.

Као џосебан џроблем, ауџор исџиче џравну џприроду џџзв. националних џензија, џокушавајуџи да укаже на сферу социјалноџ давања и обезбеђења уметџника, џозивајуџи се и на срџску џтрадицију, дајуџи бројне

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

примере који иошкрейљују ову идеју. Са друге стране, анализира и идеју посебно признања за врхунска уметничка достижња, уоређујући решења српској законодавца са сличним решењима у Црној Гори и Руској Федерацији. Аутор се бави и ишћањем критеријума од којима ириадници националних мањина моу бити корисници овој признања. На крају овој рада, аутор ишежи да ионуди ориинално и ново решење будућеј иравној уређења овој контироверзној, а веома актиуелној инстишуту у целини.

Кључне речи: посебно признање за врхунски допринос националној култури, социјално давање, награда, Закон о култури, уметник.

Посебно признање уметницима за врхунски допринос националној култури тзв. национална пензија представља институт домаћег права, који последњих неколико година изазива бројне полемике у друштву. Тешко је одредити *genus proximum* овог института и извести закључак да ли га треба посматрати у оквирима социјалног права. Дилема је да ли би основни циљ био додатно социјално обезбеђење уметника у случајевима наступања неког социјалног ризика приликом којег се уметницима обезбеђује већи обим права у односу на већ стечена права посредством система социјалног осигурања или наведени институт треба потпуно разграничити од идеје социјалног обезбеђења и једноставно га посматрати као вид награде тј. посебне почасте за уметнички допринос националној култури. Можда је најједноставније посебно признање уметницима као доживотно новчано давање, о чему ће бити детаљније разматрано у раду, посматрати као *sui generis* давање које обезбеђује држава у складу са прописаним критеријумима. Овакав вид давања уочава се и у области спорта где заслужни спористи и тренери остварују право на национално признање које се огледа у виду дипломе и доживотног месечног новчаног примања,¹ а сличан концепт се примењује

1 Закон о спорту Републике Србије (Службени гласник РС, бр. 24/2011 и 99/2011 – др. закон) предвиђа да „Спортистима, држављанима Републике Србије који су као репрезентативци Републике Србије освојили медаљу на Олимпијским играма, Параолимпијским играма, Шаховској олимпијади, светским и европским првенствима у олимпијским и параолимпијским спортским дисциплинама, или су били носиоци светског рекорда у олимпијским и параолимпијским спортским дисциплинама, или постану освајачи ДЕЈВИС Куп-а или ФЕД Куп-а Међународне тениске федерације, додељује се национално спортско признање у виду доживотног месечног новчаног примања након навршених 40 година живота“, вид. чл. 123. Опширније у Уредби о националним признањима и наградама за посебан допринос развоју и афирмацији спорта (Сл. гласник РС, бр. 24/2009 и 88/2009). Спортистима је у највећем броју случајева ово давање једини извор средстава, док се код посебних признања уметницима наведено давање исплаћује уз пензију.

и за чланове Српске академије наука и уметности где редовним и дописним члановима Академије „припада академијска награда као вид друштвеног признања, која се исплаћује месечно“.²

Најшире посматрано, посебно признање уметницима дефинише се као посебно давање које се обезбеђује из буџета Републике Србије за уметнике у областима књижевности, музике, сценске и визуелне уметности и кинематографије, а који су својим уметничким радом оставили трајан допринос култури земље. Правни основ је у актуелном Закону о култури, усвојеном 2009. године, у којем се предвиђа да Влада Републике Србије може доделити признање у виду доживотног месечног новчаног примања уметнику, односно стручњаку у култури, за врхунски допринос националној култури, односно култури националних мањина.³ Закон предвиђа да ближе услове и начин доделе признања утврђује Влада Републике Србије, која је је у вези са овим питањем усвојила до сада пет уредби којима се ближе уређују услови под којима неко лице може остварити право на посебно признање за врхунски допринос националној култури. Вреди напоменути да претходни закони који су регулисали област културе, Закон о делатностима од општег интереса у области културе и Закон о самосталном обављању уметничке или друге делатности у области културе⁴ нису предвиђали могућност доделе посебног признања заслужним уметницима, па се законодавац у уредбама донетим пре ступања на снагу Закона о култури из 2009. године, позивао на Устав Републике Србије којим се утврђује надлежност Владе да доноси уредбе и друге опште правне акте ради извршавања закона, те се

2 Закон о Српској академији наука и уметности (*Службени гласник РС*, бр. 18/2010), чл. 15. Наводи се и да се „висина награде за редовне чланове Академије утврђује у износу две и по просечне нето зараде по запосленом у Републици Србији остварене у јуну месецу претходне године, а према подацима републичког органа управе надлежног за статистику, а висина награде за дописне чланове Академије утврђује се у износу двоструке просечне нето зараде по запосленом у Републици Србији остварене у јуну месецу претходне године, а према подацима републичког органа управе надлежног за статистику“. Поједини чланови Академије, одрекли су се могућности да остваре право на посебно признање уметницима уз образложење да већ остварују право на академијску награду. „Да буду предложени за националну пензију до сада су одбили академици Добрица Ђосић, Матија Бећковић, Љубомир Симовић, Предраг Палавистра, Никола Јанковић и Светлана Велмар-Јанковић уз образложење да сматрају да је неморално да поред редовне пензије и академског додатка од 85 000 динара добијају и националну пензију.“ Вид. више на: <http://www.rts.rs/page/stories/sr/story/125/Dru%C5%A1tvo/1025762/Nacionalne+penzije,+%22za%22+i+%22protiv%22.html>, 5.4.2013.

3 Закон о култури (*Службени гласник РС*, бр. 72/2009), чл. 14.

4 Закон о делатностима од општег интереса у области културе (*Службени гласник РС*, бр. 49/92); Закон о самосталном обављању делатности у области културе (*Службени гласник РС*, бр. 42/98).

из наведеног члана црпи право Владе да одлучује о додели националних признања заслужним уметницима.⁵ Поставља се питање на основу ког закона је Влада имала могућност извођења права на доношење уредби којим се регулише област посебних признања, ако је утврђено да претходним законима ово право није било предвиђено. Следствено овоме, могло се довести у питање и уставност донетих уредби.⁶

Интересантно је да је овај институт непознат у већини земаља окружења, као и у законодавствима држава чланица Европске уније. Србија је прва земља у Европи која је на овај начин уредила права истакнутим уметницима и као што је наведено, за њих обезбедила посебна давања из буџета. Поставља се питање из ког разлога је наша земља пионир у овој области, те ће се наведено питање детаљније анализирати у оквиру рада. Одговор се, пре свега, може потражити у чињеници да је положај уметника у Србији прилично тежак, да су пензије обезбеђене посебним доприносима за самосталне уметнике, којих је највише међу корисницима признања, прилично ниске, па се на неки начин усвојеним уредбама индиректно исправља један вид лошег статуса уметника у држави обезбеђењем посебних давања, а у периоду када нису у могућности да обављају делатност у пуном обиму, односно у тренутку када превасходно наступи социјални ризик старости.⁷ Опште узев, положај уметника у Србији је одувек био више неповољан, како

5 Устав Републике Србије (*Службени гласник РС*, бр. 98/2006), чл. 123 ст. 3.

6 Уредбе о националним признањима изазивају и додатне полемике у јавности, нарочито у вези са утврђеним критеријумима приликом доделе признања. Ваља напоменути и да је пред Уставним судом Србије поднета иницијатива за оцену уставности и законитости прве Уредбе о додели националних пензија истакнутим уметницима у оквиру које се наводи да „оспорена Уредба нема упориште у Уставу, нити у важећим позитивним законским прописима, као што су Закон о пензијском и инвалидском осигурању и Закон о здравственој заштити“. Због „непостојања процесних претпоставки за вођење поступка и мериторно одлучивање“ Уставни суд је одбацио иницијативу, јер иницијатор није прецизно навео у односу на који Устав се тражи оцена уставности, имајући у виду да је иницијатива сачињена 31. октобра 2006. године током важења Устава Републике Србије од 1990. године, који је престао да важи 8. новембра 2006. године, ступањем на снагу актуелног Устава Републике Србије. Након ове неуспеле иницијативе, не уочавају се нови поступци у вези са оценом уставности уредби које уређују материју националних признања заслужним уметницима. Закључак Уставног суда донет на седници одржаној 22. маја 2008. године, којим се одбацује иницијатива за оцену уставности и законитости Уредбе о додели националних пензија истакнутим уметницима (*Службени гласник РС*, бр. 79/2006).

7 Ове године је предвиђено да се из буџета издваја 0,6% за културу. У земљама чланицама Европске уније ситуација је драстично другачија, па се за културу издваја знатно више средстава (од 1–1,5%). Засигурно представља занимљивост да је претходних година, као и деведесетих година двадесетог века у Србији одвајано више буџетских средстава за културу, но данас. У протеклом периоду издвајало се 1,2%.

током радног века, тако и у периоду када нису више способни да се баве уметничком делатношћу услед наступања неког од социјалних ризика. Према писању Јовића и Павићевића кроз историју српске културе и уметности, неки од највећих српских писаца и сликара, тешко су могли живети од свог уметничког рада па су у знатном броју случајева морали да се баве другим пословима од којих су могли себи и својој породици обезбедити пристојан живот.⁸ Слична ситуација је присутна и данас.⁹ И даље су приходи уметника нередовни и ниски, а обично се више води рачуна о делатности, него о појединцима.¹⁰

Уметницима који нису у радном односу, тзв. слободним или самосталним уметницима, обезбеђује се одређени степен социјалне сигурности на основу уплата доприноса за пензијско и инвалидско осигурање и доприноса за здравствено осигурање, за која се средства обезбеђују у буџету Републике Србије, буџету аутономне покрајине, односно буџету јединице локалне самоуправе, посредством репрезентативног удружења у култури код кога је то лице уведено у евиденцију.¹¹ Овај концепт обезбеђења слободних уметника у Србији присутан је од педесетих година двадесетог века, када се усвајају прве уредбе и одлуке којима се регулише социјално осигурање уметника – Уредба о социјалном осигурању уметника (1955),¹² Одлука о социјалном осигурању музич-

8 „Захарије Стефановић Орфелин скитао је по разним местима и службама, неста-лан је без средстава за живот, а последњих година живота није могао од књижевног живота живети те је провео у беди. Доситеј Обрадовић, исто лута, учитељује и скоро читав живот живи у материјалнијој несигурности. Павле Соларић, Доситејев најмилији ученик, последње године је проживео у великој оскудици, умро је усамљен и у беди. Милован Видаковић је живот докрајчио давањем часова, умро је такође у беди. Сима Милутиновић Сарајлија је такође гладовао кад је писао и био неспособан за ма какав правац у животу.“ Јовић и Павићевић се такође на-воде да је и Вук Стефановић Караџић често био у ситуацијама када није могао обезбедити пристојан живот себи и својој породици те цитирају писмо из 1825. године у којем Караџић пише пријатељу: „Не могу вам казати у каквој сам ја сада невољи. Верујте ми да на Божић нијесам имао зашто купити фунте меса, а камоли печенице! Мислећи, који је онда дан, и гледајући на децу своју, плакао сам као луде дијете...“ Вујадин Јокић, Светислав Павићевић, *Друшћивени йоложај слободних уметника*, Београд, 1969, стр. 13–14.

9 Неки од најзначајнијих савремених уметника, последње године живота провели су у веома тешким условима. Глумац Миодраг Петровић Чкаља, умро је скоро па заборављен, а на банковном рачуну једне од највећих звезда СФРЈ, остало је свега 800 евра. Глумица Радмила Савићевић је једном приликом рекла: „Да живимо негде другде, ви би на ово снимање долетили мојим хеликоптером, а да снимите Чкаљу ишли би на његово острво“. Ранко Мунитић, *Чкаља*, Новости, Београд, 2005, стр. 164.

10 В. Јокић, С. Павићевић, *нав. дело*, стр. 20.

11 Закон о култури, чл. 71.

12 Уредба о социјалном осигурању уметника (*Службени лист ФНРЈ*, бр. 32/55).

ких уметника, Одлука о социјалном осигурању преводилаца научних и књижевних дела, Одлука о социјалном осигурању филмских радника.¹³ Пре доношења уредби, у тадашњој ФРНЈ током периода административног социјализма, примењиван је концепт по којем су „сви уметници били у обавези да буду везани за неку културно-уметничку установу која је морала имати стално запослене уметнике, а они су били разврставани и плаћани по закону о државним службеницима“.¹⁴ Закон данас дефинише појам самосталног уметника као „физичко лице које самостално, у виду занимања, обавља уметничку делатност и коме је репрезентативно удружење у култури утврдило статус лица које самостално обавља уметничку или другу делатност у области културе“.¹⁵ На основу утврђеног статуса који се утврђује у складу са законом и уписа у евиденцију код репрезентативног удружења, самостални уметник остварује право на уплату доприноса за пензијско и инвалидско осигурање, као и доприноса за здравствено осигурање и на тај начин остварује права у случајевима наступања одређеног социјалног ризика. Поменимо да је Законом о култури уведен и појам „истакнутог уметника и истакнутог стручњака у култури, а односи се на уметника, односно стручњака у култури који је својим радом у области културне делатности дао врхунски допринос националној култури, односно култури националних мањина у Републици Србији и за којег се према Закону из буџета Републике Србије обезбеђују средства за уплату доприноса за пензијско и инвалидско осигурање и доприноса за здравствено осигурање“.¹⁶ Посебним Правилником се овај појам разрађује, формирана је и комисија, али још није познато да ли је неко од уметника стекао овај статус. Може се тумачити да идеја увођења новог појма у домаће законодавство вероватно тежи ка јаснијим критеријумима приликом уплате доприноса уметницима од стране државе, а чак и промене социјалистичког концепта обезбеђења самосталних уметника, који последњих година у јавности изазива полемике и захтева извесне реформе. Због одређених злоупотреба приликом уплата доприноса

13 Све три одлуке објављене су у: *Службени листи ФНРЈ*, бр. 32/55.

14 В. Јокић, С. Павићевић, *нав. дело*, стр. 22.

15 Закон о култури, чл. 58. На сличан начин појам самосталног уметника дефинише и Закон о доприносима за обавезно социјално осигурање (*Службени гласник РС*, бр. 84/04, 61/05, 62/06, 5/09, 52/11, 101/11, 7/12, 8/2013): „Самостални уметник је осигураник – физичко лице које самостално, у виду занимања, обавља уметничку делатност и коме је репрезентативно удружење у култури утврдило статус лица које самостално обавља уметничку или другу делатност у области културе, у складу са законом који уређује област културе, ако није осигуран по другом основу“, чл. 6, ст. 1, тач. 16; опширније вид. у Правилнику о обрасцу пријаве за утврђивање обавезе доприноса за обавезно социјално осигурање за самосталне уметнике (*Службени гласник РС*, бр. 65/2005 и 116/2006).

16 Закон о култури, чл. 68–69.

од стране репрезентативних удружења, поједини уметници остајали су необезбеђени или би висина пензија, по остваривању права, у великом броју случајева била и испод просека, па је сходно томе посебно признање уз стечену пензију, представљало заиста значајно давање које обезбеђује пристојан живот уметницима.

Из наведеног, потребно је јасно дефинисати концепт посебних признања уметницима за врхунски допринос националној култури и јасно разграничити ствари, односно утврдити да ли национално признање треба да представља посебно признање за целокупни рад уметника, један вид почаста, награде за целокупни уметнички допринос, али и мотивације за даљи наставак успешног и истовремено безбрижног уметничког рада. Можда национална признања уметницима треба посматрати чак и у оквирима социјалне заштите као „помоћи друштва својим материјално и социјално угроженим члановима“, где се заслужним појединцима омогућава посебно социјално давање као један вид додатне престације за сигурнију и достојанственију старост, а онда када је моћ уметничког деловања умањена.¹⁷ Ово решење се доводи у питање, јер се крши са начелим социјалне заштите где се предвиђа да је обавеза социјалне заштите пружање „основне материјалне сигурности материјално – необезбеђеним лицима“.¹⁸ Уметници, и поред ниских пензија, ипак се сматрају материјално – обезбеђеним лицима и само мали број њих, који из неких разлога нису остварили право на пензију, може бити укључен у мере социјалне заштите. Такође, велики број уметника обавља своју уметничку делатност и после пензионисања, па и поред посебног признања и даље настављају да се баве својим уметничким радом и самим тим стичу приходе и поред чињенице да су корисници пензије и новчаног давања на основу посебног признања. Иако, друго решење у нашим тренутним економским условима може неком бити прихватљивије, такође увек постоји ризик од позивања на забрану дискриминације приликом доделе посебних признања и постављана питања зашто би се само социјално угроженим уметницима додељивало признање, а не рецимо представницима одређених других професија где су социјална давања ниска или представници потпадају под опсег социјалне заштите.¹⁹

17 Боривоје Шундерић, *Социјално право*, Београд, 2009, стр. 179.

18 Б. Шундерић, *нав. дело*, стр. 181; Закон о социјалној заштити предвиђа да „сваки појединац и породица којима је неопходна друштвена помоћ и подршка ради савладавања социјалних и животних тешкоћа и стварања услова за задовољење основних животних потреба имају право на социјалну заштиту у складу са законом“, Закон о социјалној заштити (*Службени гласник РС*, бр. 24/2011), чл. 4.

19 Закон о социјалној заштити предвиђа да је „забрањена дискриминација корисника социјалне заштите по онову расе, пола, старости, националне припадности, социјалног порекла, сексуалне оријентације, вероисповести, политичког, синди-

Ваља напоменути занимљивост да овакав облик обезбеђења има своје корене и у српској традицији. Сличан концепт обезбеђења за служних грађана био је присутан у Србији у првој половини деветнаестог века. Указом из 1835. године, донетим непосредно после усвајања Сретењског устава од стране Кнеза Милоша Обреновића, наводи се да „уважавајући родољубиве заслуге неких одабраних лица, које она имају за премили род и отечаство наше, и желећи исте заслуге колико толико наградити како би им се обезбедила сигурна старост, решава се под данашњим даном наведеним заслужним лицима годишњу пензију у талирима сразмерно њиховим заслугама, звањима и чиновима дати“.²⁰ Пензије су се кретале у износима од 60 талира, колико је примао Јаков Ненадовић, војвода српски из периода Првог српског устанка до 400 талира колико је примао Димитрије Ђорђевић, српски пуковник.²¹ На основу Указа, право на пензију је остварило 27 лица, углавном истакнутих устаника из борби за ослобођење Србије од Турака, мада на листи су се налазила и два доктора и један учитељ. Указом је право на пензију у износу од 150 талира месечно, остварио и Вук Стефановић Караџић. Указом се прописује и да ће се пензије исплаћивати из државне касе, почевши од Ђурђевдана.²² Овај указ представља позитиван гест Кнеза Милоша, којим се одужује свима онима који су учествовали у стварању модерне српске државе. Указ донет скоро 180 година пре прве Уредбе о обезбеђењу заслужних уметника на сличан начин предвиђа обезбеђење заслужних грађана, већином као што је уочено знаменитих устаника, обезбеђењем средстава из буџета али махом су ово право остваривала лица која нису на други начин остварила право на пензију, имајући у виду да су у том периоду право на пензију остваривали само државни чиновници.²³

Упоредном анализом земаља у региону, уочено је да од некадашњих југословенских република једино Црна Гора предвиђа посебна давања

калног или другог опредељења, имовног стања, културе, језика, инвалидитета, природе социјалне искључености или другог личног својства“; чл. 25.

20 *Новине Српске*, бр. 10, 2. година, субота 9. март 1835, даље у фуснотама: *Новине српске*.

21 У напомени стоји да је Ненадовић на основу својих заслуга већ у име пензије примио капитал од којег се он и његова фамилија издржавају, па је заправо то разглог минималног износа пензије. *Новине српске*.

22 *Новине српске*.

23 Сретењски устав из 1835. године садржи одредбе којима се регулише право на пензију чиновника који услед старости или због болести своје нису више у могућности да обављају своје послове. Драгослав Јовановић, „Устав од 1835. године – Сретењски устав“, *Устави кнежевине и краљевине Србије 1835–1903*, Београд, 1988, стр. 37; *Сретењски устав*, чл. 137; Миодраг Јовичић (ур.), *Устави Кнежевине и Краљевине Србије 1835–1903*, Београд, 1988.

заслужним уметницима. Највероватније по угледу на Србију, а у складу са Законом о култури из 2008. године, наводи се да „умјетнику или стручњаку у култури, чија су дјела или стваралаштво од изузетног значаја за културу Црне Горе, може се доделити статус истакнути културни стваралац“.²⁴ Као што се уочава из наведеног, примењује се нешто другачији концепт но у Србији, али у основи по сличној замисли. О додели статуса одлучује Влада на предлог Министарства културе, а на основу Закона „истакнути културни стваралац стиче право на доживотну месечну накнаду од дана доделе статуса, у висини једне до две просечне нето зараде у Црној Гори у години која претходи исплати накнаде“.²⁵ Уредбом о критеријумима и начину додељивања статуса истакнути културни стваралац, утврђени су ближи „критеријуми и начин додјељивања статуса истакнути културни стваралац, као и услови и критеријуми за утврђивање висине и начина исплате доживотне накнаде на основу тог статуса“.²⁶ Уредбом се јасно постављају критеријуми за доделу статуса истакнути културни стваралац, много прецизније, него што је то случај са Уредбом Републике Србије из 2010. године где се, као што ће бити уочено, уређује само под којим критеријумима се може доделити право на признање. Наводи се да се „статус истакнутог културног ствароца може доделити уметнику и стручњаку у култури чије је дело и стваралаштво од изузетног значаја за културу Црне Горе, ако је: црногорски држављанин и има пребивалиште у Црној Гори; добитник најмање пет релевантних домаћих и/или међународних стручних и друштвених награда, од којих је једна државна награда Црне Горе; стваралаштво, односно стручни рад остварио континуирано у периоду од најмање 20 година; допринео развоју културних вредности Црне Горе и њеној међународној афирмацији; одговарајуће струковно удружење оценило да је његов рад од изузетног значаја за област у којој ствара, односно делује“.²⁷ У наставку се наводи да се „добитнику Тринаестојулске награде за животно дело додељује статус истакнути културни стваралац без примене наведених критеријума“.²⁸ Уочава се да се у Црној Гори као

24 Закон о култури (*Службени лист Црне Горе*, бр. 49/08, 40/11, 38/12), чл. 52.

25 Закон о култури Црне Горе, чл. 52.

26 Уредба о критеријумима и начину додјељивања статуса истакнути културни стваралац (*Службени лист Црне Горе*, бр. 78/09), чл. 1.

27 Уредба о критеријумима и начину додјељивања статуса истакнути културни стваралац, чл. 2.

28 Ваља напоменути да се у складу са Законом о државним наградама Црне Горе, Тринаестојулска награда додељује као годишња награда и као награда за животно дело. „Тринаестојулска награда за животно дело додељује се истакнутом научном раднику или уметнику, који је грађанин или држављанин Црне Горе, који је својим стваралаштвом обележио време у којем је деловао, чији је стваралчки пут заокружен и чија дела и стваралаштво представљају трајно добро Црне Горе.“ За-

битан услов не наводи да ово право може остварити само лице које је стекло статус корисника пензије, осим што је наглашено да „се приликом првог додељивања статуса истакнути културни стваралац предност даје уметницима и стручњацима у култури старијим од 75 година живота, а који испуњавају критеријуме“.²⁹ На неки начин, концепт прихваћен у Црној Гори је специфичан, јер више претеже концепту по којем ово давање представља специјално државно признање, односно почаст, за заслужене уметнике и културне раднике, а не један вид допунског социјалног давања у ситуацијама када су могућности за пуним обимом рада умањене и када је лице остварило право на пензију.³⁰ Из наведеног се може закључити да је у Црној Гори прихваћен концепт националних признања као посебног државног признања, с једне стране као посебна почаст за минули рад, а у исто време и афирмација за даљи наставак развоја културе и уметности у држави.

