



УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА  
У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ

# ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7  
ISSN 0354-3501

Београд  
Година XLX

Број  
10-12  
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 Тирић

**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 Мишић

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

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

**Издавач**

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ

Београд, Трг Николе Пашића 1/II

тел./факс: 3234-985

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

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

**Технички уредник**

Јован Ђорђевић

**Графичка припрема**

Досије студио, Браће Недића 29, Београд

Издаје ПЕРИОДИЧНО

**Штампа**

„Досије студио“, Београд

# ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7  
ISSN 0354-3501

Београд  
Година XLX

Број  
10-12  
2013



## САДРЖАЈ

### ЧЛАНЦИ

**Владимир САВКОВИЋ**

На раскршћу „тврдог“ и „меког“ права – савремени  
регулаторни оквири корпоративног управљања. .... 7

**Анејџа СПАИЋ, Милош НОВОВИЋ**

Порези: Европске банке у заштити америчких интереса .... 24

**Урош ЖИВКОВИЋ**

Проблем тумачења клаузуле најповлашћеније нације  
у праву страних улагања и праву Републике Србије. .... 43

**Марија ВЕЛИЧКОВИЋ**

Подстицај развоја предузетника, микро, малих и средњих  
правних лица путем јавних набавки у Европској унији  
и Републици Србији. .... 62

**Сйрахиња МАРИЧИЋ**

Неке недоследности у стечајноправној регулативи уговора  
о закупу. .... 80

**Марко РАДОВИЋ**

Правни положај поверилаца услед непоступања  
по усвојеном плану реорганизације. .... 103

***Тодор БРАЈОВИЋ***

Накнада нематеријалне штете у српском осигурању  
од аутоодговорности са посебним освртом на поједина  
решења држава чланица ЕУ ..... 123

**СТРУЧНА МИШЉЕЊА**

***Велисав МАРКОВИЋ***

Уговор о стручном усавршавању и пореска евазија ..... 143

***Најаша ЛАЛОВИЋ МАРИЋ***

Прикривен повраћај улога ..... 155

***Андреја ВРАЖАЛИЋ***

Режим одговорности продавца у контексту уговора  
о продаји удела/акција (*SPA*) и уговора о продаји имовинске  
целине (*APA*)..... 161

**ПРИЛОЗИ**

***Љубинка КОВАЧЕВИЋ***

Радно и социјално право..... 170

**УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ ..... 180**

## TABLE OF CONTENTS

### ARTICLES

**Vladimir SAVKOVIĆ**

At the Crossroads Between the “Soft Law” and “Hard Law” –  
Contemporary Legal Frames of Corporate Governance . . . . . 7

**Aneta SPAIĆ, Miloš NOVOVIĆ**

Taxes: European Banks in Protection of American Interests. . . . . 24

**Uroš ŽIVKOVIĆ**

Problems with Interpretation of the Most Favored Nation Clause  
In Foreign Direct Investment Law and Republic of Serbia. . . . . 43

**Marija VELIČKOVIĆ**

Enhancing Development of Entrepreneurship, Micro, Small  
and Medium Entreprizes through Public Procurement  
in the European Union and in the Republic of Serbia . . . . . 62

**Strahinja MARIČIĆ**

Some Inconsistencies in Insolvency Regulation of  
Lease Contracts . . . . . 80

**Marko RADOVIĆ**

Legal Status of Creditors in the Case of Nonacting According  
to the Reorganization Plan . . . . . 103

***Todor* BRAJOVIĆ**

Non-Pecuniary Damages in Serbian Motor Third Party Liability  
Insurance with Special Emphasis on Individual Solutions of  
EU Member States..... 123

**COMMENTS**

***Velisav* MARKOVIĆ**

Contract on Professional Development and Tax Evasion..... 143

***Nataša* LALOVIĆ MARIĆ**

Prohibited Payments to Shareholders..... 155

***Andreja* VRAŽALIĆ**

Sellers' Liability Regime with Regard to Share Purchase  
Agreement (*SPA*) and Asset Purchase Agreement (*APA*)..... 161