На основу истраживања Сектора за законодавство Народне скупштине Републике Србије на тему Националних признања за врхунски допринос у области културе и спорта, уочено је да не постоји овакав вид посебног давања у земљама чланицама Европске уније – Француској, Уједињеном краљевству, Немачкој, Словачкој Републици, Чешкој Републици, као ни у Сједињеним Америчким државама.³¹ Но, треба узети у обзир да су у наведеним државама давања за културу много опсежнија и

кон о државним наградама (*Службени лист РЦГ*, бр. 38/07, 42/07, *Службени лист Црне Горе*, бр. 73/10, 75/10), чл. 18.

- 29 Уредба о критеријумима и начину додељивања статуса истакнути културни стваралац, чл. 13. Статус истакнути културни стваралац је по први пут додељен 2010. године и том приликом овај статус је добило тридесет петоро културних ствараоца. Наредне 2011. године статус је добило још четрнаесторо стваралаца. Ствараоци остварују право на доживотну месечну накнаду у износу од једне просечне до две просечне месечне зараде у Црној Гори (у зависности од врсте награде коју је стваралац добио).
- 30 Као доказ ове тезе може се навести чињеница да је приликом прве доделе ово признање додељено постхумно и сликару Миодрагу Даду Ђурићу, који је преминуо непосредно пред доделу, а специјална повеља је уручена његовој породици. Случај постхумне доделе није присутан у Србији. Непосредно пред доделу објаве овогодишње листе добитника преминуо је крагујевачки песник Слободан Павићевић који је претходно био предвиђен у предлогу Комисије за доделу овогодишњих признања, па је Комисија уместо Павићевића на листу додала песника Божидача Шуицу, из чега се изводи закључак да је у Србији признање окарактерисано више као социјална категорија него као почаст. Доступно на адреси: http://www.okf-cetinje.org/OKF-Uru%C4%8Dene-povelje-istaknutim-umjetnicima_439_1, 2.4.2013; <http://www.novosti.rs/vesti/kultura.71.html:418273-Spisak-nacionalnih-penzionera-prekrojen-zbog-Sujice>, 2.4.2013.
- 31 *Национална признања за врхунски допринос у области културе и спорта*, истраживање Сектора за законодавство Библиотеке Народне скупштине Републике Србије, бр. 3-03/12, 1.3.2012.

да су културни посленици много обезбеђенији у старости, него што је то случај у нашој земљи. У већини европских земаља последњих неколико деценија истиче се мишљење „да друштва пред историјом умногоме зависе и од квалитета уметничких дела која стварају уметници припадници те заједнице, па сходно томе владе многих земаља дају уметностима и уметницима и један вид економске помоћи и друштвене подршке“.³² На пример, у Немачкој уметничка и културна продукција заснива се на тзв. моделу културног федерализма, устав Немачке предвиђа да је „примарни циљ државе и заједнице да се култура промовише одговорно“, а годишње се из буџета Савезне владе издваја око 1,2 милијарди евра (13% укупне потрошње) за уметност и културу.³³

Ипак, донекле сличан концепт обезбеђења уметника уочава се у Руској федерацији где ја на основу уредбе Председника Републике од 1996. године утврђено право на посебно давање с циљем подршке културе и уметности, с тим што се уредбом обезбеђују и специјална давања, једна врста стипендије за „младе ауторе у књижевности, музици и уметности“.³⁴ Уредбом се предвиђа и подршка пројектима од опште националног значаја у области културе и уметности, а у циљу промоције руске националне културе. Из самог наслова, уочава се разлика да у примеру Русије о додели признања одлучује председник, а не Влада као што је то случај у Србији, као и то да се у Русији примењује шири концепт, са основним циљем промоције националне културе и уметности као и подршке младим уметничким нараштајима. У оквиру наведеног истраживања Сектора за законодавство Народне скупштине Републике Србије стоји да се „државна месечна давања (стипендије) у Руској Федерацији, исплаћују из федералног буџета у износу од 800 рубаља и додељују се на основу јавног конкурса одлуком Министарства културе Русије и исплаћују се у периоду од једне до три године, без обзира на друге плате, бонусе, додатке, пензије, стипендије и друга примања“.³⁵ Уредбом се предвиђа да се у наведене сврхе додељује сто признања годишње.³⁶ Уочава се да су давања лимитираног карактера и да више имају карактер једнократне подршке уметницима или одређеном пројекту, него карактер доживотног месечног давања као што је случај у Србији и Црној Гори. Постоји још један вид обезбеђења

32 В. Јокић, С. Павићевић, *нав. дело*, стр. 20.

33 *Национална признања за врхунски допринос у области културе и спорта*, стр. 4.

34 Указ Президента РФ от 1. июля 1996. г. N. 1010 „О мерах по усилению государственной поддержки культуры и искусства в Российской Федерации“ (с изменениями от 25. сентября 1999. г. 8. февраля 2001. г.), чл. 3.

35 *Национална признања за врхунски допринос у области културе и спорта*, стр. 5.

36 Списак 100 добитника признања за 2011. годину доступан на адреси: <http://www.kremlin.ru/news/14805>, 7.4.2013.

заслужних грађана у Руској Федерацији, веома сличан нашем концепту обезбеђења, али који се осим на уметнике односи и на заслужне спортисте, носиоце различитих државних признања и ордења, ратне хероје. Посебан Закон о додатној месечној финансијској подршци грађанима Руске Федерације за изузетна остварења и заслуге у Руској Федерацији, предвиђа да „држављани Руске Федерације, корисници пензије с пребивалиштем у Русији, који имају посебне заслуге и изузетна остварења у области културе, добитници Лењинове награде, Државне награде СССР-а, Државне награде Руске Федерације, Ордена Светога апостола Андреја Првозваног, Ордена за заслуге I, II, III и IV степена, освајачи медаља са Олимпијских и Параолимпијских игара остварују право на додатну месечну финансијску накнаду у износу од 250–415% социјалне пензије у зависности од врсте признања чији су носиоци“.³⁷

Уредбом о додели националних пензија истакнутим уметницима из 2006. године, по први пут се уређује право на посебно признање истакнутим уметницима који су имали посебан допринос култури у Републици Србији. Као што је на почетку рада наведено, прва Уредба као и уредбе усвојене у периоду до доношења Закона о култури, своје упориште проналазе у Устава Републике Србије. За разлику од касније усвојених уредби, једино се у овој уредби посебно признање назива националном пензијом. Ово вероватно из разлога, што се у Србији право на пензију у оквиру националног система пензијског осигурања, а у складу са прихваћеним стандардима Бизмарковог модела, остварује на основу уплате доприноса за обавезно социјално осигурање, могуће је да је законодавац утврдио да је појам „националне пензије“ неадекватан, те је у наредним уредбама појам замењен појмом „посебно признање уметницима за врхунски допринос националној култури“. Стога, ово давање никако не може имати карактер пензије пошто, као што је уочено, недостаје елемент уплате доприноса за социјално осигурање посредством којих се у складу са начелима социјалног осигурања исплаћују пензије корисницима у тренутку наступања неког од социјалних ризика. Ипак, појам из наведене прве Уредбе је широко прихваћен у јавности, па и поред промене која је извршена већ Уредбом из 2007. године, већина посебна признања уметницима и даље означава као националне пензије. Актуелном Уредбом о ближим условима и начину доделе признања за врхунски допринос националној култури, односно култури националних мањина из 2010. године, на неки начин се исправљају недостаци из претходних уредби. Јасније се постављају критеријуми по којима

37 *Национална признања за врхунски допринос у области културе и спорта*, стр. 5; Федеральный Закон от 4. марта 2002. г. № 21 – ФЗ „О дополнительном ежемесячном материальном обеспечении граждан Российской Федерации за выдающиеся достижения и особые заслуги перед Российской Федерацией“, чл. 1 и чл. 2.

се остварује право на посебно признање, а највећа измена у односу на претходне уредбе представља и укључивање представника националних мањина, као и могућност да право на посебно признање остваре и стручњаци у култури, а не само уметници како је било предвиђено у оквиру претходних уредби.³⁸ Обе новине уводе се у Уредбу на основу Закона о култури, којим је јасно предвиђено да право на признање за врхунски допринос могу остварити и стручњаци у култури, као и представници националних мањина. Премда су представници националних мањина и раније били добитници признања, овом уредбом им се посебно даје на значају и на неки начин наглашава да и они могу равноправно остварити наведено право на територији Републике Србије. Уредбом се по први пут експлицитно предвиђа да један члан Комисије за утврђивање предлога за доделу признања уметницима буде представник националних савета националних мањина. Међутим, није предвиђена тачна квота у оквиру које би представници националних мањина могли да остваре право на признање, већ то све зависи од представника комисија који сачињавају предлоге. Претходних година, признање је добило значајан број представника националних мањина и поред чињенице да претходним уредбама није предвиђена обавеза да и они имају право на посебно давање. Такође, остаје нејасно и да ли представник националних мањина који остварује право на посебно признање ово право остварује на основу доприноса српској култури или, пак, култури своје мањинске заједнице, односно да ли ће представник мађарске националне мањине чији је уметнички допринос имао утицај на развој мађарске културе имати могућност да оствари право на национално признање у Републици Србији или не.

У односу на претходне уредбе, много јасније се наводи које категорије уметника и стручњака у култури могу стећи право на признање. Предвиђа се могућност остваривања права на признање за следеће културне делатности: „истраживање, заштита и коришћење културног наслеђа; библиотекачко-информационе делатности; књига и књижевност (стваралаштво, издаваштво, књижарство, преводилаштво); музика (стваралаштво, продукција, интерпретација); ликовне и примењене уметности, визуелна уметност и архитектура; сценско стваралаштво и интерпретација (драма, опера, балет и плес); кинематографија и аудио-визуелно стваралаштво; уметничка фотографија, дигитално ствара-

38 Појам самостални стручњак у култури на основу члана 59. Закона о култури дефинише се као „физичко лице које самостално, у виду занимања, обавља научноистраживачке, теоријско – критичке, едукативне, продуцентске, организаторске, менаџерске и друге стручне послове у области културних делатности и коме је репрезентативно удружење у култури утврдило статус лица које самостално обавља уметничку или другу делатност у области културе“.

лаштво и мултимедија; научноистраживачке и едукативне делатности у култури; остала музичка, говорна, артистичка и сценска извођења културних програма“.³⁹ Ранијих година је област делатности у оквиру које се може добити признање била знатно ужа, па је рецимо уредбом из 2007. године предвиђено да се право на признање могло стећи само за следеће уметничке делатности – књижевност; музика; визуелне уметности; сценске уметности и кинематографија.⁴⁰ Ипак, чини се да је новом Уредбом област делатности у култури и уметности превише проширена, посебно ако се има у виду да се број националних признања смањује у односу на 2007. годину када су признања по први пут додељена и када је право на посебан додатак добило 257 уметника.⁴¹ Наредних година овај број је смањен на просечно 50 уметника годишње, зависно од буџетских средстава Републике из којих се давања исплаћују, а постоје и најаве по којима ће се у предстојећим годинама поново умањити годишњи број признања за заслужне пензионисане уметнике. Као контрааргумент овој најави, ваља имати у виду да је од прве доделе признања 2007. године, па до данас, велики број уметника који су претходних година остварили право на признање преминуо, па се сходно томе узима релевантна бројка од педесет нових уметника – лаурерата признања за врхунски допринос националној култури, годишње који остварују право на признање и самим тим не стварају нове превелике буџетске трошкове.

Уредбом из 2007. године, општи услови за остваривање права на националну пензију широко су постављени без јасно наведених критеријума, те је ово право могао остварити уметник који је „стекао статус корисника пензије код надлежног фонда за пензијско и инвалидско осигурање“⁴²; да се последњих 20 година радног века бавио умет-

39 Уредба о ближим условима и начину доделе признања за врхунски допринос националној култури, односно култури националних мањина (*Службени гласник РС*, бр. 36/2010), чл. 2.

40 Уредба о додели посебних признања уметницима за врхунски допринос националној култури у Републици Србији (*Службени гласник РС*, бр. 95/2007), чл. 2.

41 Решење о додели посебних признања уметницима за врхунски допринос националној култури у Републици Србији (*Службени гласник РС*, бр. 114/2007).

42 Не наводи се јасно ни у првој, а ни у наредним уредбама, да ли се под статусом корисника пензије сматрају само корисници старосне пензије или и инвалидске и породичне пензије. Логично би било тумачење да ово право могу остварити и корисници инвалидске пензије, нарочито што би им наведено давање пружило већи обим социјалне сигурности, посебно што ови корисници нису у могућности да не сметано обављају своју делатност услед настанка социјалног ризика инвалидности. Као пример може се узети Уредба о социјалном осигурању уметника из 1955. године (*Службени листи ФНРЈ*, бр. 32/1955) где се наводи да „право на инвалидску пензију стичу уметници осигурани по овој уредби у случају потпуног и трајног губитка опште радне способности, услед које је изгубљена и способност за уметнички рад који је основно занимање“. Код корисника породичне пензије се у обзир

ничком делатношћу и да није власник, односно сувласник привредног друштва, односно предузетник“.⁴³ Уредба из 2010. године предвиђа да „право на Признање може стећи уметник, односно стручњак у култури који испуњава следеће опште услове и то: да је стекао статус корисника пензије код надлежног фонда за пензијско и инвалидско осигурање у Републици Србији; да је држављанин Републике Србије; да је остварио врхунски допринос националној култури, односно култури националних мањина; да је добитник најзначајних награда и признања и да има образложену оцену вредности доприноса у области културе, у делатностима наведеним у уредби, коју дају уметничка и струковна удружења, установе културе и образовне и научне установе“.⁴⁴ Јасно се може уочити да је у односу на прву уредбу остао једино услов да право на признање може стећи само уметник који је стекао статус корисника пензије код надлежног фонда, с тим што се и даље експлицитно не наводи да ли ово право могу остварити и корисници инвалидске и породичне пензије. Услов везан за држављанство је такође преуско постављен, те можда треба применити решење из наведене црногорске уредбе где се поред држављанства захтева да лице које остварује право на признање, има и пребивалиште у држави у којој остварује наведено право. Ово решење би се могло анализирати *pro et contra*. С једне стране, уочава се да одређени број уметника, добитника признања, дуго низ година не живи у Србији, али с друге стране са пребивалиштем као условом дошло би до повреде једног од основних начела европског права социјалне сигурности – слободе кретања пензионера унутар Уније.⁴⁵ Иако се у уредби експлицитно не наводи, право на посебно признање може остварити и лице које има двојно држављанство.

Поставља се питање и како оценити да је уметник остварио врхунски допринос националној култури, посебно у ситуацији када нису на-

могу узети само удова/удовац који су остварили право на породичну пензију, а који нису стекли под другим условима могућност да остваре право на старосну пензију. Закон о пензијском и инвалидском осигурању наводи да право на старосну пензију стиче осигураник „када наврши 65 (мушкарац), односно 60 (жена) година живота и најмање 15 година стажа осигурања; кад наврши 40 (мушкарац), односно 38 (жена) година стажа осигурања и најмање 58 година живота; кад наврши 45 година стажа осигурања“. Закон о пензијском и инвалидском осигурању (*Службени гласник РС*, бр. 34/2003, 64/2004 – др. закон, 85/2005, 101/2005 – др. закон, 63/2006 – одлука УСРС, 5/2009, 107/2009, 101/2010, 93/2012), чл. 19.

43 Уредба о додели националних пензија истакнутим уметнисима (*Службени гласник РС*, бр. 79/2006), чл. 2.

44 Уредба о ближим условима и начину доделе признања за врхунски допринос националној култури, односно култури националних мањина, чл. 3.

45 Опширније вид. у Paul Schokens, Lieven Monserez, *Introduction to Social Security Coordination in the EU*, Leuven, 2010; Бранко Лубарда, *Европско радно право*, Подгорица, 2004, стр. 349–371.

ведени прецизни критеријуми, иако је то био предмет правне регулативе навођењем награда и признања које је потребно имати како би се конкурисало за национално признање. Законодавац наводи да право на признање може стећи уметник, добитник неке од следећих награда – републичке награде за посебан допринос развоју културе, награде за животно дело стручне награде са међународних фестивала, награде са фестивала и манифестација од републичког значаја, стручне награде удружења, локалне награде и друштвена признања или друге стручне међународне и домаће награде и признања из области културе⁴⁶. И на овом месту, користило би упоређивање са црногорском уредбом где су јасније наведени услови у вези са наградама, па је потребно као што је већ наведено да је „уметник добитник најмање пет релевантних домаћих или међународних стручних и друштвених награда, од којих је једна државна награда Црне Горе“. У српској уредби је навођење поприлично конфузно уређено, па је остављен ни мало лак задатак Комисији да рангира награде и признања уметника. Узмимо *exempli causa* да је један од наведених услова и награда за животно дело и да се само у области глуме додељује близу десет награда за животно дело годишње (награда Удружења драмских уметника Србије за животно дело – Добричин прстен, награда за животно дело Удружења филмских глумаца Србије – Павле Вујисић, Нушићева награда за животно дело, Златни ћуран за животно дело, награда Жанка Стокић, награда Културно-просветне заједнице Београда – Златни беочуг за животно дело итд.). Чини се да је овај задатак изузетно тежак будући да такво рангирање неминовно уводи критеријум субјективности приликом одлучивања. Као што није једноставно рангирати врсте уметности, тако је и сложено питање како упоредити најзначајније награде које држава Србија додељује на годишњем нивоу.

Посебну улогу приликом доделе националних признања има Комисија за утврђивање предлога за доделу признања уметницима, односно стручњацима у култури која током свог рада утврђује да ли лица која су предложена за признање испуњавају наведене критеријуме из Уредбе. Чланове Комисије именује Министарство културу на период од годину дана, са могућношћу поновног именовања.⁴⁷ Министарство уједно пружа

46 Уредба о ближим условима и начину доделе признања за врхунски допринос националној култури, односно култури националних мањина, чл. 3. Ради лакшег рада, Комисија је на својој седници одржаној дана 21.11.2011. године, донела Пословних о раду комисије за утврђивање предлога за доделу признања уметницима, односно стручњацима у култури за врхунски допринос националној култури, односно култури националних мањина којим се „уређује начин рада и одлучивања Комисије за утврђивање предлога за доделу посебних признања уметницима“.

47 Уредба о ближим условима и начину доделе признања за врхунски допринос националној култури, односно култури националних мањина, чл. 4.

жа Комисији потребну стручну и административно-техничку потпору. Уредба предвиђа да Комисија „има седам чланова који се именују из реда угледних и афирмисаних уметника и стручњака у култури од којих је један члан, као што је претходно наведено, представник националних савета националних мањина“.⁴⁸ Решење о формирању комисије доноси Министар културе. Основна функција Комисије је да утврди предлог за доделу Признања уметницима, односно стручњацима у култури за врхунски допринос националној култури на основу јавног позива који расписује Министарство, најкасније до 1. септембра текуће године за годину у којој се додељују признања.⁴⁹ У року од три месеца од дана истека јавног позива, Комисија утврђује предлог за доделу признања уметнику, уз дужност да приликом утврђивања предлога води рачуна о равномерности заступљености предложених кандидата из свих области.⁵⁰ Обавеза је Комисије да образложи предлог за доделу признања. Важно је нагласити да уметника, односно стручњака у култури, могу за признање предложити уметничка и струковна удружења, установе културе, национални савети националних мањина, друга правна и физичка лица. Тумачењем се закључује да уметник може предложити и самог себе за признање у складу са конкурсном процедуром. У случају да уметник не добије признање, не значи аутоматски да је он пријављен и за наредни конкурс, већ мора изнова поднети пријаву по објављивању новог јавног конкурса.

На основу утврђеног предлога Комисије, Министарство, полазећи од финансијских средстава обезбеђених у буџету Републике Србије, предлаже Влади акт о додели Признања.⁵¹ На основу предлога Комисије, Влада доноси решење о додели признања за врхунски допринос, националној култури, односно култури националних мањина.⁵² Влада задржава дискреционо овлашћење да на списак дода уметника који се пријавио на јавни конкурс, а кога Комисија није уврстила у свој предлог Влади. Решење се доноси у посебном поступку и самим тим лица која нису предложена, а поднела су пријаву, немају право на жалбу. Решење Владе о додели посебних признања уметницима за врхунски допринос

48 Према Пословнику, радом Комисије руководи председник Комисије, који се именује већином гласова свих чланова Комисије.

49 Јавни позив оглашава се на званичној интернет страни Министарства и у неком од дневних јавних гласила које излазе у целој Републици Србији. Уредба о ближим условима и начину доделе признања за врхунски допринос националној култури, односно култури националних мањина, чл. 5.

50 Уредба о ближим условима и начину доделе признања за врхунски допринос националној култури, односно култури националних мањина, чл. 6.

51 Уредба о ближим условима и начину доделе признања за врхунски допринос националној култури, односно култури националних мањина, чл. 7.

52 Уредба о ближим условима и начину доделе признања за врхунски допринос националној култури, односно култури националних мањина, чл. 7.

националној култури у Републици Србији објављује се у Службеном гласнику. Последњом Уредбом, предвиђено је да се признање додељују и исплаћује уметнику у виду доживотног месечног издржавања уз већ стечену пензију, посредством Министарства надлежног за културу, у нето износу од педесет хиљада динара. Право на новчано давање представља лично, непреносиво право, ненаследиво је и гаси се смрћу уметника.

Закључује се да је на основу наведених чињеница потребно извести реформу садашњег концепта обезбеђења уметника. Пре свега, јасно уобличи критеријуме под којима уметник може остварити право на посебно признање за врхунски допринос националној култури, и на тај начин олакшати посао Комисији, која се често критикује због пристрасности и политичких утицаја. Милена Драгићевић Шешић тврди да смо „код националних признања спојили две (неспојиве) ствари и добили то што смо добили: зато систем доделе националних пензија захтева дубоку реформу, да се уметницима чије су пензије мале додели пристојан додатак, а да се истакнутим уметницима доделе почасне титуле“.⁵³ Могао би се узети у обзир наведени предлог и у некој будућој реформи, јасно разграничити признање, један вид титуле који омогућава самопотврђивање кандидата и њихов допринос српској култури од класичног облика социјалног додатка који би се додељивао у посебно предвиђеним случајевима за уметнике који се налазе у тешкој материјалној ситуацији и који нису током професионалне каријере за себе обезбедили одређени степен социјалне сигурности.

Filip BOJIĆ, M.A.

Assistant at the Faculty of Law of University of Belgrade

SPECIAL AWARDS FOR CREDITABLE ARTISTS – CONTEMPORARY DILEMMAS AND FUTURE SOLUTIONS

Summary

New domestic legal institute of recognition for artists for outstanding contribution to national culture (the national pension) creates a lot of controversy and confusion in the public since its establishment and implementation of its first steps. In fact, a crucial question is whether this is a classic welfare ben-

53 Доступно на адреси: <http://www.nin.co.rs/pages/article.php?id=76060>, 7.4.2013.

efit for special kind of artists due to low income after retirement or it is award as recognition of specific evaluation and recognition of their past work.

The author seeks to analyze the aforementioned legal controversy, emphasizing the specificity of the fact that this institute was largely unknown in the surrounding countries. At the same time, it aims to offer original conclusions and questions on the motives which led the legislature to regulate such institute. Starting from historical and comparative analysis of similar institutes in the region, the author takes equidistance between the existing and potential future solutions, emphasizing caution in further legal regulation of this institute.

As a special problem, the author points out the legal nature of the so-called "National pensions", trying to draw attention to the sphere of social security contributions and artists, and referring to the Serbian tradition, giving numerous examples to support this idea. On the other hand, author analyzes the idea of special recognition for superior artistic achievement, comparing solutions of Serbian legislators with the similar solutions in Montenegro and the Russian Federation. The author deals with the question of the criteria under which the members of national minorities may be the beneficiaries of this award. At the end of this thesis, the author strives to offer a new and original solution on the future legal regulation of this controversial and very current institute as a whole.

Key words: *special award for outstanding contribution to the national culture, social benefits, award, law on culture, artists.*

ПОРЕСКО ПРАВО

др Зоран ИСАИЛОВИЋ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини

СИСТЕМ И ПОЛИТИКА ОПОРЕЗИВАЊА У СРБИЈИ

Резиме

Савремене државе настоје да изграде концепцијом опорезивања који би у пракси резултирао издашношћу прибављених прихода и снажним позитивним утицајем на привредни и друштвени живот. Међутим, по мишљењу аутора за остваривање поменутих циљева наш фискални систем је недовољно правно уређен и неопходна је његова нова реформа. Поред тога, у овом раду се анализира улога и значај неких важнијих пореза у Србији. У контексту изложене, указује се да је важећи систем опорезивања доходка трајана анахрон, и није у функцији остварења праведности и економске ефикасности.

Код опорезивања добити правних лица, аутор критикује вишегодишње неоправдане осцилације пореске политике везане за давање пореских подстицаја у циљу стимулације привредних шокова. У том смислу он подржава последње промене прописа о значајном редуцирању пореских олакшица, које ће позитивно утицати на изградњу пореског система, заснованог на општим правилима. Најзад, аутор истиче потребу уједначавања правног режима опорезивања имовине физичких и правних лица, иако што ће се код поменутих субјеката, као основица за опорезивање узимати пржишна вредност нејокејности.

Кључне речи: порез на доходак, порез на добити правних лица, порез на имовину, порески подстицаји, економска ефикасност, праведност.

I Општа разматрања

Савремена држава доношењем законских и других пореских прописа покушава да на најмању меру сведе њихово спонтано и нежељно дејство и у највећој могућој мери свесно и плански оствари унапред утврђене циљеве економске и социјалне политике. Да би се то постигло, неопходно је да се порески систем конципира на основу акцептирања савремених пореских начела, које је неопходно доследно уградити у правни систем државе. Дакле, нужна претпоставка за вођење успешне пореске политике у савременим државама је изградња пореског система уважавањем научно прихваћених начела (начело ефикасности, начело праведности, начело издашности, начело једноставности и начело стабилности).

У циљу поштовања начела ефикасности, неопходно је одредити се за порезе који би у најмањој мери утицали на цене и тако дејствовали у правцу поштовања тржишног начина привређивања. Поред тога, начело праведности захтева правичну расподелу пореза између пореских обвезника. Начело издашности захтева потребу довољног износа прихода. Борба за изградњу једоставнијег и стабилнијег пореског система са најмањим трошковима захтева истрајавање на примену следећих решења: инсистирање на стабилности пореских прописа, избегавања непрецизности пореске регулативе, изборити се за смањење врста пореза и успостављања оптималне сарадње пореске власти и пореских обвезника итд.

По правилу природа пореских начела је историјска. Прецизније, њихова важност је неједнака у различитим периодима развоја друштва. Конкретније говорећи, то се може сагледати у придавању важности начела праведности и ефикасности. Наиме, шездесетих и седамдесетих година прошлог века, праведност (хоризонтална и вертикална) била је најважнија приликом конципирања пореског система. Међутим, последњих двадесетак година већи значај добија начело ефикасности. Разлог овоме је потреба за јачање конкурентности на светском тржишту роба и капитала и уочавањем немогућности доследног остваривања вертикалне праведности. У контексту изложеног, пореска политика је једно од најјачих оруђа на располагању властима при креирању привредних услова у држави и вођењу макроекономије. Порези мењају однос релативних цена у економији и на тај начин мењају понашање привредних субјеката. Утичући на понашање ових, пореска политика директно утиче на макроекономске прилике у држави и стимулише, односно дестимулише поједине макроекономске агрегате.¹

1 Милојко Арсић, Никола Алтипармаков (ур.), *Пореска политика у Србији, поглед унапред*, Београд, 2010, стр. 25.

Сазнања о неопходности изградње пореског система поштујући у највећој мери филозофију економске ефикасности су захтевала потребу научног рангирања пореских облика који су по својим обележјима најприкладнији за остварење важних економских циљева. У вези с наведеним, више објављених студија ОЕЦД на основу теоријских и емпиријских показатеља рангирало је пореске облике. Најефикаснији облик опорезивања по тим испитивањима су периодични порези на непокретну имовину. На другом месту су порези на потрошњу, док је, тек, на трећем месту порез на доходак. Најнегативније на економски раст утиче порез који оптерећује капитал.² У контексту изложеног, порески систем у Србији је неопходно поставити на основама прихваћених решења савремене теорије и праксе. Бројне фискалне и парафискалне облике потребно је преиспитати и свести их на разуман број.³ Поред тога, држава мора да има строгу контролу на укупно пореско оптерећење фискалних обвезника. Да би се то остварило неопходно је да по правилу овлашћење за установљење фискалних прихода има Република.

Код привредника и грађана постоји широко заступљено мишљење о претераном оптерећењу пореским теретом, оних који су лојални држави и уредно извршавају своје обавезе. Другим речима, изгледа да постоји сувише много субјеката који имају јаку економску снагу, али не подлежу плаћању пореза. Ова чињеница значајно поткопава правичност пореског система, јер пореске власти нису у могућности да ефикасно спроводе законску регулативу у пракси, чиме се ствара значајна разлика између *de jure* и *de facto* пореске правичности.⁴ Бројност избегавања пореза, евидентирана је код многих пореских облика. Имајући то у виду изгледа, да приликом постављања радних задатака и планова од стране Пореске управе нема довољне дозе реалности. Јер, како објаснити да од ове Службе често стижу извештаји да су испунили или премашили постављене планове, а с друге стране постоје бројни приходи и богатства која је могуће релативно лако идентификовати, а нису оптерећена порезима. Нејасно је како је могуће да постоје бројне непокретности неевидентирани и неопорезоване, и поред преузимања надлежности од пореских служби јединица локалне самоуправе.

Испитивањем наших порески прописа и њихових ефеката које њихова примена оставља у пракси, можемо закључити да је, наш фискални систем недовољно правно уређен. С тим у вези, дискутабилно је

2 Нав. према: М. Арсић, Н. Алтипармаков (ур.), *нав. дело*, стр. 34.

3 У Бечу приватне фирме месечно имају 18 издвајања граду и држави Аустрији. То је готово за трећину мање пореских обавеза, јер у Београду просечно предузеће је имало чак 46 намета, извор података: „Политика“, од 6. октобра 2012.

4 Вид. Никола Алтипармаков, „Пореска правичност главних пореских облика у Србији“, *Квартални мониторинг*, бр. 24/2011, стр. 87–88.

да надлежне пореске власти немају довољно потребне податке о броју пореских и других фискалних и парафискалних облика који фигурирају у Србији. Поред тога, не зна се прецизно, ко све у Србији има право да уводи фискалне, непореске и парафискалне облике и на основу којих прописа. Чудно је да тај важан посао за државу настоје да ураде са већим ентузијазмом и жаром невладине организације.

Нејасно је, да Пореска управа зависно од своје организационе јединице има дијаметрално различито тумачење пореских прописа о идентичним случајевима, иако је јединствена служба на територији Србије. У овом случају се директно крши уставно начело о плаћању пореза под једнаким условима.

Пореске власти у пракси довољно неприпремљене за извођење пореске реформе, немало пута недозвољено иду из једне у другу крајност. Примера ради, најпре се захтева строга употреба фискалних каса, а онда када пракса покаже да за неке субјекте представља велику препреку за обављање пословне делатности хитно се тражи да се та обавеза укине. Међутим, у пракси су већ направљени штетни ефекти и неке радње због тога затворене.

У пракси је уочено, да су порески прописи недозвољено сложени и нејасни. Због тога, поменути прописи пуно пута збуњују не само пореске обвезнике, него и пореску власт која их у пракси треба применити. Код бројних пореских прописа, не постоји складан однос између циљева који се желе и остварених пореских резултата њиховом применом. Тако, примера ради, код пореза на добит правних лица, најпре се заговара потреба за растерећење привреде и неодмерено иде са ниским стопама и бројним ослобођењима и олакшицама. Међутим, касније се увиђа да је то негативно (подстиче се избегавање пореза и др.), и онда се креће са акцијом у супротном правцу.

Поред изложеног песимизма, неопходно је истаћи и неке охрабрујуће чињенице. У Србији је отпочела нова фискална реформа, којом је од почетка октобра прошле године укинута 138 различитих такси и намета на државном и локалном нивоу. Овим мерама жели се остварити значајно растерећење занатлија, малих и средњих предузећа, у којима ради близу милион људи.⁵

5 Предузетницама је укинута фирмарина, која је до сада у зависности од општине и града, делатности и зоне износила од 24.000 до 120.000 динара годишње. Мали инвеститори неће убудуће морати да плаћају ни локалну комуналну таксу за истицање рекламе, која је до сада на годишњем нивоу коштала између 9.250 и чак 98.400 динара. Од важнијих такси које су укинуте то су и комунална такса за држање и коришћење пловних направа и других објеката, чиме ће се растеретити грађани који држе чамце, сојенице и разне друге објекте на води, као и такса за држање ресторана и других угоститељских објеката на води (сплавови). Укида се

Такође, измењеним Законом о буџетском систему оправдано се захтева, да се накнаде као посебне врсте фискалних прихода морају плаћати за непосредно коришћење одређених добара. Конкретно говорећи, поменути закон је прописано, да се накнаде могу уводити за коришћење добара која су посебним законом утврђена као природна богатства, односно добра од општег интереса и добра у општој употреби. Такође, прецизно је прописано да се убудуће накнаде не могу уводити ниједним другим законом осим специјалним посебним законом.⁶ Овим путем ће се обезбедити, с једне стране, предвидивост пословања привреди, а с друге стране оптимално коришћење јавних добара.

У контексту изложеног, Министарство финансија и привреде је урадило и ставило на јавну расправу Нацрт Закона о накнадама за коришћење јавних добара, чија се примена очекује почетком 2014. године. Овим Законом уређују се накнаде за коришћење јавних добара и накнаде које наплаћују регулаторна тела, обвезник плаћања накнаде, основица и начин утврђивања висине накнада, расподела прихода остварених од накнада, као и друга питања од значаја за утврђивање и плаћања накнада. Поменути Нацртом Закона прописано је да се убудуће накнаде за коришћење јавних добара могу уводити само овим законом, што представља неопходан раскид са претходном негативном праксом увођења ове врсте прихода путем бројних нетранспарентних прописа. С тим у вези, новим прописом таксативно се уводе следеће накнаде⁷: накнаде за промену намене пољопривредног земљишта; накнаде за коришћење шума и шумског земљишта; накнаде за коришћење ловостајем заштићених врста дивљачи; накнаде за воде; накнаде за коришћење природног лековитог фактора; накнаде за геолошка истраживања; накнаде за коришћење минералних ресурса, ресурса подземних вода, геотермалних и других геолошких ресурса и резерви минералних сировина; накнаде за коришћење радиодифузног простора; накнаде за коришћење електронских комуникационих мрежа; накнаде у ваздушном саобраћају; накнаде за коришћење лука и пристаништа; накнаде за пловидбу и коришћење објеката безбедности пловидбе на државном водном путу; накнаде за коришћење јавних путева; накнаде за коришћење јавне железничке инфраструктуре и накнаде за заштиту животне средине.

шумарина, коју су до сада морала да плаћају сва предузећа на укупан приход који остваре, независно од тога да ли њихова делатност има икакве везе са заштитом шума. Укинута је и такса за држање музичких уређаја и приреређивања музичког програма у угоститељским објектима.

6 Закон о буџетском систему (*Службени гласник РС*, бр. 54/09, 73/010, 101/010, 19/011 и 93/012), чл. 18.

7 Нацрт Закона о накнадама за коришћење јавних добара, Београд, 2013, чл. 4.

Код пореза на додату вредност (ПДВ) су извршене неопходне измене прописа од велике важности за успешно пословање привреде.⁸ „У циљу стварања повољнијих услова за пословање привредних субјеката уведен је систем наплате за одређену категорију обвезника ПДВ (а што је у потпуној сагласности са стандардима Европске уније, према којима се одређеној категорији пореских обвезника може одобрити примена наведеног система). Према систему наплате, пореска обавеза за промет добара и услуга настаје у пореском периоду у којем је наплаћено потраживање за тај промет (односно истеком рока од шест месеци од дана извршеног промета ако потраживање у том року није наплаћено), а не у пореском периоду у којем је промет извршен, док се право на одбитак претходног пореза може остварити за порески период у којем је плаћена обавеза добављачу. Примена овог система утицаће на смањење неликвидности привредних субјеката изазване неплаћањем обавеза примаоца добара и услуга. Систем наплате на основу одобрења од стране надлежног пореског органа, могу да примењују обвезници ПДВ који су у претходних 12 месеци остварили укупан промет добара и услуга у износу мањем од 50.000.000 динара и који су у том периоду непрекидно били евидентирани за обавезу плаћања ПДВ, уз испуњење одређених услова.“⁹

II Порез на доходак грађана

Последњим променама пореских прописа у Србији суштински није промењен концепт мешовитог пореза на доходак грађана¹⁰ регулисан Законом о порезу на доходак грађана.¹¹ Уместо тога, по мишљењу главне промене су ишле у правцу потребе смањења буџетског дефицита путем повећања јавних прихода од пореза на доходак. Конкретно, новим прописима код неких цедуларних пореза повећане су пореске стопе (код пореза на приходе од капитала, пореза на капитални добитак и пореза на приходе осигурања лица повећане су са 10% на 15%

8 Закон о порезу на додату вредност (*Службени гласник РС*, бр. 84/04, 86/04 – исправка, 61/05, 61/07 и 93/12), чл. 36а.

9 Вид. *Образложење Предлога Закона о изменама и допунама Закона о порезу на додату вредност*, Београд, 2012, стр. 19.

10 Овај систем је био преовлађујући до пре неколико деценија у европским романским земљама (Италији, Француској, Шпанији, Белгији и Португалији). Данас овај систем примењују Чиле и Мозамбик. Поред тога, познавала га је наша ранија пракса, до реформе пореског система 1991. године, а од 27. маја 1998. године познаје га и садашња.

11 Закон о порезу на доходак грађана (*Службени гласник РС*, бр. 24/01, 80/02, 135/04, 62/06, 65/06 – исправка, 31/9, 44/09, 18/10, 50/11, 91/11 (одлука УС), 7/12 и 93/12).

Дакле, очекивање да ће се кренути у правцу напуштања важећег модела кога карактерише егзистирање серије пореза на приходе (тзв. цедуларни систем опорезивања) са корективном применом годишњег пореза на доходак грађана није се догодила. Изгледа да је пореска власт још увек неодлучна у неопходност суштинских промена и увођење савремене врсте пореза на доходак који је могуће увести у наш порески систем. Међутим, по мом мишљењу, сазрело је време за замену мешовитог система пореза модернијим системом, јер је испољио бројне слабости. Најважније ћу у кратку изложити.

- У систему опорезивања грађана егзистирају четири диференциране законске стопе: 12% на зараде, 10% на приходе од самосталне делатности, 15% на приходе од капитала, на приходе од капиталне добити и приходе од осигурања лица, док је стопа 20% на друге приходе (приходе од ауторских права, права сродних ауторском праву и права индустријске својине, приходе од непокретности итд.). Услед Законом утврђених различитих нормираних трошкова за поједине приходе имамо разликовање номиналних законских стопа од тзв. ефективних или стварних стопа. Неједнаке номиналне и ефективне пореске стопе опорезивања у зависности од врсте прихода, у нашем систему условљавају формирање нових цена и тако економски неефикасно утичу на алокацију ресурса.
- Мешовити систем опорезивања дохотка Србије неједнак је у издашности. Конкретно, комплементарни годишњи порез на доходак грађана плаћа мали број грађана са већом економском снагом. Према тренутно обрађеним пореским пријавама Пореска управа је за 2012. годину примила 18.923 пореске пријаве, што је за око 1.000 мање него лане, с тим што је пријављени приход био у 2011. години, већи него сада за око седам милиона динара. Највише пореских обвезника било је 2010. године када је порез пријавило 21.369 пореских обвезника. Међутим, износ пријављеног пореза био је мањи него сада.¹² Сходно говорећи, остали порески обвезници – физичка лица (99,8% – 99,9%) плаћали су искључиво цедуларне порезе. Према томе, симболична је примена комплементарног годишњег пореза на доходак грађана у Србији и он објективно није у функцији остваривања уставног начела плаћања пореза према економској снази и поред примене прогресивних стопа.
- У оквиру цедуларних пореза по свом фискалном значају апсолутно доминира порез на зараде. Овај приход учествује са

12 Извор: *Политика*, Београд, од 13.4.2013. године.

око 85% укупних прихода прибављених од пореза на доходак грађана. У оквиру породице пореза на доходак грађана далеко мањи значај имају порез на друге приходе (приходе по основу уговора о делу, примања чланова управних и надзорних одбора правних лица итд), пореза на приходе од самосталних делатности, пореза на приходе од ауторских права, права сродних ауторском праву и права индустријске својине и други. Поменути токови негативно утичу на тражњу за радном снагом. Појачани уплив наведеним негативним ефектима условљен је укупним фискалним оптерећењем рада насталог истовременом применом пореза на зараде и доприноса за социјално осигурање, који се плаћају из истог извора – плата (зарада). Наиме, стопа пореза и доприноса на зараде у Републици је 63%, што представља велики терет за привреднике. То је најважнији разлог, што се послодавци одлучују за рад у сивој зони.

На основу изложеног, мишљења сам да је неопходно заменити важећи систем опорезивања новим системом који би у пракси остварио: праведност плаћања пореза; економску ефикасност; издашност; стимулисао извоз, штедњу, инвестиције и запошљавање. По мом мишљењу то би се могло остварити применом једноставног система синтетичког опорезивања (са што мање пореских стопа и пореских олакшица и ослобођења), и његове тешкоће примене отклањати увођењем елемената дуалности, умереној прогресивности, поједностављењем процедура итд. С тим у вези, неопходно је направити изузетак, за дивиденде и камате, које би требало опорезовати блаже, ван система опорезивања дохотка применом одмерених пропорционалних стопа које ће позитивно утицати на остваривање жељеног економског циља. Конкретно, овим путем елиминираће се или ублажити двоструко економско опорезивање код прихода од капитала. Такође, блажим опорезивањем камата треба да се повећа недовољна девизна штедња становништва у нашим условима.¹³ Најзад, порез на приходе од остварених капиталних добитака неопходно је елиминирати из пореског система.¹⁴ Овај порез, гледано са аспекта

13 У пореској теорији егзистирају размишљања да су пореске стимулације штедње регресивне одредбе, јер представљају трансфер средстава од „сиромашнијих“ ка „богатијим“ слојевима друштва. Другим речима, ове олакшице користе само грађани са надпросечним дохоцима који могу да штеде, а те олакшице сносе сви грађани. Међутим, због глобалне мобилности капитала већина држава, у последњих двадесетак година смањила је пореске стопе на финансијску штедњу у односу на остале облике дохотка грађана. При том, износи се тврдња да се на овај начин повећава укупан обим националне штедње, што стимулише инвестиције и убрзава привредни раст. Вид. М. Арсић, Н. Алтипармаков (ур.), *нав. дело*, стр. 64–65.

14 Овај порез није у примени у Хрватској и Босни и Херцеговини.

фискалне издашности је миноран. Наиме, у 2011. години применом овог пореза је наплаћено 788.159.000 динара, са учешћем у пореским приходима буџета Републике од 0,12%, док је у првих пет месеци 2012. године наплаћено 320.477.000 динара, са учешћем у пореским приходима поменутог буџета од 0,05%. Прихватањем изложеног концепта опорезивања ми прихватамо релевантан уплив тзв. пореске конкуренције на изградњу пореског система, привлачењем (усмеравањем) што већег дела иноземне потражње робе и услуга и токова капитала, а делимично и других фактора производње на своје подручје.¹⁵

III Порез на добит правних лица

Изградња и развој Закона о порезу на добит¹⁶ у нашој Републици била је пред перманентним искушењем законодавца о нужности реализације унапред постављених високих амбиција. Наиме, неопходно је било у систем уградити решења која преовлађују у европским пореским системима и уважавања смерница и упутства ЕУ. Примена таквог концепта требало би да утиче на стабилизацију привредних токова и подстицати конкурентну способност привреде у условима тржишног начина привређивања. Према томе, улога овог пореза утврђена је тако да поред незанемаривања његовог финансијског ефекта, буде усмерена на остваривање економског циља.

Наш законодавац је дуги низ година посвећивао посебну пажњу приликом утврђивања основних елемената опорезивања добити предузећа и остварене добити од обвезника који плаћају порез на приходе од самосталних делатности. У том погледу, можемо слободно рећи, да су у нашој теорији и пракси постојала различита мишљења о могућим дOMETИМА пореског система и пореске политике везаних за привредни живот. Та разноликост схватања по мом мишљењу свакако је утицала, приликом конципирања конкретних позитивних пореских правила у овој сфери друштвеног живота. С тим у вези, оценило се да је овај порез неоправдано фискално подцењен. Због тога је променама прописа пореска стопа промењена са 10 на 15%. Интересантно је, међутим, да оваква политика није настављена и код пореза на приходе од самосталне делатности код којег је и даље у примени стопа од 10%. Овим путем, се делимично (код уређења висине пореске стопе) одступа од потребе довођења обвезника у исти положај као и положај предузећа што је искуство и других земаља. Међутим, у осталим сегментима опорезивања

15 Перо Јурковић, *Јавне финансије*, Загреб, 2001, стр. 154.

16 Закон о порезу на добит (*Службени гласник РС*, бр. 25/01, 80/02, 43/03, 84/04, 18/10, 101/11 и 119/12).

предузетника и правних лица поменуто начело је задржано. С тим у вези, Законом о порезу на доходак грађана је прописано да се усклађивање прихода и расхода, утврђивање капиталних добитака и губитака, порески третман пословних губитака из ранијих година и трансферне цене исказују у пореском билансу предузетника у складу са одговарајућим одредбама Закона којим се уређује порез на добит правних лица, ако Законом о порезу на доходак грађана није друкчије одређено. Такође, порески подстицаји предузетницима признају се под условима и начину како се признају правним лицима по Закону којим се уређује порез на добит правних лица.¹⁷

По важећем Закону о порезу на добит правних лица (чл. 41), утврђено је да се ради остваривања циљева економске политике у погледу стимулсања привредног раста, обвезицима пружају порески подстицаји. До последњих промена прописа, може се слободно рећи да порески систем Србије није био сиромашан бројем и врстом утврђених подстицајних мера. Те мере су биле следеће: ослобођење за недобитне организације, ослобођење за концесиона улагања, олакшице за новооснована предузећа у неразвијеним подручјима, порески кредити за улагања у основна средства (три различита режима обрачуна), пореска ослобођења за тзв. велика улагања и пореска ослобођења за тзв. мала улагања. Међутим, последњим променама прописа, у овој материји направљене су значајне промене, које би у суштини значиле редуцирање само на два подстицаја, што ће довести до повећања финансијских прихода од пореза на добит, а неће се осетније негативно реперкутовати на остваривање зацртаних економских циљева. Ово мишљење је у складу са ставовима модерне теорије, да у општем случају пореске олакшице тј. одступања од општег режима опорезивања представљају неефикасно и неправично решење, јер нарушавају алокативну неутралност пореза, креирају вишак терета субвенција, и утичу на различиту изложеност пореском терету предузећа сличне економске снаге.¹⁸

17 Закон о порезу на доходак грађана, чл 35. и 39.

18 Међутим, има и неслагања са наведеним ставовима модерне теорије. Тако, с тим у вези, Национална алијанса за локални економски развој (НАЛЕД), критикује државу што је изменама Закона о порезу на добит привреди онемогућено коришћење пореског кредита и подстицаја и укидања појединих основа за ослобођење пореза. На поменуто критику реаговало је Министарство финансија и привреде указујући, при том, да су Законом о порезу на добит правних лица, који је ступио на снагу крајем 2012. године, укинута поједини порески подстицаји ради усаглашавања са правилима о додели државне помоћи што је обавеза државе према Споразуму о стабилизацији и придружавању, извор: „Блиц“, Београд, од 13.4.2013. године. Поред тога, власници малих и средњих предузећа и предузетници траже смањивање пореза ниско акумулативним гранама привреде који запошљавају највећи број радника. Вид. Милан Кнежевић, председник Асоцијације малих и средњих предузећа, *Политика*, од 14.4.2013. године.

У контексту изложеног, презентираћу пореске подстицаје који се појављују у нашем важећем праву.¹⁹

- Обвезнику који изврши улагања у некретнине, постројења, опрему или биолошка средства (основна средства) у сопственом власништву за обављање претежне делатности и делатности уписаних у оснивачком акту обвезника, односно наведених у другом акту обвезника, којим се одређују делатности које обвезник обавља признаје се право на порески кредит у висини од 20% улагања извршеној у тој години. Међутим, порески кредит не може бити већи од 33% обрачунаог пореза у години у којој је извршено улагање. Изузетно, другим режимом, обвезнику који је према Закону којим се уређује рачуноводство и ревизија разврстан у мало правно лице, признаје се право на порески кредит у висини од 40% извршеног улагања у основна средства за обављање претежне делатности и делатности уписаних у оснивачком акту обвезника, односно наведених у другом акту обвезника, којим се одређују делатности које обвезник обавља, с тим што не може бити већи од 70% од обрачунаог пореза у години у којој је извршено улагање.

Неискоришћени део пореског кредита може се пренети на рачун пореза на добит из будућих обрачунских периода, највише до лимита од 33%, односно 70% од обрачунаог пореза у том пореском периоду, али не дуже од десет година.

- Република Србија својим прописима покушава да привуче „тзв. велике инвеститоре“ давањем посебних пореских привилегија. Ради се о десетогодишњем пореском ослобођењу сразмерно улагању, за пореског обвезника који испуни кумулативно следеће услове: 1) уложи у своја основна средства, односно у чија основна средства друго лице уложи више од једне милијарде динара; 2) наведена средства користи за обављање претежне делатности и делатности уписаних у оснивачком акту обвезника, односно наведених у другом акту обвезника, којим се одређују делатности које обвезник обавља и 3) у периоду улагања додатно запосли на неодређено време најмање 200 лица. Имајући у виду да се овде ради о крупнијем улагању, обвезник не мора у једном пореском периоду да испуни прописане услове за признавање овог подстицаја. Дакле, период улагања није временски ограничен и може трајати више година.²⁰ Поред тога,

19 Закон о порезу на добит правних лица, чл. 48, 50а, 50в, 50г, 50е, 50ж, 50з, 50и.

20 Мишљење Министарства финансија Републике Србије, бр. 430-07-391/2005-04, од 15.9.2005. године.

право на порески подстицај поред постојећег има и новоосновано привредно друштво које из сопствених новчаних средстава (која могу потицати и из оснивачког улога у новцу) изврши набавку основних средстава, уз услов да та основна средства буду евидентирана у пословним књигама обвезника и да служе за обављање регистроване делатности.²¹

IV Порез на имовину

Већина емпиријских истраживања показује да међу порезима најчешће коришћеним у пракси – порез на имовину представља економски најефикаснији облик опорезивања који најмање успорава привредни раст.²² У важећем Закону о порезима на имовину Републике Србије,²³ уређују се имовински порези, појављујући се у следећим облицима: порез на имовину, порез на наслеђе и поклон и порез на пренос апсолутних права. Међутим, испитивање за потребе овог рада ће бити ограничено само порез на имовину, који се у теорији још назива порезом на имовину у ужем смислу или периодични порез на имовину, односно годишњи порез на имовину. Овај порез плаћа се на имовину у статистици. Поменути Закон утврђује таксативно предмете на које се плаћа овај порез.²⁴

Одређујући обавезу плаћања пореза на непокретностима, законодавац их набраја. То су: земљиште, стамбене и пословне зграде, станови, пословне просторије, гараже, зграде и просторије за одмор и рекреацију и други грађевински објекти односно њихови делови. Најчешће се у пракси порез плаћа на право својине. То је стварно право, које у себи садржи сва овлашћења власника која се могу имати на једној ствари.

Законом о финансирању локалне самоуправе²⁵ од 1. јануара 2007. године, јединице локалне самоуправе добијају значајне ингеренције везане за порез на имовину (осим пореза на пренос апсолутних права и пореза на наслеђе и поклон). Наиме, поменути Закон наведени приход постаје изворни приход локалних тела. Овим путем, сада скупштина јединице локалне самоуправе утврђује висину пореске стопе

21 Мишљење Министарства финансија Републике Србије, бр. 430-07-463/2005-04, од 9.11.2005. године.

22 Н. Алтипармаков, *нав. чланак*, стр. 90.

23 Закон о порезима на имовину (*Службени гласник РС*, бр. 26/01, 45/02, 80/02, 135/04, 61/07, 5/09, 101/10, 24/11, 78/11 и 57/12 (Одлука УС)).

24 Закона о порезима на имовину, чл. 2.

25 Закон о финансирању локалне самоуправе (*Службени гласник РС*, бр. 62/06, 47/011 и 93/012).

апострофираног пореза. Међутим, стопа не може бити већа од стопе прописане Законом о порезима на имовину. Поред тога, градови и општине утврђују износ пореске основице, на начин прописан Законом о порезима на имовину и одговарајућим подзаконским актима, и утврђују, контролишу и наплаћују поменути порез. Таква правна решења, у контексту егзистирања и других врста јавних прихода (уступљених прихода и трансфера из буџета Републике), омогућавају позитивне процесе децентрализације и самосталности јединица локалне самоуправе. Али истовремено, „овакав режим финансирања локалних самоуправа наводи неке од њих на понашање по принципу моралног хазарда, подстичући их да се у већој мери ослањају на уступљене приходе и трансфере, а да стопу пореза на имовину, обухват и ефикасност наплате учине мањим него што је могуће и оправдано, а ради придобијања политичке подршке грађана“.²⁶ С тим у вези, „потребно је политиком централног нивоа државе снажно мотивисати све локалне самоуправе да максимално користе фискални капацитет за своје изворне приходе и тиме у што већој мери своје финансирање ослањају на њих, а не на трансфер из републичког буџета“. У том смислу потребно је и саму формулу за обрачун и расподелу ненаменских трансфера из Републике дефинисати на начин који би јасно узимао у обзир фискални напор сваке локалне самоуправе и јасно „кажњавао“ оне локалне самоуправе које се добровољно одричу наплате својих изворних прихода очекујући приходе које долазе из републичког буџета.²⁷

Код опорезивања имовине главни проблем је код релевантног вредновања основице пореза. У нашим условима она је нереално утврђивана и у пракси давала резултате далеко од праве тржишне вредности којој се конципирањем прописа тежило.²⁸ Реално, процењена пореска основица за порез на имовину у ужем смислу суштински се разликовала од основице пореза на пренос апсолутних права. Код овог пореза основица је стварно усклађена са реалном тржишном вредношћу и због тога је вишеструко већа од основице код пореза на имовину коју процењује надлежни порески орган.

У жељи поштовања начела плаћања пореза према економској снази Министарство финансија се залагало, да општине полазну основицу ускладе са реалном тржишном вредношћу квадратног метра код опорезивања станова. Међутим, у пракси ниједна општина у Србији

26 Вид. Милојко Арсић, Саша Ранђеловић, Александар Бућић, Душан Васиљевић, *Реформе пореза на имовину у Србији: Резултати и перспективе*, Београд, 2012.

27 М. Арсић, С. Ранђеловић, А. Бућић, Д. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 48.

28 Детаљније о разлозима лоше нормираности пореске основице и њеног депресивног карактера у пракси, вид. Борис Беговић, „Порези на имовину у Србији: постојеће стање и предлог реформе“, *Финансије*, бр. 1–6/2005, стр. 39–41.

није применила законску обавезу и није полазну основицу ускладила са реалном тржишном вредношћу квадратног метра стана. Конкретно, процена локалних колективитета је да није политички тренутак за драстичан удар на џепове грађана. Због тога су овај порез повећале од 8,5% до 40%. Рачуница им је била да је у години „танких“ локалних буџета порез на имовину једини сигуран извор прихода. У том контексту, настала је нежељена шареноликост утврђивања пореске основице. Тако, за једне је меродаван био Завод за статистику, за друге пројектовани раст цена на мало, а за треће порез на пренос апсолутних права.

У пореској теорији и пракси заступљено је мишљење да пореску основицу треба ускладити са пореском основицом која се примењује код пореза на пренос апсолутних права. С тим у вези, указивало се, да су процењене вредности некретнина при порезу у динамици веома блиске стварним тржишним вредностима некретнина, тако да пореска основица у динамици треба да буде изабрана као најбоља апроксимација стварне тржишне вредности некретнина.²⁹ Тим путем је могуће у пракси остварити принцип да они који имају велику и вредну имовину више плаћају.

Међутим, наведени концепт у пракси није прихваћен. Уместо тога, наведена мањкава решења утврђивања основице углавном су задржана и доношењем нових прописа. Суштинска разлика се појављује у томе што се сада основица пореза коју представља вредност непокретности утврђена проценом органа јединице локалне самоуправе надлежног за утврђивање, наплату и контролу изворних прихода јединице локалне самоуправе, сваке године умањује за амортизацију прописану по стопи од 0,8% (раније по 1,5%) применом пропорционалне методе, а највише до 40 процената (раније до 70%). Одмах након доношења нових прописа у стручним круговима се поставило питање оправданости постојања овог одбитка, јер је у пракси разлика у погледу тржишне цене новоизграђених и старих објеката мања и од ових 40%. Поред тога се истиче, ако се тежи обрачунавању основице утврђивањем тржишне цене некретнине, која зависи и од њене старости, да ли је оправдано још једном је умањивати по основу старости. Овим путем дошло би до проширења пореске основице, што би омогућило да пореске стопе буду ниже. Наведена решења омогућила би да грађани који имају имовину исте вредности плаћају приближно исти износ пореза.

Код овог пореза, законодавац се суочио и са проблемом оптималног признавања олакшица у циљу остваривања социјално-политичке улоге пореза. У контексту изложеног, претходним прописима најважнији и

29 Борис Беговић, Милица Бисић, Гордана Илић-Попов, Бошко Мијатовић, Дејан Поповић, *Реформа пореског система*, Београд, 2003; Б. Беговић, *нав. чланак*, стр. 46–47.

најиздашнији је био порески кредит, којим се утврђени порез умањивао за 40% и по 10% за сваког члана његовог домаћинства, тако да укупно умањење по овом основу могло да износи и до 70% утврђеног пореза. Овим путем се неоправдано бројним пореским обвезницима умањивао порез и тим путем значајно смањивао приход од пореза на имовину, доследно не поштујући начело плаћања пореза према економској снази. Наиме, изложеним решењима неселективно сви обвезници, богати и сиромашни, нпр. ако имају трочлано домаћинство плаћали су само 30% утврђеног пореза. С друге стране, једночлано домаћинство, било оно и најсиромашније плаћало је порез у висини од чак 60% од утврђеног пореза. У циљу отклањања наведених слабости, важећим Законом утврђени порез на згради или стану у којем станује обвезник умањује се за 50%, а највише 20.000 динара.

У циљу поједностављења система опорезивања (процене су биле да ће се око 95% обвезника опорезовати најнижом пореском стопом од 0,4%), министарство финансија је предложило замену прогресивних стопа увођењем јединствене пореске стопе од 0,4%. Међутим, нови закон је из Скупштине изашао са прогресивним стопама које су измењене у односу на претходно важеће и крећу се од 0,4 до два одсто (раније од 0,4 до три одсто).³⁰ Дакле, важећим правом код опорезивања непокретности пореског обвезника који не воде пословне књиге у примени је и даље, истина измењена, прогресија по траншама (тзв. *par tranche* прогресија).

Стопа пореза на имовину на права на непокретности пореског обвезника који води пословне књиге је пропорционална и износи до 0,4%, док је пореска стопа на права на земљишту код обвезника који не води пословне књиге, такође, пропорционална и износи до 0,3%.

Интересантно је да се новим прописима променио само правни режим опорезивања имовине домаћинства, али не и правних лица. Поред осталог, разлог овоме је био тај да се помогне компанијама у кризним условима. Међутим, омогућавање правним лицима да плаћају порез по пропорционалној стопи од 0,4% и да се обрачун пореза врши на основу књиговодствене вредности у пракси је доводило до избегавања плаћања пореза. Наиме, већина богатијих у Србији своју најважнију имовину води на фирме, јер је основица за обрачун пореза у овом случају књиговодствена вредност имовине која је, по правилу, значајно нижа од реалне. Због тога, неопходно је уједначавање правног режима опорезивања имовине физичких и правних лица, тако што ће се код поменутих субјеката, као основица за опорезивање узимати тржишна вредност непокретности.

30 Претходним прописима због потцењене пореске основице прогресија готово није примењивана. Наиме, чак 99% некретнина било је оптерећено применом најниже пореске стопе од 0,4%.

V Закључак

Изградња савременог пореског система и политике у Србији захтева потребу правног обликовања које ће поред издашних јавних прихода омогућити и позитиван утицај на одвијање привредног и друштвеног живота. С тим у вези, у наредном периоду пореској власти предстоји озбиљан посао доношења новог Закона о порезу на доходак грађана, којим би се у наш систем опорезивања увео нови модел који би реално омогућио остваривање: праведност плаћања пореза, економску ефикасност, издашност, стимулисање извоза, штедњу, инвестиције и запошљавање. По мом мишљењу, тај порез би требало да буде најједноставнији облик глобалног (синтетичког) пореза, с потребом одступања од теоријски чистог модела – посебним (нижим) опорезивањем прихода од капитала, ради конципирања порески конкурентног система.

Ради одвијања тржишног начина привређивања, код пореза на добит правних лица ново донети прописи редуцирања бројних пореских ослобођења и олакшица ће имати позитивно дејство. Најзад, код опорезивања имовине, неопходно је изборити се за реално утврђивање тржишне вредности непокретности код утврђивање основице за оптерећење физичких и правних лица.

Zoran ISAILOVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Priština

TAX SYSTEM AND POLITICS IN SERBIA

Summary

Contemporary states are trying to build a concept of taxation that would practically result with affluence of obtained income and strong positive impact on economic and social life. The author analyzes the role and significance of major direct taxes in Serbia. Considering this, the author suggests that the current system of income tax is anachronistic, not achieving fairness and economic efficiency.

For tax on profits of legal entities, the author criticizes the perennial unjustified fluctuations of tax policy related to tax incentives granting for stimulation of economic trends. In this sense, he supports the latest regulations changes

on the significant reduction of tax relief, based on the general rules, which will have a positive impact on the development of the tax system. Finally, the author stresses the need to harmonize the legal regime of property tax of individuals and legal entities, taking the real estate market value as a basis for their taxation.

Key words: *personal income tax, tax on profits of legal entities, property tax, fiscal incentives, economic efficiency, equality.*

др Гордана ИЛИЋ-ПОПОВ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

ДРУГА (ДОДАТНА) ПРИМАЊА ЗАПОСЛЕНИХ У ПОРЕСКОЈ И ПОСЛОВНОЈ ПОЛИТИЦИ

Резиме

Овај чланак се бави додатним примањима запослених у намери да најрави разлику између новчаних плаћања (тј. зараде у новцу) и осталих форми природних примања. Моју се идентификовати различите врсте таквих примања, као што су: (а) примања која се дају углавном због циља послодавца да ипак унапреди социјалну климу радној окружења; (б) примања која имају за циљ да подстакну активност или понашања запосленог, која су друштвено прихватљива, и на тај начин унапреде продуктивност, и (в) примања која запосленом олакшавају обављање посла. Постоје бројни разлози због којих послодавци моју да исплаћују, а запослени да прихватају накнаду за рад која у себи, поред зараде, садржи и друга (додатна) примања. Разматра се, ипак, питање да ли ова примања представљају трошак или корист за послодавца. Најчешће не постоји намера државе да кроз порески систем подстакне исплату ових примања, те се разматра одређивање додатних примања као саставног дела зараде, или на нивоу послодавца. Поред тога, порески органи моју да се суоче са проблемима у вези са пореским третманом додатних примања унутар зараде запосленог, јер је често тешко да се утврди њихова вредност, и анализирају се методе одређивања у тој сврху.

Кључне речи: додатна примања, друга примања, зарада, порез на зараде, послодавац.

I Уводне напомене

Веома је широк круг различитих врста других примања, која запосленом могу да побољшају не само његов економски положај, већ и да му пруже одговарајућу нематеријалну сатисфакцију. У намери да задрже или привуку квалитетне раднике, а тиме себи обезбеде конкурентнији положај на тржишту, послодавци се одлучују да их стимулишу кроз разне врсте погодности. Удео додатних, односно других примања¹ у заради запосленог намеће питање њиховог опорезивања. Скоро све земље-чланице ОЕЦД допуштају послодавцу да одбије стварни трошак који има у вези са обезбеђивањем додатних примања, уколико су такви трошкови легитимно настали у циљу обављања пословне активности или њеног унапређења. С друге стране, на нивоу запосленог, постоји различита пракса у погледу тога да ли ће се друга примања опорезовати као саставни део зараде, у целини или делом, што је опредељено врстом другог примања.

II Додатно примање vs. уговорени услови рада

Иако тржишна привреда начелно претпоставља да запослени за свој рад добијају одговарајућу зараду, односно плату у новчаном износу, у пракси се некада догађа да послодавац свом запосленом даје и одређене неновчане накнаде, у форми роба, услуга, акција или чићења. Сваки од ових облика, заправо, представља посебну погодност за запосленог, која за њега има и додатну материјалну вредност. Примера ради, послодавац може запосленом да обезбеди летовање или зимовање у одмаралишту фирме по повлашћеној цени; запослени од свог послодавца може да добије кредит за решавање свог стамбеног питања по повољнијим условима (нпр. дужи рокови отплате, уз значајно нижу каматну стопу од тржишне); послодавац може да финансира запосленом трошкове његовог стручног усавршавања (нпр. курс страног језика, курсеви за иновацију знања из области релевантне за пословање послодавца, курс обуке за рад на рачунару и сл.); дисконтне цене и друге повластице при куповини одређене робе; право запослених на откуп акција предузећа под условима који су повољнији од тржишних; плаћање трошкова коришћења мобилног телефона (најчешће, ипак, ограничено одређеним износом); бесплатно коришћење услуга фотокопирања у предузећу (у ограниченом износу); бесплатне карте за позоришне представе, спортске и музичке догађаје, итд.

1 У литератури се могу срести појмови *fringe benefits* и *benefits in kind*, при чему оба, у начелу, означавају друга неновчана примања изван зараде.

Међутим, неке форме не представљају погодности у смислу *de facto* додатне накнаде коју добија запослени, већ, у извесном смислу, чине саставни део уговорених услова рада, које је или сам послодавац понудио лицу, или их је, евентуално, лице тражило приликом прелиминарних разговора за запослење. Оне треба да омогуће адекватне услове рада, који су предуслов за што ефикасније и успешније одвијање пословних активности предузећа. Илустрације ради, запосленима се обезбеђује бесплатан годишњи лекарски систематски преглед, како би се сачувало њихово здравље, али и предупредило одсуствовање са посла због болести; послодавац може да обезбеди бесплатан комби превоз за запослене у ноћној смени; запосленом се даје већа и лепо намештена канцеларија, како би оставио бољи утисак на клијенте; послодавац може да запосленом који службено путује омогући путовање у бизнис класи, како би дуге сате интерконтиненталног лета могао да искористи било за одмор, било за бољу припрему за предстојеће пословне састанке, итд. Неспорно је да обезбеђивање повољнијих радних услова у одређеној мери утиче на лице када доноси одлуку да се запосли код одређеног послодавца.²

Постоје и облици који би се могли окарактерисати као гранични случајеви између додатних погодности и уговорених услова рада. Замислимо, на пример, да је запослени, који има породицу, од стране послодавца упућен на рад у дужем временском периоду у неку афричку или азијску земљу. Због непознавања језика није могуће да његова деца похађају локалну школу, већ је принуђен да их упише у страну (нпр. француску или америчку) школу, што претпоставља високе издатке, који иду на терет послодавца. Трошкови финансирања школовања деце запосленог у овом случају не би се могли сматрати његовим додатним примањем, већ је у питању „прихватљив услов посла“, који су иницијално уговорили послодавац и запослени.

III Пословна политика предузећа и додатна примања

Више је различитих мотива који стоје иза послодавчеве одлуке да запосленом исплаћује, поред уговорене зараде, и нека додатна примања (при чему, у овом моменту апстрахујемо евентуални порески разлог). На тај начин може да се постигне већа еластичност у структури зарада. Сем тога, ову могућност послодавац може да искористи како би посебно наградио оне запослене који се, по квалитету свог рада, постигнутим резултатима и својим одговорним и савесним односом према послу и фирми, посебно истичу. Исто тако, одлука да запосленом обезбеди неке посебне погодности може бити мотивисана и намером послодавца

2 Jeffrey P. Owens, „The Taxation of Fringe Benefits“, *Intertax*, No. 3/1988, стр. 68.

да привуче лица да раде на мање атрактивним или, пак, захтевнијим и тежим пословима, односно да запосленог више веже за компанију (обезбеђујући му, на пример, чување и бригу о малом детету унутар посебног одељења компаније за време док је он на послу). Неке бенефиције послодавац одобрава у намери да унапреди „социјалну климу“ радног окружења (нпр. организовање бесплатних излета за запослене).³

Послодавац је понекад у могућности да одређена добра добије по нижој цени него да их набавља непосредно запослени⁴ или је, пак, сам укључен у производњу добра, односно пружање услуга, па то за њега не представља велики трошак.⁵ Примера ради, особљу авио-компаније се може омогућити бесплатно путовање на различите дестинације у приватне сврхе у ситуацији када би иначе то место у авиону на датом лету остало упражњено. Обезбеђивање такве врсте бенефиција требало би нпр. стјуардесу да стимулише на квалитетнији рад, што послодавцу обезбеђује бољи положај у условима конкуренције. Али, уколико би се стјуардеси омогућио бесплатан лет, без обзира на интересовање путника, авио-компанија би била изложена индиректном трошку, јер би авионску карту могла да прода по тржишној цени и тако оствари добит.⁶

Има и случајева када је трошак за послодавца већи од непосредне користи коју има при финансирању неког додатног примања (нпр. учешће у трошковима школовања детета запосленог; сервисирање приватног аутомобила запосленог о трошку фирме и др.), али се и такви издаци могу оправдати жељом да се привуку посебно добри радници.⁷

Најзад, нека додатна примања су, као што смо напред већ поминули, на граници између посебних погодности и очекивања запосленог при запослењу. Примера ради, накнада за исхрану у току рада може да буде саставни део уговорених услова рада, али може да се третира и као посебна погодност, уколико предузеће у оквиру пословне зграде има свој ресторан намењен запосленима. Овде је већа корист на страни запосленог, јер осим што су цене привилеговане, њему је угодније, јер не

3 Sandra Eden, Carlos Pabao Taboado, „General Report on the Taxation of Workers“, у: Joerg Manfred Moessner (ed.), *Taxation of Workers in Europe*, EATLP International Tax Series, Vol. 6, 2010, стр. 32.

4 На пример, захваљујући економији обима компанија добија попуст при набавкама.

5 Sandra Eden, „Taxing benefits in kind – theory and practice“, у: Joerg Manfred Moessner (ed.), *Taxation of Workers in Europe*, EATLP International Tax Series, Vol. 6, 2010, стр. 40.

6 Упор. нпр.: *The Taxation of Fringe Benefits*, OECD, Paris, 1988, стр. 8.

7 Avery Katz, Gregory Mankiw, „How Should Fringe Benefits Be Taxed“, *National Tax Journal*, Vol. 38, No. 1/1985, стр. 41–42.

мора да излази ван пословне зграде на паузу за ручак, а поготово је то од користи у случају прековременог рада.

У сваком случају, послодавац очекује да ће исплатом додатног примања обезбедити ефикасније пословање, што ће се одразити на већу продуктивност, те би се тада могло рећи да додатна примања имају „двоструки циљ“, у смислу побољшања како положаја запосленог, тако и послодавца. У својој *cost-benefit* анализи руководство предузећа процењује да економске користи за предузеће могу, на средњи рок гледано, да буду веће од, на пример, трошкова стручног усавршавања, јер бољом обученошћу запослених предузеће побољшава своју конкурентску позицију на тржишту и реално је очекивати да ће остварити боље пословне резултате.⁸ Исто тако, трговачки путник ће повећати продаје за предузеће уколико има на располагању фирмин аутомобил, јер ће за краће време моћи да обиђе већи број потенцијалних клијената, као и клијенте који су удаљенији.

IV Друга примања са аспекта запосленог

Сасвим је јасно да запослени радо пристају на она друга примања која прате зараду, али је не супституишу. Као што је већ истакнуто, ова врста примања, с једне стране, увећава, посредно или непосредно, њихову економску снагу, али, с друге стране, кроз различите погодности чини им живот комфорнијим (нпр. када послодавац обезбеди паркинг место свом запосленом у близини посла, што нарочито добија на значају у великим градовима). Некада нека додатна примања могу указивати на значајнију позицију запосленог у фирми, што у психолошком смислу на таквог запосленог може имати посебан утицај (нпр. право на коришћење службеног аутомобила са шофером).

Међутим, запослени, по правилу, не прихватају да им већи део зараде буде исплаћен на тај начин, што се неповољно одражава на флексибилност запошљавања и мобилност радне снаге на тржишту.⁹

V Друга примања и фискус

Ако би додатна примања била изложена нижем фискалном терету него новчане зараде, био би отворен простор за нелегитимну пореску евазију, што би даље доводило до тржишних дисторзија и неправич-

8 Sijbren Cnossen, Ken Messere, „Income Tax Reforms in OECD Member Countries“, *Bulletin for International Fiscal Documentation*, Vol. 44, No. 10/1990, стр. 467–469.

9 S. Eden, *нав. чланак*, стр. 41.

не конкуренције између различитих послодаваца. Наиме, могла би да буде изиграна намера законодавца када је предвидео могућност да се запосленом исплаћује зарада и у виду бонова, потврда, чињењем или другим погодностима, тиме што би се пореска обавеза спустила испод нивоа коју је он имао првобитно у виду. Присетимо се ситуације с почетка последње деценије 20. века када је, не само због економски тешке ситуације која је погодила Србију, већ и из пореских разлога, дошло до изразитог повећања натуралних примања (пре свега, у животним намирницама и средствима за хигијену), јер у доходак за опорезивање махом нису била укључена додатна примања. Иако је у том моменту долазило до пореских „уштеда“, чињеница је, са друге стране, да су доприноси за социјално осигурање били обрачунавани на минималне основице, што се на средњи и дужи рок неповољно одражава на висину пензије запосленог. Но, чини се да је од тог времена српски законодавац прилично обазрив када је реч о пореском уређивању исплата додатних и сличних примања, јер се прибојава ерозије пореске основице и, услед тога, губитка пореског прихода за фискус.¹⁰ Ако законодавац није посебно ослободио од опорезивања нека друга примања запосленог,¹¹ онда се она сматрају зарадом запосленог и бивају подвргнута порезу на зараде и доприносима за обавезно социјално осигурање. У српском пореском законодавству није предвиђен повољнији порески третман за ову врсту примања, што јесте добро решење, јер је одлука послодавца да обезбеди запосленом неку другу врсту примања тада условљена искључиво пословним, а не пореским, разлозима. Што је још важније, тиме се избегавају потенцијалне дисторзије у пореском систему, у смислу преваљивања пореског терета са запосленог, односно послодавца на остале пореске обвезнике.¹² Наиме, ако једни плаћају мањи износ пореза (било да је у питању порез на зараде, или порез на добит) зато што је већи део зараде исплаћен натурално, а та врста примања се блаже опорезује или не опорезује уопште, други морају на име различитих по-

10 Одредбом чл. 110, ст. 2 Закона о раду (*Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05 и 54/09) је прецизирано да се зарада исплаћује само у новцу, осим ако законом није друкчије одређено.

11 На пример, накнада трошкова превоза у јавном саобраћају за долазак на посао и повратак са посла (до прописаног износа), поклони деци запослених, старости до 15 година, поводом Нове године и Божића, јубиларна награда (до прописаног износа), солидарна помоћ за случај болести, здравствене рехабилитације или инвалидности (до прописаног износа) и др. Вид.: Закон о порезу на доходак грађана (*Службени гласник РС*, бр. 24/01, 80/02, 80/02, 135/04, 62/06, 65/06, 31/09, 44/09, 18/10, 50/11, 91/11, 93/12 и 114/12; даље у фуснотама: ЗПДГ), чл. 18. Упор.: М. Paige Gerich, *Tax Treatment and Rules for Fringe Benefits*, ВКД, October 13, 2011, *WP*, стр. 42, 43

12 Вид. више: S. Eden, *нав. чланак*, стр. 43–44.

реза платити више (односно по вишим стопама од дотадашњих), како би држава била у стању да обезбеди планирани износ прихода.

Главни разлог због којег додатна примања треба да буду укључена у пореску основицу је тај што у противном основица не би одражавала праву економску снагу запосленог.¹³ Сем тога, ако би запослени имали различиту структуру примања унутар исте висине зараде, свака пореска привилегија на рачун других примања, довела би их у правно неједнаке положаје. Повељнији порески режим или неопорезивање других примања нарушава принцип хоризонталне правичности у опорезивању, те се ради заштите овог принципа највећи број ових примања опорезује порезом по одбитку на зараде, као њен саставни део.¹⁴ По правилу, запослени је обвезник, док је у неким земљама (нпр. Белгија, Мађарска и др.) послодавац тај који је у улози пореског обвезника.¹⁵ У Белгији запослени није опорезован за нека друга примања која имају за циљ да унапреде „друштвену климу“ унутар компаније, а не служе обављању посла (нпр. од стране послодавца организовани заједнички одласци свих заинтересованих запослених на неки културни или спортски догађај) или, пак, за поклоне мање вредности (највише до EUR 50 по запосленом), које послодавац може учинити запосленом за његов рођендан, венчање, рођење детета и сл. У овим случајевима терет се преноси на послодавца, тако што му се приликом обрачуна пореза на добит не признаје као трошак износ додатних примања која исплаћује запосленима. То има ефекат преваљивања фактичког пореског терета са запосленог на послодавца, што би се могло оценити као неправично, управо због напред поменуте „двоструке користи“ која стоји у основи додатних примања и за запослене, и за послодавца, па би обе стране требало да се договоре о подели пореског терета.¹⁶ У Мађарској се прави разлика између „одређених дефинисаних погодности“ (нпр. трошкови ручкова или вечера повезани са службеним путовањем, употреба службеног телефона у приватне сврхе, промотивни поклони до одређеног износа и др.) и „бенефиција изван

13 Robert W. Turner, „Fringe Benefits: Should We Milk This Sacred Cow“, *National Tax Journal*, No. 3/1989, стр. 297–299.

14 Упор.: K. W. Adamache, F. A. Sloan, „Fringe Benefits: To Tax or Not to Tax“, *National Tax Journal*, No. 1/1985, стр. 61. Вид. такође: Charles T. Clotfelter, „Equity, Efficiency and the Tax Treatment of In-Kind Compensation“, *National Tax Journal*, Vol. 32, No. 1/1979, стр. 52. *Country Analyses, IBFD Tax Research Platform, International Bureau of Fiscal Documentation*, Amsterdam 2012 <http://www.ibfd.org>, 10.3.2013.

15 *Country Analyses, IBFD Tax Research Platform, International Bureau of Fiscal Documentation*, Amsterdam 2012 <http://www.ibfd.org>, 10.3.2013.

16 Luc De Broe, Niels Bammens, „National report on taxation of workers: Belgium“, у: Joerg Manfred Moessner (ed.), *Taxation of Workers in Europe*, EATLP International Tax Series, Vol. 6, 2010, стр. 112.

зараде“ (нпр. ваучери за набавку хране у одређеном ланцу продавница до прописаног месечног износа (нпр. *Ersébet* ваучери у месечном износу до НУК 8,000); картица за рекреацију у одређеном спортском објекту до прописаног износа, нпр. *Széchényi* картица, до годишњег износа од НУК 500.000; кетеринг на радном месту, уколико је организован од стране послодавца, а не трећег лица; трошкови школовања (до 30% износа минималне зараде) и др.).

У основицу за опорезивање улази фер тржишна вредност другог примања. Уколико запослени, евентуално, има учешће у таквој погодности (нпр. платио је цену улазнице за позоришну представу, али по цени која је нижа од тржишне), онда основицу за опорезивање чини разлика између фер тржишне вредности и доприноса запосленог.¹⁷ Посебан проблем настаје у вези са утврђивањем новчане вредности појединих додатних примања, о чему ће касније бити више говора.

У Аустралији и на Новом Зеланду постоји посебан порез на додатна примања (енгл. *fringe benefits tax*), који се утврђује на укупан износ свих погодности које је послодавац, у форми различитих додатних и других примања, обезбедио својим запосленима.¹⁸ Разлог за увођење оваквог пореза, код којег се у улози пореског обвезника налази послодавац је, пре свега, административне природе јер је реч о мањем броју обвезника, те је и пореску контролу лакше спровести. Увођење новог пореског терета послодавцу може убудуће утицати на његове пословне одлуке у вези са висином зарада, односно других примања.¹⁹

Истраживања показују да је реакција на увођење посебног пореза на додатна примања била много израженија у Аустралији (где је овај порез уведен 1986. године, по стопи од, чак, 46.5% и њиме је био захваћен шири круг додатних примања, укључујући бесплатан авионски превоз, исхрану у ресторану послодавца и сл.).²⁰ Послодавци у Аустралији су се

17 *Country Analyses (Croatia)*, IBFD Tax Research Platform, <http://www.ibfd.org>, 10.3.2013.

18 Claudia D. Scott, „Taxing Fringe Benefits: The New Zealand and Australian Experience“, у: Cedric Sandford (ed.), *Key Issues in Tax Reform*, Fiscal Publications, 1993, стр. 37.

19 Повећани трошак, због пореза на додатна примања, смањује добит послодавца, те он може да одлучи да смањи исплату других примања, односно да изврши одређена усклађивања нивоа накнада које исплаћује запосленима. Тада бисмо могли да закључимо да је терет овог пореза „подељен“ између послодавца и запосленог, јер је запослени прихватио да му се износ укупне накнаде за рад смањи.

20 На Новом Зеланду порез на додатна примања је уведен годину дана раније, тј. 1985. године. Стопа пореза је била 45%, а њиме се опорезовало коришћење службеног аутомобила, кредити одобрени по нижој каматној стопи од тржишне, добијање одређене робе по дисконтним ценама и др. Вид. више: Sayed Afzal Peerzade, „Fringe Benefits Tax: The New Zealand Experiment“, *Aptirc-Bulletin*, Vol. 8, No. 6/1990, стр. 202.

врло оштро супротставили овој новој пореској обавези, што је довело до измена у његовим елементима, пре свега у погледу снижавања стопе и смањивања обухвата пореза. Но, ваља приметити да је опадање прихода од пореза на додатна примања, које је уследило почетком последње деценије 20. века, настало као последица смањене спремности послодавца да убудуће запосленима исплаћују већи део зараде кроз различита додатна примања, тако да је временом овај порез почео да губи на свом значају.

VI Зарада и друга примања у српском законодавству

Са аспекта позитивног радног законодавства у Републици Србији, зарада обухвата зараду за обављени рад и време проведено на раду (основна зарада, део зараде за радни учинак и увећана зарада),²¹ зараду по основу доприноса запосленог пословном успеху послодавца (награде, бонуси и сл.) и друга примања по основу радног односа, у складу са општим актом и уговором о раду.²² Друга примања која је послодавац, у складу са општим актом, дужан да исплати обухватају: отпремнину при одласку у пензију, накнаду трошкова погребних услуга у случају смрти члана уже породице (брачни друг и деца запосленог), односно члановима уже породице у случају смрти запосленог, и накнаду штете због повреде на раду или професионалног обољења.²³ Овде је, дакле, реч о другим примањима које послодавац мора да исплати сваком запосленом уколико, односно када дође до наведених случајева. Са пореског аспекта, ова примања су изузета из дохотка за опорезивање.²⁴ Међутим, нека друга примања послодавац може (али нема обавезу да мора) да исплати, и то у виду поклона за Божић и Нову годину деци запосленог до 15 година живота, у вредности највише до неопорезивог износа предвиђеног законом, као и да му уплаћује премију за добровољно додатно пензијско осигурање,²⁵ колективно осигурање од последица незгода и колективно осигурање за случај тежих болести и хируршких интервенција, а у циљу спровођења квалитетне додатне социјалне заштите.²⁶ Треба истаћи да, уколико се послодавац одлучи да врши исплату ових примања, он то

21 Закон о раду, чл. 106 и 107.

22 Закон о раду, чл. 105 ст. 1.

23 Закон о раду, чл. 119 ст. 1.

24 ЗПДГ, чл. 9.

25 Упор.: Stephen A. Woodbury, Huang Wei-Jang, *Introduction, Tax Treatment of Fringe Benefits*, Kalamazoo, MI: W.E. Upjohn Institute for Employment Research, 1991, стр. 1–7.

26 Закон о раду, чл. 119 ст. 2 и 5.

чини свим запосленима, те се зато не може говорити о неким посебним погодностима на које би имали право само неки запослени. У пореском смислу, ова примања су ослобођена од опорезивања порезом на зараде, и то најчешће до законом прописаног износа.²⁷

У пореском праву Србије за потребе опорезивања порезом на зараде, зарада је дефинисана тако да обухвата: зараду која се остварује по основу радног односа, на начин како је то уређено радноправним прописима; уговорену накнаду и друга примања која се остварују обављањем привремених и повремених послова на основу уговора закљученог непосредно са послодавцем, као и на основу уговора закљученог преко омладинске или студентске задруге, осим са лицем до навршених 26 година живота, ако је на школовању у установама средњег, вишег и високог образовања;²⁸ премије свих видова добровољног осигурања, као и пензијски допринос у добровољни пензијски фонд, које послодавац плаћа, односно уплаћује за запослене-осигуранике укључене у добровољно осигурање, односно за запослене-чланове добровољног пензијског фонда;²⁹ као и примања у облику бонова, новчаних потврда, акција (осим акција стечених у поступку својинске трансформације), или робе,³⁰ чињењем или пружањем погодности (нпр. коришћење службеног возила и другог превозног средства у приватне сврхе;³¹ коришћење стамбених зграда и станова који су у власништву послодавца или на располагању послодавца по основу закупа или по другом основу, уз плаћање закупнине или без плаћања закупнине, осим решавања стамбених потреба запослених, изабраних, именованих и

27 ЗПДГ, чл. 18.

28 Вид.: ЗПДГ, чл. 13 ст. 2.

29 Зарадом се, међутим, за пореске потребе, не сматрају премија коју послодавац плаћа за све запослене код колективног осигурања од последица незгоде, укључујући осигурање од повреда на раду и професионалних обољења и колективног осигурања за случај тежих болести и хируршких интервенција, као ни премија за добровољно додатно пензијско осигурање, односно пензијски допринос у добровољни пензијски фонд, које послодавац плаћа за запослене – осигуранике укључене у добровољно осигурање, односно за запослене – чланове добровољног пензијског фонда, до износа који је ослобођен од плаћања доприноса сагласно закону који уређује обавезно социјално осигурање. Вид.: ЗПДГ, чл. 14б ст. 2.

30 Са пореског становишта је ирелевантно уколико се примања запослених у роби обезбеђују из хуманитарне помоћи коју је послодавцу доделила хуманитарна организација. Вид. нпр.: Мишљење Министарства финансија и економије РС, бр. 414-00-135/2002-04 од 9. јула 2002. године.

31 Међутим, у случају када запослени за коришћење службеног аутомобила у приватне сврхе плаћа послодавцу накнаду из своје нето зараде, та накнада не подлеже плаћању пореза на доходак грађана. Вид.: Мишљење Министарства финансија РС, бр. 011-00-809/2006-04 од 17. фебруара 2006. године.

постављених лица у складу са прописима који уређују становање и решавање стамбених потреба у државним органима и организацијама, органима и организацијама јединица територијалне аутономије и локалне самоуправе, јавним службама и код других корисника буџетских средстава),³² опраштањем дуга, као и покривањем расхода обвезника новчаном надокнадом или непосредним плаћањем.

Из постојеће законске формулације може се закључити да послодавац може да исплати запосленом и неке друге форме примања које ће, са пореског аспекта, улазити у зараду и бити опорезоване по стопи пореза на зараде од 12%.³³ Порески законодавац у том смислу издваја нарочито коришћење службеног возила у приватне сврхе и коришћење стамбених зграда и станова који су у власништву послодавца по основу закупа или по другом основу, са или без плаћања закупнине. Али, у пракси се наметнуло питање какав порески третман имају неке друге погодности, односно примања које послодавац чини, односно даје запосленима.

У том смислу, можемо навести случај када предузеће одлучи да, на терет својих средстава, свим запосленима, под једнаким условима, пружи могућност обављања годишњих систематских прегледа у некој од здравствених установа са којом би успоставило сарадњу искључиво по том основу.³⁴ Поставља се питање да ли таква послодавчева давања представљају зараду запосленог у смислу важећих прописа у области радног и пореског права. Мишљење надлежног органа (Министарства рада и социјалне политике) је да таква давања, с обзиром на то да се пружају свим запосленима, без обзира на специфичност и тежину њиховог радног места, не чине зараду запосленог, већ је реч о давању које представља издатак за послодавца.³⁵ Уколико послодавац врши

32 Вид.: ЗПДГ, чл. 14а. Одлуком Уставног суда РС (*Службени тласник РС*, бр. 91/11) утврђено је да одредба чл. 14а ст. 1 тач. 2 ЗПДГ, у делу који гласи: „осим решавања стамбених потреба запослених, изабраних, именованих и постављених лица у складу са прописима који уређују становање и решавање стамбених потреба у државним органима и организацијама, органима и организацијама јединица територијалне аутономије и локалне самоуправе, јавним службама и код других корисника буџетских средстава“, није у сагласности с Уставом и да престаје да важи даном објављивања те одлуке у *Службеном тласнику РС*, односно 2. децембра 2011. године.

33 Вид.: ЗПДГ, чл. 16.

34 У Хрватској се обавезни лекарски прегледи не опорезују, уколико се пружају свим запосленима. Вид.: *Country Analyses (Croatia)*, *IBFD Tax Research Platform*, <http://www.ibfd.org>, 10.03.2013.

35 Мишљење Министарства рада и социјалне политике РС, бр. 011-00-12/2011-02 од 13. јануара 2011. године.

плаћање директно на рачун здравствене установе која пружа услуге, надлежни државни орган (Министарство финансија) је мишљења да то не представља давање запосленима од стране послодавца и као такво не подлеже опорезивању порезом на зараду и плаћању доприноса за обавезно социјално осигурање. Међутим, уколико би се превентивни систематски здравствени прегледи вршили селективно и под друкчијим условима плаћања (а не директно од стране послодавца здравственој установи, која је пружалац услуга), Пореска управа би, руководећи се начелом фактицитета,³⁶ утврђивала у сваком конкретном случају да ли је реч о давању запосленима од стране послодавца, што би опредељивало порески третман таквог примања (тј. такво примање би тада било подвргнуто порезу на зараде и доприносима за обавезно социјално осигурање).³⁷

Међутим, у случају накнаде трошкова здравствене рекреације од стране послодавца запосленима, иако је и овде намера послодавца заштита здравља запослених и смањивање броја професионалних обољења и обољења у вези са радом, ситуација је другачија. Ако је у питању здравствена рехабилитација запослених који су изложени посебним здравственим ризицима на раду, односно који су услед захтева посла физички исцрпљени, или ако је запосленом у поступку излечења, односно санирања болести (постоперативни период код ортопедских, срчаних и других операција, санирање других здравствених обољења, инвалидност и др.) неопходна медицинска рехабилитација у амбулантно-поликлиничкој или стационарној установи, која се не може финансирати из средстава обавезног здравственог осигурања, предвиђено је пореско ослобођење за примања по основу солидарне помоћи за случај болести, коју исплаћује послодавац за запосленог.³⁸ Али, уколико нису предвиђени посебни критеријуми које запослени треба да испуни да би остварио право на здравствену рехабилитацију,³⁹ већ је колективним уговором предвиђена обавеза послодавца да на терет својих средста-

36 Вид.: Закон о пореском поступку и пореској администрацији (*Службени гласник РС*, бр. 80/02, 84/02, 23/03, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05, 62/06, 61/07, 20/09, 72/09, 53/10, 101/11, 2/12 и 93/12; даље у фуснотама: ЗПППА), чл. 9.

37 Мишљење Министарства финансија РС, бр. 413-00-289/2012-04 од 4. јуна 2012. године.

38 Вид.: Правилник о остваривању права на пореска изузимања за примања по основу помоћи због уништења или оштећења имовине, организоване социјалне и хуманитарне помоћи, стипендија и кредита ученика и студената, хранарина спортиста аматера и права на пореско ослобођење за примања по основу солидарне помоћи за случај болести (*Службени гласник РС*, бр. 31/01 и 5/05; даље у фуснотама: Правилник), чл. 10.

39 Мисли се на услове из чл. 10 Правилника.

ва сноси део трошкова такве рехабилитације (тј. 60%), док преосталих 40% од пуне цене рекреације сноси сам запослени, преовлађује став да такво давање послодавца има карактер зараде запосленог, те подлеже опорезивању.⁴⁰ Сем тога, чињеница је да у овом случају не би сви запослени били у једнаком положају, тј. само нека лица би остварила надокнаду дела трошкова здравствене рехабилитације онда када им то здравствено стање налаже, док би у претходно наведеном случају право на бесплатан систематски здравствени преглед имали сви запослени.

Од здравствене рехабилитације треба разликовати случајеве када је послодавац спреман, иако то није предвиђено ни општим актом предузећа као његова обавеза, нити појединачним уговором о раду (као уговорени услов посла), да финансира трошкове спортске рекреације својим запосленима (нпр. изнајмљивање спортске хале, трошкови фитнеса, теретане и сл.). Таква давања послодавца могу се окарактерисати као додатна примања запосленог, која улазе у његову зараду и бивају опорезована одговарајућим фискалним дажбинама.⁴¹ Наиме, уколико послодавац даје радницима разне бенефиције које се односе на финансирање трошкова, на пример, рекреације, масаже, спа центра, одласка у бању и др., таква давања представљају чињење погодности запосленом,⁴² које подлеже опорезивању порезом на зараду и плаћању доприноса за обавезно социјално осигурање на зараду.

Што се тиче трошкова образовања запосленог, у ситуацији када се он на стручно усавршавање (специјализација, учење страних језика, докторске студије и др.) упућује у складу са потребама послодавца, који трошкове његовог стручног усавршавања непосредно плаћа факултету, односно другој образовној установи или институцији, такви послодавчеви издаци не могу се укључити у зараду запосленог, те нису подвргнути порезу на зараду.⁴³ Међутим, ако послодавац одлучи да финансира стручно усавршавање неког свог запосленог, иако оно није у функцији потреба процеса рада, тада би се могао извести закључак да је реч о покривању расхода запосленог новчаном надокнадом или непосредним

40 Мишљење Министарства финансија РС, бр. 414-00-38/2011-04 од 12. септембра 2011. године.

41 Мишљење Министарства финансија РС, бр. 414-00-22/2011-04 од 9. маја 2011. године; Мишљење Министарства финансија РС, бр. 120-01-104/2010-04 од 13. јануара 2011. године.

42 Вид.: ЗПДГ, чл. 14.

43 Мишљење Министарства финансија и економије РС, бр. 414-00-88/2002-04 од 14. јуна 2002. године. У Хрватској и Чешкој Републици се, примера ради, не опорезују трошкови образовања и усавршавања, односно трошкови обуке, ако су повезани са потребама компаније и обављањем делатности. *Country Analyses, IBFD Tax Research Platform*, <http://www.ibfd.org>, 10.3.2013.

плаћањем, што је обухваћено појмом зараде у пореском смислу. Отуда, ова врста погодности, која индиректно увећава економску снагу запосленог, бива опорезована порезом на зараде и пратећим доприносима.

У случају када послодавац свим својим запосленима даје на коришћење одећу и обућу у сврху обављања послова радног места на које су распоређени, која је једнообразна за све запослене који раде на истим или сличним пословима (нпр. послови кафе кухиње, послови одржавања хигијене, курирски послови, послови протокола, пријема странака и др.), а при томе су запослени обавезни да је користе на радном месту током радног времена, и када је послодавац ту одећу и обућу набавио (купио) од овлашћених добављача којима је непосредно извршио плаћање по том основу, такво давање послодавца запосленима не представља примање запосленог у виду робе које би било подвргнуто опорезивању порезом на зараду, већ је саставни део радних обавеза запосленог.⁴⁴

Најзад, посебну пажњу привлаче и примања запосленог по основу зајма који му је одобрио послодавац на дужи временски рок за решавање стамбених потреба.⁴⁵ Послодавац је, претпоставимо, у периоду између 2004. и 2006. године одобрио зајмове својим запосленима за решавање стамбеног питања, уз клаузулу да се ревалоризација неотплаћеног дела зајма врши индексом цена на мало у Републици Србији. Међутим, пошто се од почетка 2011. године податак о индексу раста цена на мало више не објављује, настала је потреба да се, у циљу очувања стварне вредности износа зајма, убудуће ревалоризација другачије уреди. У том смислу, анексом уговора о зајму је за преостали део зајма предвиђено да се ревалоризација врши према валутној клаузули, што значи да се износ зајма у динарима убудуће везује за девизни износ на дан доделе зајма.⁴⁶ Таква измена у начину ревалоризовања за последицу има смањење динарског износа дуговања, али се тиме сачувала стабилност самог дуга (израженог у еврима). Ова клаузула запосленима обезбеђује повољнији положај, јер им се према ранијем начину ревалоризације вредност неотплаћеног дела дуга исказаног у динарима увећавала у односу на исти дуг исказан у еврима (посматран кроз динарску противвредност у еврима). Када запослени на терет своје зараде у уговореном року у

44 Упор., нпр.: Мишљење Министарства финансија РС, бр. 413-00-1346/2009-04 од 17. августа 2009. године.

45 Вид.: Мишљење Министарства финансија РС, бр. 414-00-88/2011-04 од 14. марта 2012. године.

46 Одредбом чл. 2 тач. 24 Закона о девизном пословању (*Службени гласник РС*, бр. 62/06 и 31/11) прописано је да валутна клаузула представља уговарање вредности обавезе у девизама (валута обавезе) у Републици, с тим што се плаћање и наплаћивање по тим уговорима врши у динарима (валута исплате).

целости измири своју уговорну обавезу, односно врати дуг послодавцу у висини износа обрачунаог према валутној клаузули (и тиме буде сачувана стварна вредност износа зајма који је добио од послодавца), такво примање се не сматра зарадом. Међутим, уколико запослени отплати дуг, али у висини новчаног износа који је нижи од износа обрачунаог применом валутне клаузуле, та разлика би представљала погодност, која има карактер другог примања запосленог, и подлежала би опорезивању порезом на зараду.

VII Утврђивање вредности другог примања

Посебан проблем се јавља у вези са утврђивањем стварне вредности додатног, односно другог примања запосленог. Прецењивање његове вредности изазива отпор код запослених као пореских обвезника, док признавање вредности која је испод тржишне доводи до хоризонталне неједнакости. Сем тога, код неких додатних примања и погодности, о чему је напред било више речи, тешко је утврдити који је стварни економски трошак који сноси послодавац.

У литератури постоје мишљења да износ додатног примања треба да одговара смањењу зараде у новцу, на шта је запослени свесно пристао, како би заузврат добио одговарајуће друго примање (које је оценио да му из неког разлога више одговара, нпр. коришћење службеног аутомобила у приватне сврхе).⁴⁷ Ово може отклонити подстицај да се накнада за рад радије плаћа у природи него у новцу. Опорезивању би требало да буде подвргнут и онај износ примања који за запосленог има одређену субјективну вредност, која може да буде и нижа од тржишне вредности одређене према објективним мерилима.

Насупрот томе, могли бисмо изнети став да је тржишна вредност једина релевантна за одређивање реалне вредности додатног примања. Прираст економске снаге је исти за све запослене, без обзира на то колику маргиналну корист поједини запослени има од одређеног другог примања. Порески систем треба да утврди објективне стандарде за мерење вредности додатног примања, како би се на тај начин обезбедила правичност у опорезивању. Применом методе тржишне вредности, вредност другог примања се утврђује на основу података о томе колика би цена могла да се постигне на тржишту за поједину врсту таквих примања.⁴⁸ Тако се, на пример, у српском пореском законодавству вредност неких примања која улазе у састав зараде запосленог утврђује пре-

47 Упор.: John S. Nolan, „Taxation of Fringe Benefits“, *National Tax Journal*, No. 3/1977, стр. 361–362.

48 О томе вид. више: S. Eden, *нав. чланак*, стр. 46–47.

ма: номиналној вредности бонова, новчаних потврда и акција; цени која би се постигла продајом робе на тржишту; накнади која би се постигла на тржишту за услугу или погодност која се чини обеззнику; односно новчаној вредности покривених расхода.⁴⁹ На пример, закупнина коју послодавац плаћа за стан који користи запослени се одређује према тржишним ценама у месту у коме се стан налази.⁵⁰ Уколико надлежни порески орган оцени да је утврђена цена, односно накнада нижа од оне која се може постићи на тржишту, утврдиће ту цену, односно накнаду у висини која би се могла постићи на тржишту.⁵¹

Главна предност тржишне методе је у томе што она искључује арбитрерност у одређивању пореске основице. Међутим, у неким ситуацијама одређена корист се не потврђује на тржишту, па се због тога њена вредност не може тржишно исказати. У таквим случајевима порески орган методом парификације (упоређивања) утврђује њихову вредност. Примера ради, једноставно је утврдити тржишну вредност бесплатног паркирања које послодавац обезбеђује неком запосленом у градској области, пошто се услуге паркирања у таквим подручјима пружају на комерцијалној основи. Али, вредност таквог примања које се обезбеђује радницима фабрике смештене ван градског подручја обично је једнака нули, јер се услуге паркирања на том месту иначе не наплаћују, а, уз то, таква могућност стоји подједнако на располагању свим запосленима.

Поред наведене методе, у литератури се помињу још неке могуће методе, као што су: метода послодавчевих трошкова, метода стандардних вредности, а вредност додатног примања може да се утврди и у зависности од преференција запосленог.⁵² Метода послодавчевих трошкова полази од трошкова које је послодавац имао у вези са давањем одређеног примања свом запосленом.⁵³ Ако је послодавац и сам морао

49 Вид.: ЗПДГ, чл. 14 ст. 2. Упор.: Мишљење Министарства финансија и економије РС, бр. 414-00-221/2001-04 од 16. октобра 2001. године.

50 Мишљење Министарства финансија и економије РС, бр. 414-00-292/2001-04 од 12. децембра 2001. године.

51 Вид.: ЗПДГ, чл. 14 ст. 4.

52 Вид. више: *The Taxation of Fringe Benefits*, стр. 10.

53 Треба правити разлику између, с једне стране, ситуације када послодавац запосленима обезбеђује редовне исплате по основу накнаде за исхрану у току рада, која се третира као накнада трошкова, сходно чл. 118 тач. 5 Закона о раду, и, с друге стране, ситуације када послодавац одлучи, на пример због природе и тежине посла (нпр. у грађевинарству), да, поред тих редовних исплата, обезбеди радницима и додатну исхрану у току рада, у којем случају то представља додатно примање запосленог које подлеже опорезивању. Вид.: Мишљење Министарства финансија РС, бр. 414-00-10/2010-04 од 19. августа 2010. године. Наравно, могло би се претпоставити

претходно да купи добра (нпр. животне намирнице за припрему хране у ресторану фирме), ситуација је знатно поједностављена. Метода послодавчевих трошкова може се оправдати чињеницом да уколико послодавац свесно чини себи трошак тиме што запосленом исплаћује неко примање, претпоставка је да је проценио да ће на средњи рок имати користи од обезбеђивања таквог примања.⁵⁴

Метода стандардних вредности се заснива на унапред утврђеним општим стандардима, које порески орган утврђује за одређене бенефиције које има запослени. Она се најчешће користи приликом утврђивања вредности употребе службеног аутомобила у приватне сврхе, што би се могло објаснити тиме да је послодавцу административно једноставније да на начин, који претпоставља објективна мерила, обрачуна износ те погодности. Примера ради, вредност се у Србији одређује за сваки започети календарски месец коришћења возила, у износу који одговара 1% тржишне вредности тог аутомобила, према подацима надлежне организације, са стањем на дан 31. децембра године која претходи години у којој се то возило користи у приватне сврхе.⁵⁵ Слично решење постоји и у Чешкој Републици, где опорезива вредност приватне употребе службеног аутомобила износи 1% набавне цене возила, односно минимум CZK 1.000 за сваки календарски месец у којем се аутомобил налази у употреби.⁵⁶ У Словенији опорезиву основицу чини 1.5% набавне цене возила, која се постепено процентуално смањује, у зависности од броја година употребе возила (15% годишње – од 2–4. године; 10% годишње – од 5–8. године, итд.).⁵⁷ Предност ове методе се огледа у томе што ју је могуће применити у ситуацији када се неко примање не реализује на тржишту, односно када одређивање тржишне вредности било скопчано са додатним издацима и несразмерним утрошком времена. Њена ограниченост је, међутим, у томе што практични разлози понекад ометају одређивање стандардне вредности за свако појединачно додатно примање.

Метода преференција запослених полази од вредности коју би запослени био спреман да плати за корист коју је добио. На тај начин би биле узете у обзир не само конкретне околности, већ и субјективни однос који запослени има према одређеној бенефицији. Горњи ниво

вити да неће сви радници прихватити ту врсту другог примања, која им увећава зараду (нпр. понели су оброк од куће и сл.).

54 Упор.: J. S. Nolan, *нав. чланак*, стр. 362.

55 Вид.: ЗПДГ, чл. 14а ст. 2.

56 *Country Analyses (Czech Republic)*, IBFD Tax Research Platform, <http://www.ibfd.org>, 12.3.2013.

57 *Country Analyses (Slovenia)*, IBFD Tax Research Platform, <http://www.ibfd.org>, 12.3.2013.

вредности коју би запослени био вољан да плати никада, наравно, не би прелазило тржишну вредност, док би најнижи износ био условљен личним околностима и интересима запосленог. Међутим, чињеница је да је овакав поступак крајње непрецизан и подложен субјективним оценама, па није прихватљив за примену у пракси.

VIII Закључак

Не може се оценити нелегитимним одлука послодавца да своје запослене, све или појединце, посебно стимулише неким другим примањима, поред уобичајене зараде. Иако, начелно, чине додатни трошак за послодавца, она могу обезбедити ефикасније обављање пословне активности послодавца, па отуда, за њега, и бољи пословни резултат. Али, сви приходи које остварује једно лице треба да буду обухваћени његовим дохотком, а процена носиоца пореске политике у земљи може да буде да се нека примања која, заправо, представљају саставни део радних услова омогућених на једнак начин свим запосленима, као и погодности реално мале вредности (нпр. бесплатна кафа и чај за време радног времена) изузму од опорезивања. У сваком случају, порески орган мора да буде обавештен, кроз одговарајуће пословне и пореске евиденције, о томе која друга примања је послодавац у одређеном временском периоду исплаћивао запосленима, као и у којим износима, како би се избегла евазија пореза по том основу.

Gordana ILIĆ-POPOV, PhD
Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

FRINGE BENEFITS IN TAX AND BUSINESS POLICY

Summary

This article deals with fringe benefits in order to distinguish cash payments (i.e. money salary) from other types of benefits in kind. Various kinds of such benefits can be identified, such as: (a) benefits that are granted mainly for the purposes of the employer in order to improve the social climate of the work environment; (b) benefits in order to encourage employees' activity or behavior which is socially desirable, thus improving productivity; and (c) benefits which make it easier for an employee in carrying out his job. There are number of rea-

sons why employers might provide and employees might accept remuneration packages which include fringe benefits alongside wages. The issue of whether these benefits are a cost or benefit to the employer are also discussed. There is often no intention by the state to encourage the provision of such benefits through the tax system, so taxing fringe benefits either as employment income, or at the level of employer, are considered. Additionally, tax authorities may face the problems related to the tax treatment of such kinds of employment income, because it is often difficult to assess their value, and methods provided for that purpose are analyzed.

Key words: *benefits in kind, fringe benefits, employer, employment income, salary tax.*

др Хасиба ХРУСТИЋ
Центар за правна и финансијска истраживања, Београд

ПОРЕСКА ПОЛИТИКА БЕЗ СТРАТЕГИЈЕ

Резиме

Последњим изменама и дојунама неколико важних пореских закона крајем 2012. године и почетком 2013. године учињено је даље компликовање пореског система Србије, а пошто су тим изменама и дојунама настала одступања од пореских прописа Европске уније. Тиме се Србија удаљава од испуњења презетих обавезе из Споразума о стабилизацији и придруживању, а која се тиче усклађивања прописа са правним тековинама Европске уније (acquis communautaire), предузимања реформе у циљу побољшања ефикасности рада пореске управе, смањења сиве економије, и борбе против пореске ујаве и штећне пореске конкуренције. Управо зато се поставља питање има ли Србија стратегију пореске политике?

Кључне речи: *посебни подаци, штећна пореска конкуренција, нерезиденци, размена информација.*

I Увод

Потписивањем Споразума о стабилизацији и придруживању са Европском унијом (у даљем тексту: ЕУ), Република Србија се обавезала се да ће успоставити сарадњу у области опорезивања, укључујући мере усмерене ка даљој реформи фискалног система и реструктурирању пореске управе ради ефективније наплате јавних прихода, борбе против

пореске утаје и штетне пореске конкуренције.¹ Супротно преузетим обавезама из тог споразума, Република Србија (у даљем тексту: Србија), још увек није комплетирала мрежу билатералних споразума са државама чланицама ЕУ на основу ОЕЦД Модела споразума о размени пореских информација, као ни мрежу билатералних споразума о избегавању двоструког опорезивања у складу са последњим изменама ОЕЦД Модела конвенције о порезима на приходе и капитал. Такође, последње измене Закона о порезу на додату вредност, као и Закона о порезу на доходак грађана су у супротности са ЕУ пореским прописима, а приоритет је требао да буде усклађивање пореских прописа са ЕУ пореским директивама и реорганизација пореске управе уз увођење пореског информационог система. Изменама и допунама Закона о пореском поступку и пореској администрацији учињено је непотребно проширење надлежности ионако неефикасне Пореске управе са пословима који по садржају и природи припадају монетарним а не пореским институцијама.

II Неконзистентност пореске политике са последњим променама пореских закона

Хармонизација најважнијих облика индиректних пореза била је предуслов за формирање унутрашњег тржишта ЕУ.² Усвојеним директивама о хармонизацији пореза на додату вредност (ПДВ), у ЕУ дефинисани су заједнички ставови у погледу територије примене, предмета опорезивања, пореских обвезника, основице, броја и минималне висине стопа, врста ослобађања, одбитка, посебних поступака опорезивања, обавеза обвезника. Директива 2006/112/ЕЗ сматра се базичном директивом за хармонизацију ПДВ.³

1 Споразум о стабилизацији и придруживању (*Службени лист РС*, бр. 83/2008), чл. 100.

2 Видети детаљније: Хасиба Хрустић, *Пореска хармонизација у Евројској унији*, Институт за међународну политику и привреду, Београд, 2011.

3 Council Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 on the common system of value added tax, *OJ L* 347, 11.12.2006; Council Directive 2006/138/EC of 19 December 2006 amending Directive 2006/112/EC on the common system of value added tax as regards the period of application of the value added tax arrangements applicable to radio and television broadcasting services and certain electronically supplied services, *OJ L* 384/92, 29.12.2006; Council Directive 2007/75/EC of 20 December 2007 amending Directive 2006/112/EC with regard to certain temporary provisions concerning rates of value added tax, *OJ L* 346/13, 29.12.2007; Council Directive 2008/9/EC of 12 February 2008 laying down detailed rules for the refund of value added tax, provided for in Directive 2006/112/EC, to taxable persons not established in the Member State of refund but established in another Member State, *OJ L* 44, 20.2.2008; Council Directive 2008/117/EC of 16 December 2008 amending Directive 2006/112/EC on the common system of

У погледу акциза, установљен је општи споразум о акцизама да би се обезбедио слободан промет акцизних производа и да се не повећавају формалности у вези са њиховим кретањем између држава чланица ЕУ. Усвојеним директивама о држању, отпремању и контроли акцизних производа и о структури и нивоу стопа ових производа у трговинској размени између држава чланица, дефинисани су заједнички ставови у погледу: предмета опорезивања, територије примене, обавезе плаћања акциза, лица обавезних за плаћање акциза, структуре и минималне стопе акциза, врста ослобађања, отпремања акцизних производа. Хармонизација акциза односи се на акцизне производе: минерална уља, алкохол и алкохолна пића, дуван и дуванске прерађевине и енергетске производе (угаљ, природни гас и електричну струју).

Мада је Србија у области пореза била на добром путу да испуни ЕУ стандарде, последњим изменама Закона о порезу на додату вредност у 2012. години нарушено је усклађивање у области индиректног опорезивања, а пореско законодавство још увек није усаглашено са Кодексом понашања за пословна опорезивања, нити је учињена заштита од штетне пореске конкуренције.⁴ Приоритет у области пореза требао је да буде управо усклађивање са ЕУ пореским директивама и унапређење рада Пореске управе.

Усвојене измене и допуне Закона о порезу на додату вредност (ПДВ), Закона о порезу на доходак грађана, Закона о акцизама, Закона о порезу на добит правних лица и Закона о пореском поступку и пореској администрацији представљају даље усложњавање пореског система Србије и његово даље компликовање у примени. Уз то те измене и допуне наведених закона нису ни у складу са ЕУ *acquis*. Последњим изменама Закона о порезу на доходак грађана и Закона о порезу на добит правних лица унете су дискриминаторне одредбе у вези са опорезивањем примања нерезидената.

value added tax to combat tax evasion connected with intra-Community transactions, *OJ L 14/7*, 20.1.2009; Council Directive 2009/47/EC of 5 May 2009 amending Directive 2006/112/EC as regards reduced rates of value added tax, *OJ L 116/18*, 9.5.2009; Council Directive 2009/69/EC of 25 June 2009 amending Directive 2006/112/EC on the common system of value added tax as regards tax evasion linked to imports, *OJ L 175*, 4.7.2009; Council Directive 2009/162/EU of 22 December 2009 amending various provisions of Directive 2006/112/EC on the common system of value added tax, *OJ L 10*, 15.1.2010; Council Directive 2010/23/EU of 16 March 2010 amending Directive 2006/112/EC on the common system of value added tax, as regards an optional and temporary application of the reverse charge mechanism in relation to supplies of certain services susceptible to fraud, *OJ L 72*, 20.3.2010.

4 European Commission, *SERBIA 2010 PROGRESS REPORT, accompanying The Communication From The Commission to The European Parliament and The Council, Enlargement Strategy and Main Challenges 2010–2011*, {COM(2010) 660}, Commission Staff Working Document SEC(2010) 1330, Brussels, 9 November 2010.

III Фрагментација и усложњавање Закона о порезу на додату вредност

Закон о порезу на додату вредност Србије био је базиран на принципима ЕУ директива о ПДВ.⁵ Последњим изменама и допунама Закона о ПДВ уведени су додатни посебни поступци опорезивања који усложњавају и компликују примену ПДВ и контролу овог пореза а уједно отварају простор за разна тумачења и корупцију.⁶

Одредбом члана 28 Закона о изменама и допунама Закона о ПДВ новим чланом 36а уведен је посебан поступак опорезивања који представља одступање од механизма функционисања ПДВ јер се наплата ПДВ не врши по фактурисаном промету. Тим посебним поступком опорезивања пружена је могућност одређеној категорији обвезника ПДВ да се определи за плаћање ПДВ по наплаћеном потраживању. Обвезник ПДВ чији укупан промет добара и услуга у претходних 12 месеци није већи од 50.000.000 динара и који је у том периоду непрекидно био евидентиран за обавезу плаћања ПДВ може да поднесе захтев надлежном пореском органу за одобравање плаћања пореске обавезе по наплаћеном потраживању за извршени промет добара и услуга (у даљем тексту: систем наплате).

Систем наплате ПДВ значи да обвезник плаћа пореску обавезу на промет за порески период у коме је наплатио потраживања, односно део потраживања за извршени промет у делу наплаћеног потраживања и има право на одбитак претходног пореза под условом да је претходном учеснику у промету платио обавезу за извршени промет, сразмерно плаћеној обавези, односно да је плаћен ПДВ код увоза.

Обвезник ПДВ који не наплати потраживања за промет добара и услуга у року од шест месеци од дана када је извршио промет, дужан је да пореску обавезу по основу овог промета плати за порески период коме је истекао рок од шест месеци. На тај начин се проблем ликвидности који постоји у нашој привреди и међусобна плаћања и потраживања, али и неефикасност правосуђа своди на шест месеци, што је свакако нереално. Тиме се само одлаже плаћање пореске обавезе, односно укрупњава њен износ што јесте додатни проблем о којем се није мислило пре ових измена. Када прође шест месеци, а обвезник ПДВ не наплати своје потраживање дужан је да плати ту обавезу без обзира што је није наплатио.

Затим, нелогична је и измена члана 4 став 5 Закона о ПДВ. Ради се о томе да се узимање добара, односно сваки други промет добара

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

6 Закон о изменама и допунама Закона о порезу на додату вредност (*Службени гласник РС*, бр. 93/12).

сматра прометом добара уз накнаду под условом да се ПДВ обрачунат у претходној фази промета на та добра или њихове саставне делове може одбити у потпуности или сразмерно, али како је то прописано последњим изменама „независно од тога да ли је остварено право на одбитак претходног пореза“. Овде је управо реч о томе да мора постојати зависност од оствареног права на одбитак претходног пореза, што није случај са последњим изменама Закона о ПДВ.

Колико је сложена сама примена и контрола обрачуна и плаћања Закона о ПДВ говори и податак да овај закон има 23 подзаконска акта које доноси надлежни министар.

Мада је у 14 држава чланица ЕУ услед последица Светске економске кризе и пораста буџетског дефицита повећана општа стопа ПДВ, у Србији се ово повећање опште стопе ПДВ са 18 на 20 одсто могло избећи промишљеним смањењем буџетских расхода до којег није дошло.⁷

Законом о изменама и допунама Закона о ПДВ измењен је и члан 33 тако што је износ којим се одређује изузеће од опорезивања за мале обвезнике дупло повећан са 4.000.000 на 8.000.000 динара. Исто се односи и на пољопривреднике који су такође изузети од опорезивања чији укупан промет добара и услуга у претходних 12 месеци није већи од 8.000.000 динара.⁸ Та измена, с једне стране, јесте признање о неефикасности рада Пореске управе Србије која није у стању да исконтролише плаћање ПДВ свих потенцијалних обвезника, а, с друге стране, том изменом се умањују потенцијални буџетски приходи државе. С тим у вези неопходно је нагласити да је Директивом 2006/112/ЕЗ о заједничком систему ПДВ, прописани праг износа изузећа у посебном поступку за мале предузетнике (изузеће од опорезивања) у државама чланицама ЕУ, од 5.000 до 37.000 евра (Малта), док је последњим изменама код нас то невероватних 72.000 евра. Државе чланице које су се након 1. јануара 1978. године придружиле ЕЗ могу изузети од опорезивања ПДВ обвезника чији годишњи промет није већи од 5.000 евра еквивалентног износу у националној валути по курсу конверзије на дан њиховог приступа.⁹

7 Закон о ПДВ, чл. 23; видети: European Commission, 2012. *Tax reforms in EU Member States, Tax policy challenges for economic growth and fiscal Sustainability 2012 Report*, Taxation Papers, Working paper no 34.

8 Закон о ПДВ, чл. 34 ст. 5–7.

9 Council Directive 2006/112/EC, art. 287. Council Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 on the common system of value added tax, *OJ L 347*, 11.12.2006; Council Directive 2006/138/EC of 19 December 2006 amending Directive 2006/112/EC on the common system of value added tax as regards the period of application of the value added tax arrangements applicable to radio and television broadcasting services and certain electronically supplied services, *OJ L 384/92*, 29.12.2006.

Затим, последњим изменама и допунама Закона о ПДВ новим чланом 56б уведен је још један посебан поступак опорезивања, односно посебан поступак за рефундацију ПДВ за куповину хране и опреме за бебе. Овде нарочито треба истачи да ПДВ као облик индиректног опорезивања не би требао да има социјалну, односно редистрибутивну улогу за разлику од директних пореза. Увођењем тог посебног поступка за рефундацију, такође се врши усложњавање функционисања механизма ПДВ, компликује контрола и отвара могућност за разне злоупотребе, што је свакако било непотребно. Сада, осим контроле рефундације, Пореска управа, која је иначе и пре тих измена Закона о ПДВ била и остала неефикасна, мора да води евиденцију о рефундацији ПДВ за куповину хране и опреме за бебе, као и о износу остварене рефундације ПДВ. Порески орган, по спроведеном поступку контроле испуњености услова за остваривање права на рефундацију ПДВ, који морају да буду испуњени на дан подношења захтева за рефундацију ПДВ, доноси решење о рефундацији ПДВ купцу хране и опреме за бебе.

Право на рефундацију ПДВ за куповину хране и опреме за бебе, на основу поднетог захтева, има родитељ, односно старатељ бебе, који купује храну и опрему за бебе. Купац хране и опреме за бебе може да оствари рефундацију ПДВ под условима да:

- 1) је укупан нето приход родитеља, односно старатеља бебе у години која претходи години у којој се подноси захтев остварен у износу мањем од 960.000 динара и да је укупна имовина родитеља, односно старатеља на коју се плаћа порез на имовину мања од 23.400.000 динара;
- 2) поседује фискални исечак издат од стране продавца у складу са прописима.

Право на рефундацију ПДВ може се остварити до износа од 70.000 динара за бебу старости до две године, и то у првој години старости до 40.000 динара, а у другој до 30.000 динара. Храном и опремом за бебе сматрају се: млеко за одојчад; кашице; креветац; колица; столица за храњење; столица за кола; пелене.

IV Хармонизација акциза

Закон о акцизама се од 2001. године мењао 23 пута.¹⁰ Одредбе Закона о акцизама нису у потпуности усклађене са *acquis*, у делу пред-

10 Службени гласник РС, бр. 22/01, 73/01, 80/02, 43/03, 72/03, 43/04, 55/04, 135/04, 46/05, 101/05, 61/07, 5/2009, 31/09, 101/10, 43/11, 101/11, 6/12, 43/12, 76/12, 93/12, 119/12, 8/13.

мета опорезивања јер овим законом нису обухваћени енергетски производи: угаљ, природни гас и електрична струја, а акцизе на цигарете су деценијама испод минимално прописаних у ЕУ директивама.¹¹ ЕУ минималне стопе акцизе на цигарете су: 57% од просечне малопродајне цене, укључујући све порезе (*ad valorem* + акциза + ПДВ), с тим да акциза не буде мања од 64 евра на 1.000 комада. Држава чланица која примењује минималну акцизу од 101 евра на 1.000 комада за цигарете не мора износ акцизе да усагласи са минималним захтевом од 57% учешћа свих дажбина у малопродајној цени.¹²

Имајући у виду да су акцизни производи подложни злоупотребама, нарочито при извозу, и даље се избегава допуна члана 39 Закона о акцизама да: „право на рефакцију плаћене акцизе има лице које је извезло акцизни производ набављен у земљи непосредно од произвођача акцизног производа“, али *само ако дoсџави доказ да је плаћена акциза на територији дeсџинације*.

Затим, у Закону о акцизама алкохолним пићем упорно се сматрају све врсте пива осим безалкохолног пива које садрже до 0,5% алкохола, што је супротно ЕУ директивама о акцизама, према којима је пиво предмет опорезивања акцизом ако садржи више од 4% алкохола. Држава чланица ЕУ може да примењује нижу стопу од минималне за пиво које не садржи више од 2,8% алкохола.

V Измене и допуне Закона о пореском поступку и пореској администрацији

Изменама и допунама Закона о пореском поступку и пореској администрацији *уведена је нова надлежност Пореске управе* а то је контрола мењачких послова, укључујући и друге послове у складу са Законом о девизном пословању, као и поступак издавања и одузимања овлашћења за обављање мењачких послова.¹³ Ти послови по својој суштини и природи нису порески послови и требало би да буду у надлежности монетарне институције, односно Центране банке Србије.

Уведена контрола мењачког пословања обухвата и теренску контролу *мењачкој њсловања*.¹⁴ У току теренске контроле порески инспек-

11 Закон о акцизама, члан 40а и 40д.

12 Council Directive 2010/12/EU of 16 February 2010 amending Directives 92/79/EEC, 92/80/EEC and 95/59/EC on the structure and rates of excise duty applied on manufactured tobacco and Directive 2008/118/EC, OJ L 50, 27.2.2010, Art. 2.

13 У чл. 1 додат је нови ст. 2: Закон о изменама и допунама Закона о пореском поступку и пореској администрацији (*Службени гласник РС*, бр. 93/12).

14 Чл. 129 и 129д.

тор може привремено одузети ефективни страни новац, чекове, динаре, предмете, исправе и документацију, ако постоји основана сумња да су употребљени или били намењени или настали извршењем кривичног дела или прекршаја.

Нажалост, измењен је и члан 30а на начин да се поново ослаби и укине ефективна контрола уплате обавезних доприноса за социјално осигурање, тако да банка добија информативну улогу: „Банка преко које се врши реализација налога за исплату зарада и реализацију налога за плаћање пореза и доприноса за обавезно социјално осигурање на те исплате, до истека наредног дана од дана у коме је реализовала те налоге, доставља Пореској управи, у електронској форми, *информације о извршеном илајнмом иромейу по ишим основама*.“ Пре те измене, члан 30а гласио је: „Банка ће дозволити исплату зарада, односно накнада зарада, *само уз истовремено илаћање обавеза* по основу пореза и доприноса за обавезно социјално осигурање, обрачунатих у складу са законом, на одговарајући уплатни рачун јавних прихода. Ако на рачуну исплатиоца нема довољно средстава за истовремену исплату зарада, односно накнада зарада, уз плаћање припадајућих пореза и доприноса, банка ће дозволити исплату сразмерног дела зараде, односно накнаде зараде, уз плаћање припадајућих пореза и доприноса.“¹⁵

Иначе, од 2003. године, када је почео да се примењује Закон о пореском поступку и пореској администрацији мењан је 16 пута, што упућује на закључак да се промене нису вршиле на основу студиозних анализа о финасијским, социјалним и пореско-техничким ефектима тих промена, чиме би се ограничиле могућности брзих и честих измена законских одредби, што је непожељно и за пореске обвезнике и за пореску управу.¹⁶

VI Штетна пореска конкуренција и билатерални порески споразуми

Одредбом члана 100 став 2 Споразума о стабилизацији и придруживању, у оквиру пореске сарадње предвиђена је и борба против штетне пореске конкуренције. Елиминисање штетне пореске конкуренције треба да се врши на основу принципа из Кодекса понашања за пословна опорезивања, усвојеног у ЕУ још 1997. године.¹⁷ Штетна пореска

15 Закон о пореском поступку и пореској администрацији (*Службени гласник РС*, бр. 80/02, 84/02, 23/03, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05, 62/06, 61/07, 20/09, 72/09, 53/10, 101/11, 2/12).

16 *Службени гласник РС*, бр. 80/02, 84/02, 23/03, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05, 62/06, 63/06, 61/07, 20/09, 72/09, 53/10, 101/11, 2/12, 93/12.

17 The Code of Conduct for business taxation, *OJ C* 2/4, 06/01/1998.

конкуренција постоји када државе имају такав порески систем којим се нарушава пореска основица у другим државама путем пореских бенефиција оријентисаним према нерезидентима нивоом опорезивања који је значајно нижи од општег нивоа опорезивања, укључујући и нулто опорезивање.¹⁸

Управо последњим изменама Закона о порезу на доходак грађана измењен је члан 64, тако да је стопа пореза на приходе од капитала повећана са 10 на 15%.¹⁹ Том висином стопе нарушени су принципи ЕУ Кодекса понашања за пословна опорезивања, јер је за нерезиденте који су резиденти држава са којима је у примени уговор о избегавању двоструког опорезивања обезбеђен нижи ефективни ниво опорезивања за приходе од капитала (дивиденде, камата, и др.).

У закљученим међународним уговорима о избегавању двоструког опорезивања, када је прималац дивиденде физичко лице, предвиђене су стопе од 10%, изузев у уговору са Кином, где је стопа 5%.

Порез на приходе од капитала плаћа се само на камату остварену по основу девизне штедње и девизних депозита грађана. Основица пореза је бруто приход од камате, што значи да је у бруто приходу од камате садржан и порез по одбитку. Када је прималац прихода нерезидент Србије а резидент државе са којом је закључен уговор о избегавању двоструког опорезивања, предвиђене су стопе од 10%, односно нулте стопе за опорезивање камате за резиденте Немачке, Холандије, Финске, Француске и Шведске, што је у супротности са Кодексом понашања за пословна опорезивања.

Изменама и допунама Закона о порезу на добит правних лица повећана је стопа пореза на добит правних лица са 10 на 15%, а нереалним приступом у одмеравању пореских олакшица и подстицаја извршено је умањење, односно заостравање истих.²⁰

Према изменама члана 40, уколико међународним уговором о избегавању двоструког опорезивања није друкчије уређено, порез по одбитку по стопи од 20% обрачунава се и плаћа на приходе које оствари нерезидентно правно лице од резидентног правног лица по основу:

- 1) дивиденди и удела у добити у правном лицу;

18 Хасиба Хрустић, *Пореска хармонизација у Евројској Унији*, Институт за међународну политику и привреду, Београд, 2011, стр. 149–151.

19 *Службени гласник РС*, 93/12. Закон о порезу на доходак грађана (*Службени гласник РС*, бр. 24/01, 80/02, 80/02, 135/04, 62/06, 65/06, 31/09, 44/09, 18/10, 50/11, 91/11-УС).

20 Закон о изменама и допунама Закона о порезу на добит правних лица (*Службени гласник РС*, бр. 119/12); Закон о порезу на добит правних лица (*Службени гласник РС*, бр. 25/01, 80/02, 80/02, 43/03, 84/04, 18/10, 101/11, 119/12).

- 2) накнада по основу ауторског и сродних права и права индустријске својине;
- 3) камата;
- 4) накнада по основу закупа непокретности и покретних ствари на територији Србије.

Стопа од 20% пореза по одбитку на наведене приходе које не-резидент оствари на територији Србије примењује се, ако уговором о избегавању двоструког опорезивања није друкчије уређено, односно ако уговором није одређена друга (нижа) стопа. У том случају, не примењује се прописана стопа од 20%, већ стопа одређена у уговору о избегавању двоструког опорезивања закљученом са државом чији је резидент лице које је те приходе остварило на територији Србије. У већини закључених уговора о избегавању двоструког опорезивања, дивиденде се могу опорезивати и у држави уговорници чији је резидент компанија која исплаћује дивиденде, у складу са законима те државе, ако је стварни власник дивиденди резидент друге државе уговорнице, а разрезан порез не може бити већи од:

- 1) 5 одсто бруто износа дивиденди ако је стварни власник компанија која непосредно има најмање 25 одсто капитала компаније која исплаћује дивиденде;
- 2) 10 одсто бруто износа дивиденди у свим другим случајевима.

Што се тиче ауторских накнада које настају у држави уговорници а исплаћују се резиденту друге државе уговорнице, могу се опорезивати у тој другој држави у којој настају, у складу са законима те државе, ако је стварни власник ауторских накнада резидент друге државе уговорнице, а разрезан порез не може бити већи од:

- 1) 5 одсто бруто износа ауторских накнада за коришћење или за право коришћења ауторског права на књижевно, уметничко или научно дело, укључујући биоскопске филмове и филмове или траке за телевизију или радио;
- 2) 10 одсто бруто износа ауторских накнада за коришћење или за право коришћења патента, заштитног знака, нацрта или модела, плана, тајне формуле или поступка или за коришћење или за право коришћења индустријске, комерцијалне или научне опреме или за обавештења која се односе на индустријска, комерцијална или научна искуства.

Камата се може опорезивати и у држави уговорници у којој настаје, у складу са законима те државе, ако је стварни власник камате резидент друге државе уговорнице, а разрезан порез не може бити већи од 10 одсто бруто износа камате.

На основу напред наведеног, у повољнијем положају су нерезиденти који су остварили дивиденду, накнаду по основу ауторског и сродних права и права индустријске својине, камату или накнаду по основу закупа непокретности и покретних ствари на територији Србије, а који су резиденти државе са којом је закључен уговор о избегавању двоструког опорезивања, јер се тада примењује повољнија (нижа) стопа опорезивања у односу на општи ниво.

Једна од обавеза Србије, која проистиче из потписаног Споразума о стабилизацији и придруживању је и комплетирање мреже билатералних уговора о избегавању двоструког опорезивања са државама чланицама ЕУ, у складу са последњим изменама ОЕЦД Модела пореске конвенције, што до сада није учињено. Више од три деценије је прошло од када је некадашња СФР Југославија ратификовала први споразум о избегавању двоструког опорезивања, који се и данас примењује у Србији. Комплетирање мреже билатералних уговора претпоставља, не само закључивање тих уговора са државама чланицама са којима нису закључени, већ и ревизију постојећих с обзиром на досадашње бројне промене ОЕЦД Модела пореске конвенције у сагласности са променама правног и економског амбијента у којем се одвија међународно пословање. Чињеница је да неки од тих уговора нису одраз савременог пословног окружења. Поред тога, још увек није закључен уговор са Португалијом и Луксембургом.²¹

Споразумом је такође предвиђено да ће Србија комплетирати и мрежу билатералних споразума о размени пореских информација на основу ОЕЦД Модела споразума о размени информација у пореским стварима. Управо недостатак ефективне размене информација представља један од кључних критеријума у откривању штетне пореске праксе. Сарадња Србије и ЕУ у области опорезивања предвиђа и побољшање транспарентности и размену информација са државама чланицама ЕУ ради спречавања утаје пореза. У том смислу Србија, од потписивања Споразума до данас, није закључила ниједан билатерални споразум о размени пореских информација са државама чланицама ЕУ.²² Недостатак размене информација је један од кључних критеријума у одређивању штетне пореске праксе.

21 Извор: *Службени листи СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 28/75, 7/81, 11/81, 15/81, 7/82, 12/82, 2/83, 9/85, 14/85, 2/86, 4/86, 6/87, 8/87, 12/88, 16/89; *Службени листи СРЈ*, бр. 2/97, 3/95, 5/96, 4/96, 2/98, 1/99, 1/01, 4/01, 2/98, 1/00; *Службени листи СЦГ*, бр. 4/03, 6/04, 3/06; *Службени гласник РС*, бр. 102/07, 42/09; *Службени гласник РС – МУ* 1/10, МУ 8/10.

22 OECD, *The OECD Model Tax Agreement on Exchange of Information in Tax Matters*, Paris, 2002.

VII Закључак

Последње измене Закона о ПДВ, *grosso modo*, не би се могле назвати даљом реформом фискалног система Србије и модернизацијом пореске администрације ради ефективније и ефикасније наплате пореза и борбе против пореске утаје и штетне пореске конкуренције, јер је функционисање ПДВ постало сложеније, а контрола обрачуна и плаћања пореске обавезе компликованија.

Потписаним Споразумом о стабилизацији и асоцијацији између Србије и ЕУ, Србија се, *inter alia*, обавезала на сарадњу у области опорезивања, која обухвата предузимање даље реформе фискалног система Србије и модернизацију пореске управе ради ефективније и ефикасније наплате пореза и борбу против пореске утаје и штетне пореске конкуренције. ЕУ Кодекс понашања за пословна опорезивања је основни документ који се користи за идентификацију и елиминисање мера штетне пореске конкуренције. Изменама и допунама Закона о порезу на доходак грађана учињено је *de facto* нарушавање критеријума из ЕУ Кодекс понашања за пословна опорезивања и успостављена штетна пореска конкуренција обезбеђењем повољнијег опорезивања прихода од капитала за неризеденте у односу на остале пореске обвезнике.

Обавеза по Споразуму је и комплетирање мреже билатералних уговора о избегавању двоструког опорезивања са државама чланицама ЕУ, у складу са последњим изменама ОЕЦД Модела пореске конвенције, до којег до сада није дошло. Комплетирање укључује не само закључивање ових уговора са државама чланицама са којима нису закључени, већ и ревизију постојећих, имајући у виду да је садржај одредби тих уговора увелико измењен бројним ревизијама ОЕЦД Модела пореске конвенције, и да суштински један број тих уговора не одражава савремени правни и економски амбијент у којем се одвија међународно пословање.

Србија се обавезала и на успостављање сарадње усмерене ка побољшању транспарентности и на размену информација са државама чланицама ЕУ. У том смислу, до сада није закључен ниједан билатерални споразум о размени пореских информација на основу ОЕЦД Модела споразума о размени информација.

Hasiba HRUSTIĆ, PhD
Center for Law and Financial Research, Belgrade

THE TAX POLICY WITHOUT STRATEGY

Summary

Matters of the last changes of some important tax laws in last quarter of 2012, and on the beginning of 2013, have done further complicating of the tax system of Serbia. Especially, with that changes arised a digression of EU tax regulations. Hereby Serbia is out of the way of the obligation from The Stabilization and Association Agreement, in accordance with cooperation about priority areas related to the Community acquis in the field of taxation, with further reform of Serbia's fiscal system and the restructuring of tax administration with a view to ensuring effectiveness of tax collection and the fight against fiscal fraud and harmful tax competition. Just there is question has Serbia the strategy of tax policy?

Key words: *tax policy, special scheme, harmful tax competition, non-resident, information exchange.*

Цвјетана ЦВЈЕТКОВИЋ

асистент на Правном факултету Универзитета у Новом Саду

УЛОГА ПОСРЕДНИХ ПОРЕЗА У ЗАШТИТИ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ*

Резиме

У већини савремених пореских система постоје порези који би се могли квалификовати као еколошки. Предмет анализе овог рада биће преважно усмерен ка анализи еколошких обележја посредних пореза: пореза на додату вредност и акциза, односно ка њиховој улози у заштити животне средине. На крају, оцениће се њихова погодност за остваривање еколошких циљева и даћи ефикасне мере у погледу конципирања ових пореских облика како би се уважили еколошки захтеви.

Кључне речи: *посредни порези, порез на додату вредност, акцизе, заштитна животна средина.*

I Уводна разматрања

Право на здраву животну средину је, свакако, једно од основних људских права које је у већини држава загарантовано највишим правним актом – уставом. Тако и члан 74 Устава Републике Србије прописује да свако има право на здраву животну средину и на благовремено и потпуно обавештавање о њеном стању. Растући еколошки проблеми

* Рад је посвећен Пројекту „Биомедицина, заштита животне средине и право“ (евиденциони број 179079) који се у целости финансира из средстава обезбеђених од стране Министарства просвете и науке.

стварају огроман притисак на савремене државе да се смањи еколошка штета уз најмањи могући ниво штетних последица по економски раст. Временом се увиђало да се у решавању еколошких проблема традиционални инструменти заштите животне средине показују као недовољни, па се излаз пронашао у новом (мултидисциплинарном) приступу политици очувања животне средине, између осталог и у економским инструментима у које се сврставају: еколошки порези, субвенције, систем повраћаја депозита, преносиве дозволе, таксе за непоштовање еколошких стандарда и еколошких пореза и административне таксе.¹ Економски инструменти имају двојаку функцију: фискалну и еколошку. Међутим, да би се постигао највећи могући степен заштите животне средине, примена само економских инструмената неће бити довољна, јер примењени изоловано, неће дати очекиване оптималне резултате. Колико ће бити успеха у примени различитих инструмената зависиће од пратеће комбинације појединих политика.²

II Посредни порези и заштита животне средине

У финансијској литератури, не постоји општеприхваћена дефиниција еколошких пореза. Једна од најшире коришћених је дефиниција која је дата за потребе Статистичке службе Европске уније (у даљем тексту: EUROSTAT) по којој је порез еколошки уколико је физичка јединица супстанце, односно материје, за коју је доказано да има негативан утицај на животну средину, узета као пореска основица.³ С правом је истицано да наведена дефиниција није прецизна и да може изазвати одређене недоумице, те су стога у оквиру EUROSTAT-а, доношењем Водича о еколошким порезима, уложени додатни напори да се отклоне наведени недостаци и да се у дефиницију укључи и утицај који еколошки порези имају на цене еколошки неподобних производа и активности.⁴ Дакле, за квалификацију пореза као еколошког није од значаја ни назив таквог пореза ни његов основни циљ, односно то да ли је порез концептиран преваходно као фискални или еколошки инструмент, већ је акценат на *дејствима* датог пореза на животну средину, посредством његовог утицаја на цене, и у комбинацији са релевантном ценовном еластичношћу. Тако, на пример, акциза на безоловни бензин може се

1 Гордана Илић-Попов, *Еколошки порези*, Београд, 2000, стр. 77, 212–218.

2 В.: Ђорђе Попов, „Економска анализа права животне средине и одрживи развој“, у: *Основе права животне средине*, Нови Сад, 2009, стр. 308–309.

3 В.: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Environmental_taxes, 9.4.2013.

4 В.: *Environmental taxes – A statistical guide*, EUROSTAT: Office for Official Publications of the European Communities., Luxembourg, 2001, стр. 9. Доступно на: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/environmental_accounts/documents/2.pdf, 9.4.2013.

квалификовати као еколошки порез јер посредством цене, и то ниже у поређењу са ценом оловног бензина, утиче не животну средину, и то у смислу повећане употребе безоловног бензина и мањих негативних ефеката по животну средину, у поређењу са ефектима које изазива оловни бензин. Због аналитичких разлога, EUROSTAT, у претходно наведеном Водичу, групише еколошке порезе у четири категорије: порезе на енергенте, порезе у области саобраћаја, порезе на загађивање и порезе на природна богатства.⁵ Важно је нагласити да се, према дефиницији коју је дао EUROSTAT, порез на додату вредност (у даљем тексту: ПДВ) не сматра еколошким порезом с обзиром да произвођачи не би били погођени теретом повећаног пореза јер имају право на одбитак претходног пореза, за разлику од домаћинстава. Имајући у виду наведено, ПДВ би се могао квалификовати као еколошки порез једино у ситуацијама када се обрачунава на акцизу која је већ претходно дефинисана као еколошки порез.⁶ У финансијској теорији срећемо се и са другачијим класификацијама еколошких пореза. Тако, уобичајена је подела на еколошке порезе у ширем смислу, у које се убрајају различите еколошке накнаде, и еколошке порезе у ужем смислу који се јављају у облику пореза на емисије, пореза на производе и инпуте и тзв. пореске диференцијације.⁷ Дакле, према овој подели ПДВ се може сврстати у еколошке пореске инструменте у ужем смислу.

Веома често законодавац је у недоумици у погледу начина на који ће користити порески систем за реализацију еколошких циљева. Наиме, дилема је следећа: да ли увести класични пигувијански порез или искористити већ постојеће порезе за опорезивање производа чија потрошња односно производња резултира загађивањем животне средине? Несумњиво је да обе опције имају своје предности, али и недостатке. Трошкови увођења нових пореза који би се заснивали на количини емитованих штетних материја су високи, па се коришћење постојећих пореза, углавном ПДВ-а и акциза, као начина интернализације еколошких трошкова, види као добра алтернатива, односно једноставније решење. Дакле, коришћење постојеће пореске структуре не само да се показује као јефтинија опција, него се њоме постиже и већи степен ефикасности. Успех у реализацији еколошких циљева пореза на производе зависиће и од ценовне еластичности тражње за еколошки неподобним производима и постојања еколошки прихватљивијих супститута. Због претходно наведеног, али и чињенице да је један од најзначајнијих

5 В.: *Ibid.*, стр. 9.

6 В.: Nancy Steinbach, Viveka Palm, Maja Cederlund, Anda Georgescu, Julie Hass, *Revision of SEEA 2003: Outcome Paper: Environmental Taxes* – Document to the London Group meeting in Canberra, Canberra, April 2009, стр. 8. Доступно на: http://unstats.un.org/unsd/envaccounting/londongroup/meeting14/LG14_18a.pdf, 9.4.2013.

7 В.: Гордана Илић-Попов, *нав. дело*, стр. 100–117.

извора загађивања и извора прихода за државу, енергетски сектор се показује као нарочито погодан за реализацију еколошких циљева, и то путем коришћења пореза и њиховог утицаја на цену енергената. То се постиже, пре свега, реструктурирањем постојећих пореских облика на темељу одређених еколошких параметара, као што су садржај угљеника, сумпора, азота и сл.

1. Диференцијација пореских стопа у оквиру система ПДВ-а ради остваривања еколошких циљева

Пореска диференцијација, у овом контексту, значи различито пореско оптерећење, односно прописивање различитих стопа за сличне производе који се разликују по својим еколошким обележјима. У финансијској теорији не постоји јединствен став око броја стопа ПДВ-а. Противници вишестопног система ПДВ-а истичу да већи број стопа ствара дисторзије у погледу одлука произвођача и потрошача, да поскупљује трошкове пореске администрације, да сужава основицу, да не уважава чињеницу да се цене формирају у зависности од еластичности тражње, док присталице овог система указују да се приликом одређивања броја стопа не смеју занемарити нефискални циљеви и да трошкови администрације не смеју бити кључна детерминанта приликом креирања пореске политике.⁸

Снижене стопе ПДВ-а се ретко користе за остваривање еколошких циљева. Таква примена би захтевала јасно разликовање између тзв. „зелених“, односно еколошки подобних и еколошки неподобних производа, односно различит порески третман производа који су у погледу свих особина, осим еколошких, истоветни. Овакво поступање суочило би се и са проблемима који настају услед тога што се због иновација непрестано проширује круг „зелених“ производа, па се непрестано јављају нови производи који су еколошки подобнији од својих претходника. Осим тога, иако би снижена стопа смањила цену еколошки подобних производа, она, веома често, није довољна да би премостила јаз који, због већих иницијалних трошкова производње, постоји између цене еколошки подобног и неподобног производа. Преовлађује став да би снижена стопа довела до одређених промена у понашању потрошача, али да је мало вероватно да би допринела видљивим еколошким користима. Исто тако, истиче се да би, несумњиво, произвела одређене промене на тржишту „зелених“ производа, али да се тај утицај, мање-више, не би разликовао од утицаја који би имали други инструменти којима

8 Опширније о предностима и недостацима вишестопног, односно једностопног система ПДВ-а: Јуре Шимовић, Хрвоје Шимовић, *Фискални сусџав и фискална њолиџика Еуроџске уније*, Загреб, 2006, стр. 131–138.

се утиче на понуду и потражњу ових производа, а који би можда били трошковно ефикаснији. У земљама чланицама Европске уније забележено је, до сада, неколико случајева коришћења различитих стопа у оквиру система ПДВ-а како би се промовисали еколошки прихватљивији производи. Тако, на пример, у Чешкој се, у периоду 1993–2004. године, примењивала снижена стопа ПДВ-а на рециклирани папир, опрему која се користи за добијање обновљивих извора енергије и биогорива. У Португалу је, такође, опрема за коришћење и добијање обновљивих извора енергије опорезована по сниженој стопи ПДВ-а. Нажалост, не постоји довољно доказа о утицају који је снижена стопа имала, независно од других инструмената, на остваривање еколошких циљева. Генерални утисак јесте да је утицај диференцијације пореских стопа у оквиру система ПДВ-а веома мали. У случају Португала, додатни разлог за то је чињеница да су природни гас и електрична струја опорезовани по још нижој стопи.⁹ У Студији о коришћењу различитих стопа ПДВ-а ради промовисања промена приликом потрошње и иновација, која је спроведена за потребе Европске комисије, истакнуто је да диференцијација стопа у оквиру система ПДВ-а може бити у употреби, али само као једна од бројних мера политике одрживе производње и потрошње. Такође је истакнуто да ће њена ефикасност, у великој мери, зависити и од других инструмената, који чине саставни део пакета за унапређивање стања животне средине.¹⁰

Тема које заслужује посебну пажњу јесте начин на који је пореска диференцијација у оквиру система ПДВ-а уређена у релевантним актима на нивоу Уније и њена усклађеност са еколошким циљевима. Директива о заједничком систему ПДВ-а (у даљем тексту: Директива 2006/112/ЕС) предвиђа да стандардна стопа ПДВ-а не сме бити нижа од 15%, с тим да је допуштена примена једне или, највише, две снижене стопе које не смеју да буду ниже од 5%, и то само на добра и услуге наведене у Анексу III Директиве. Државе чланице, такође, могу примењивати снижену стопу на испоруке природног гаса, електричне струје или даљинског грејања под условом да не постоји ризик од нарушавања конкуренције на унутрашњем тржишту Уније.¹¹ Као што је претходно истакнуто, постоје и аргументи за и аргументи против једностопног, односно ви-

9 *The use of differential VAT rates to promote changes in consumption and innovation, Institute for Environmental Studies, Amsterdam, 2008, стр. 4–6. Доступно на: http://ec.europa.eu/environment/enveco/taxation/pdf/vat_summary.pdf, 13.4.2013.*

10 В.: *Ibid.*, стр. 12.

11 В.: Council Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 on the common system of value added tax, *Official Journal of the European Union* of 28 November 2006. Доступно на: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:347:0001:0118:EN:PDF>, 10.4.2013.

шестопног система ПДВ-а, тако да није лако дати одговор на питање да ли је диференцијацију пореских стопа у оквиру система ПДВ-а пожељно користити када је реч о енергетски (не)ефикасним производима и услугама, односно за реализацију еколошких циљева. Прописивање снижене стопе ПДВ-а на испоруке природног гаса, електричне енергије и даљинског грејања мотивисано је настојањем да се остваре редистрибутивни циљеви, односно да се олакша положај домаћинстава са нижим дохотком. Наиме, потрошња енергената је мање-више истоветна и код домаћинстава са вишим и домаћинстава са нижим дохотком. С друге стране, снижена стопа је подстицај да се енергенти користе у већем обиму, чиме се повећава емисија гасова који изазивају ефекат стаклене баште. Дакле, она не иде у прилог оставаривања еколошких циљева, ни Уније као целине, ни појединих држава чланица, па би је требало укинути. У Студији о примени снижене стопе ПДВ-а на еколошки прихватљиве производе, која је спроведена за потребе Европске Комисије, пажљиво су размотрена два сценарија која би била у складу са циљевима заштите животне средине: прописивање стандардне стопе за испоруку енергената и снижене стопе за еколошки подобне производе као што су, на пример, енергетски ефикасни кућни апарати и друга електроника. У њој су дате две препоруке. Прва, да се снижена стопа на енергенте уклони, а да се редистрибутивни циљеви покушају остварити на други начин, пре свега одговарајућом политиком јавних расхода. Друга је да се државе чланице ослањају, у већој мери, на систем трговања емисијама као механизам за остваривање еколошких циљева. Што се тиче улоге коју ПДВ има у подстицању куповине еколошки подобних производа, у Студији је указано на то да су ови производи, по правилу, скупљи и да би, стога, снижена стопа ПДВ-а значила повећање удела продаје тих производа на тржишту, али не нужно на трошковно најефикаснији начин.¹² Занимљиво би било приказати и резултате експеримента који је извршен у Великој Британији по чијем окончању се дошло до закључка да су ефекти снижене стопе ПДВ-а на обим продаје еколошки подобнијих возила знатно већи када је ова погодност ограничена на одређени временски период.¹³

Порези могу имати значајну улогу у редуковању употребе пестицида и, самим тим, њиховог негативног утицаја на животну средину и здравље људи. У вези са опорезивањем вештачких ђубрива и пестицида по сниженој стопи ПДВ-а, поставља се питање да ли је то трошковно

12 В.: *Reduced VAT for environmentally friendly products*, Final Report, Copenhagen Economics, December 2008, стр.28, 29, 37. Доступно на: http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/gen_info/economic_analysis/economic_studies/study_on_reduced_vat_for_environmental_friendly_products_en.pdf, 11.4.2013.

13 В.: *Ibid.*, стр. 38.

ефикасан начин да се помогне развој пољопривреде и да ли снижену стопу треба ограничити само на вештачка ђубрива и пестициде који су „пријатељски настројени“ према животној средини?¹⁴ Неке земље уводе посебне порезе на пестициде.¹⁵

2. Акцизе као еколошки порези

Акцизе представљају значајан приход буџета савремених држава. Иако су, историјски посматрано, најстарији облик посредних пореза који се увео, преваходно, из фискалних разлога, њима се придају, односно могу придавати и нефискални циљеви, пре свега, циљеви заштите животне средине и очувања људског здравља. Акцизе на нафтне деривате су посебно погодне за реализацију нефискалних циљева због постојања адекватних супститута, тј. постојања еколошки прихватљивијих нафтних деривата за које је прописан нижи износ акцизе. Потрошачи се чак могу определити за неопорезоване, односно блаже опорезоване опције, на пример, за коришћење јавног превоза уместо коришћења властитог аутомобила. Дакле, путем цена се покушавају усмерити потрошачи ка еколошки прихватљивијем понашању. Акцизама на нафтне деривате средства се прикупљају од корисника саобраћајне инфраструктуре како би се, између осталог, подстакла њихова рационалнија употреба и смањили негативни ефекти по животну средину. Наиме, „еколошки проблеми који стоје у непосредној вези са коришћењем бензина, односно других моторних горива требало би да покушају да се ублаже увођењем фискалних инструмената и мера, који би подстакли ограничену потрошњу бензина. У том смислу повећање пореза на моторна горива може да има тројаку функцију: смањивање коришћења аутомобила, смањивање броја власништва над аутомобилима и већа ефикасност моторног горива.“¹⁶ Акцизама на нафтне деривате директно се не опорезују емисије, до којих долази приликом њиховог сагоревања, чиме

14 В.: *Ibid.*, стр. 56–60.

15 Тако, на пример, у Данској, постојао је посебан порез на пестициде који је био предвиђен у апсолутном износу. Студија коју је спровео Руде указује на то да порези на пестициде могу бити тако дизајнирани да се редукује њихово коришћење без драстичних финансијских ефеката по пољопривреду и без стварања дисторзија у овом сектору. Утврдио је такође да се увођење пореза различито одражава на различите категорије пестицида, и то на начин да је употреба хербицида најмање осетљива на опорезивање. Неке касније студије показују да је утицај пореза на смањење коришћења пестицида безначајан, и да би се исти ефекти могли постићи путем одговарајућих јавних кампања о штетности њиховог утицаја. В.: Mikael Skou Andersen, Niels Dengsoe, Anders Branth Pedersen, *An evaluation of the impact of green taxes in Nordic countries*, Copenhagen, 2001, стр. 71–85.

16 В.: Гордана Илић-Попов, „Еколошка улога пореских инструмената у области саобраћаја“, *Право и привреда*, бр. 3–4/2000, стр. 32–33.

се избегавају бројне тешкоће у вези са константним мерењем нивоа емисије и одређивања нивоа обавезе сходно томе.

а) Опорезивање енергената акцизама на нивоу Европске уније и њихова еколошка улога

Директива 2003/96/ЕС о реструктурирању основе Заједнице за опорезивање енергената и струје (у даљем тексту: Директива 2003/96/ЕС) успоставља систем минималних стопа акциза за нафтне деривате, угаљ, природни гас и струју када се користе као моторна горива или горива за грејање.¹⁷ Њеним усвајањем, поред побољшања функционисања унутрашњег тржишта, желело се допринети и реализацији еколошких циљева. Наиме, у складу са преузетим обавезама на основу Кјото протокола, на нивоу Уније, тежи се смањити емисија гасова који изазивају ефекат стаклене баште.

Директива 2003/96/ЕС предвиђа највеће акцизно оптерећење за бензин (421 €/1.000 l), с тим да повољнији третман ужива безооловни бензин (359 €/1.000 l). За керозин и дизел гориво предвиђена је иста стопа (330 €/1.000 l), док течни нафтни гас ужива најповољнији порески режим (125 €/1.000 l). Минималне стопе акциза су другачије, и то ниже, за моторна горива и горива за грејање ако се користе за индустријске и пословне сврхе.¹⁸ Члан 14 Директиве предвиђа изузимања за енергенте који се користе у процесу стварања електричне струје, који се користе као гориво за потребе обављања међународног ваздушног саобраћаја и саобраћаја водама унутар Уније, осим саобраћаја за приватне сврхе и ради личног задовољства. Државе чланице могу ограничити изузимање само за међународни или интракмунитарни саобраћај, што фактички значи да могу опорезовати једино гориво које се користи у „домаћим“ летовима. Постоји могућност и да се спроведе опорезивање горива које се користи у интра-кмунитарним летовима, али само ако је тако предвиђено билатералним споразумом. У том случају се могу примењивати ниже стопе од оних установљених Директивом 2003/96/ЕС. Изузимање предвиђено за гориво које се користи за комерцијалне летове је пример неуважавања еколошких захтева, али не треба изгубити из вида да је такво решење неопходно због поштовања међународних обавеза које има Унија и очувања конкурент-

17 В.: Council Directive 2003/96/EC of 27 October 2003 restructuring the Community framework for the taxation of energy products and electricity, *Official Journal* L 283 of 31 October 2003. Доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:283:0051:0070:EN:PDF>, 13.4.2013.

18 В.: Миле Врањеш, „Опорезивање енергената“, у: *Правне норме у времену и њиховој улоги*, Косовска Митровица, 2012, стр. 40–41.

ске позиције резидентних компанија.¹⁹ Европска комисија је објавила Студију која се бавила проучавањем утицаја опорезивања горива које се користи за авио-сврхе на емисију гасова са ефектом стаклене баште, конкурентност и запошљавање. У Студији је размотрено пет могућих сценарија који варирају од опорезивања само националних летова до опорезивања свих летова, унутар и ван Уније. Студија је показала да би ефекти на животну средину били мањи једино ако се опорезује сво гориво које се користи за авио-сврхе, независно од дестинације. С друге стране, таквим решењем би се угрозила конкурентска позиција резидентних превозника, сем уколико оно не би постало општеприхваћено и ван Уније.²⁰ Дакле, упркос томе што је ваздухопловни сектор један од најбрже растућих сектора, односно један од највећих емитената гасова који изазивају ефекат стаклене баште, на нивоу Уније мало шта се предузима у циљу интернализације еколошких трошкова путем пореза у овој области.

Државама чланицама је дата могућност да могу предвидети олакшице за енергенте који се користе у пилот пројектима за развој еколошки прихватљивих производа, за горива добијена из обновљивих извора енергије, за билошка горива, и др. Мимо наведених олакшица, у већини држава чланица примењују се снижене стопе како би се стимулисала употреба еколошки подобнијих енергената. Основ за такво поступање пронађен је у Директиви 2003/96/ЕС која даје могућност државама чланицама да примењују снижене стопе акциза када су у питању исти енергенти, под условом да су поштоване минималне стопе и да се таквим решењем не угрожава унутрашње тржиште и општа правила конкуренције. Такође, Директивом 2003/96/ЕС дата је могућност државама чланицама да изврше потпуну или делимичну рефундацију плаћеног пореза пословним субјектима који су извршили инвестиције како би рационализовали употребу енергената.²¹ Из наведеног можемо уочити да су нека изузимања предвиђена због потребе да се обезбеди већи степен хармонизације, и тако спречи нарушавање функционисања унутрашњег тржишта Уније и конкуренције, док су нека прописана како би се уважили еколошки аргументи.²²

Европска комисија је 2011. године представила предлог нових правила о опорезивању енергената у Унији. Суштина предлога је да се успостави непосреднија веза између пореза на енергенте, с једне стра-

19 У Чикашкој конвенцији предвиђено је да ће гориво које се користи у ваздушном саобраћају бити изузето од плаћања царина и других дажбина.

20 В.: Isabelle Joumard, *Tax systems in European union countries*, OECD Economic Studies, No 34, 2002/1.

21 В.: чл. 15 Директиве 2003/96/ЕС.

22 В.: Гордана Илић-Попов, *Пореско право Европске уније*, Београд, 2004, стр. 96–98.

не, и количине емитованог угљен-диоксида и садржаја енергије, с друге стране. Предлог је формулисан како би се повећала енергетска ефикасност и потрошња еколошки прихватљивијих енергената, а посебно да се уклоне погодности које уживају поједини енергенти, пре свега дизел гориво. Предложено је и да се нови минимални износи акциза уводе постепено, у фазама, до 2018. године и да се акцизе на керозин и дизел гориво повећају у већој мери, у поређењу са бензином, с обзиром на већи садржај енергије и емитованог угљен-диоксида у њима. Предложено је, такође, и да пореска основица буде енергетска вредност, а не количина, као и увођење других подстицаја како би се стимулисале промене понашања код потрошача, у смислу окретања ка обновљивим изворима енергије и еколошки прихватљивијим производима. Међутим, предлог је одбијен са образложењем да „није добро време за повећање пореског терета с обзиром на бројна економска ограничења и онако високе цене енергената“.²³ Са оваквом политиком опорезивања енергената спорно је да ли ће се моћи остварити постављени циљ смањења нивоа емисије угљен диоксида за 20%, у односу на ниво из 1990. године.

Што се тиче стања у Србији, анализа производа подвргнутих сниженој стопи ПДВ-а показује да би српски законодавац могао повести више рачуна о еколошким захтевима. Када је реч о акцизама на нафтне деривате и њиховој еколошкој функцији, српски законодавац је начинио помак у односу на претходно стање, најновијим изменама и допунама Закона о акцизама. Новина је различито акцизно оптерећење за оловни и безоловни бензин. Осим тога, предвиђено је и да се на биогорива произведена из биомасе, која служе за погон моторних возила, не обрачунава и не плаћа акциза. Допринос реализацији еколошких циљева представља и постепено изједначавање акцизе на безоловни бензин и на гасна уља. Течни нафтни гас и даље ужива најповољнији порески режим.²⁴

III Закључна разматрања

Упркос одређеним предностима које се, пре свега, састоје у коришћењу постојеће пореске структуре, ПДВ се ретко користи за остваривање еколошких циљева. Што се тиче његове подобности за реализацију еколошких циљева, ако се законодавац већ определио за вишестопни систем ПДВ-а, не постоје оправдани разлози да се еколош-

23 В.: http://www.inforse.org/europe/eu_e-tax.htm#Newrules, 14.4.2013.

24 В.: чл. 9 Закона о акцизама, *Службени гласник РС*, бр. 22/2001, 73/2001, 80/2002, 43/2003, 72/2003, 43/2004, 55/2004, 46/2005, 61/2007, 5/2009, 31/2009, 31/2009, 31/2009, 101/2010, 43/2011, 101/2011, 6/2012 – усклађени динарски износи и 43/2012 – одлука, 76/2012 – одлука, 93/2012, 8/2013.

ки захтеви потисну и да се снижене стопе предвиде за еколошки неподобне производе. Очито је да у овом тренутку фискални и социјални циљеви имају превагу над еколошким. Можда ће већи степен благостања друштва омогућити уважавање еколошких захтева од стране пореског система у целини, па и система ПДВ-а, у већој мери. Што се тиче акциза, пре свега акциза на нафтне деривате, спроведена анализа релевантних аката донетих на нивоу Уније, указује на то да се упркос начелном опредељењу за реализацију еколошких циљева, путем њих не обезбеђује увек одговарајући подстицај да се смањи загађивање животне средине, што говори у прилог чињеници да је примарни разлог њиховог увођења фискални, а не еколошки. Блаже опорезивање дизел горива у поређењу са бензином и неопорезивање енергената који се користе за обављање међународног ваздушног и поморског саобраћаја су само неке од илустрација невођења рачуна пореза о утицају који одређени производ, односно активност има на животну средину. Наиме, дизел гориво ослобађа већу количину угљен-диоксида по литру и истовремено проузрокује више еколошких трошкова. Стога би за дизел гориво требало прописати више стопе како би се потрошачи стимулисали да се окрену ка „чистијим“ горивима. Све у свему, чини се да је улога посредних пореза у остваривању еколошких циљева изузетно скромна.

Cvjetana CVJETKOVIĆ

Junior Faculty Member at the Faculty of Law University of Novi Sad

THE ROLE OF INDIRECT TAXES IN ENVIRONMENTAL PROTECTION

Summary

In contemporary tax systems there are numerous taxes that could be defined as ecological taxes. This paper considers only ecological characteristics of indirect taxes: value added tax and excise duties and their role in environmental protection. At the end, the author assesses their suitability for achieving environmental goals and provides recommendations for designing these taxes in order to achieve environmental goals.

Key words: *indirect taxes, value added tax, excise duties, environmental protection.*

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 СУСРЕТ
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. Право конкуренције
2. Привредни криминал
3. Трговински послови
4. Привредни спорови – судски и арбитражни
5. Право јавних набавки
6. Радно и социјално право
7. Пореско право

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“