**NOTES**

***Ljubinka* KOVAČEVIĆ**

Labour and Social Law..... 170

**INSTRUCTIONS FOR AUTHORS..... 180**



---

# ЧЛАНЦИ

---

УДК 005.21:334.72.021 ; 005.35 ; 347.72.032

др *Владимир* САВКОВИЋ  
доцент Правног факултета Универзитета Црне Горе

## НА РАСКРШЋУ „ТВРДОГ“ И „МЕКОГ“ ПРАВА – САВРЕМЕНИ РЕГУЛАТОРНИ ОКВИРИ КОРПОРАТИВНОГ УПРАВЉАЊА

### Резиме

*Овај чланак се прејтежно фокусира на све присијуније изв. „меко право корпоративној управљања“ и представља покушај да се анализира његова и ефикасност регулаторних оквира који на њему заснивају настојања да се промовишу и примјене највиши стандарди корпоративној управљања, а у односу на ефикасност традиционално присујних правних инструмената који чине изв. „тврдо право корпоративној управљања“. Ипак, на почетку, имајући у виду њихову недореченост, аутор покушава прецизније да утврди садржину наведених кључних појмова. Коначно, након сprovedене анализе предности и недостатака оба регулаторна присијуа, у чланку се износи закључак како су, независно од тенденције раста обима и значаја инструмената меког права корпоративној управљања, макар у овом тренутку, регулаторни оквири корпоративној управљања с правом и даље ушемељени на правним инструментима који припадају категорији тврдог права корпоративној управљања. Најзад, изнијет је и став како је, у свијетлу очигледне конвергенције два анализирана регулаторна присијуа, кључно ипћање данас како пронаћи праву равнотежу при истовременој примјени оба регулаторна присијуа.*

**Кључне речи:** *корпоративно управљање, меко право, тврдо право, добровољна примена, друштвено одговорно пословање, подстиреци.*

## I Увод

Колико је сам термин „корпоративно управљање“ нов у смислу његове глобалне актуелности, толико је, на другој страни, стара и у правној науци дуго присутна проблематика која чини кључни дио садржине овим термином означеног појма. Наиме, компанијско право се бави проблемом управљања компанијама, њиховог односа према субјектима директно заинтересованим за њихово пословање, тзв. „стејкхолдерима“, те изналажењем најбоље структуре органа и система односа унутар и између њих још од појаве првих претеча модерних компанија, почетком 17. вијека.<sup>1</sup> Међутим, ни данас, пола вијека од појаве овог термина у САД-у и пар деценија након његове глобалне промоције, и поред бројних напора у том правцу, сам концепт корпоративног управљања није прецизно уоквирен, тј. његова садржина још увијек није у довољној мјери усаглашена у стручној и научној јавности, чему у значајној мјери доприноси и чињеница да исти већ деценијама није предмет анализе само компанијског права, већ и низа других сродних правних дисциплина, попут берзанског и права хартија од вриједности, али и других друштвених наука, попут економије и социологије.<sup>2</sup> Но, како циљ овог чланка није још један покушај дефинисања појма корпоративног управљања, у даљем тексту ћемо се задржати на горе означеном, централном и вјероватно најмање спорном дијелу садржине тог концепта. На другој страни, пак, овим чланком биће учињен покушај да се у мјери могућег направи осврт на то у којим се правцима данас претежено усмјеравају кључне регулаторне иницијативе и да се са становишта њихове актуелне и потенцијалне дјелотворности на плану имплементације осмишљених стандарда и унапређења система корпоративног управљања уопште, направи анализа два кључна приступа у

1 Као прва модерна компанија у литератури се најчешће наводи Источно-индијска компанија, која је 1600. године основана краљевском повељом, којим документом су јој гарантована и ексклузивна права трговине између Енглеске и земаља које се налазе источно од Рта добре наде. Ова компанија, наиме, прва је која је имала структуру, односно начин управљања налик савременим концептима који почивају на принципу одвојености власничке од управљачке функције. Вид. Мирко Васиљевић, *Корпоративно управљање – њивни аспект*, Београд, 2007, стр. 19.

2 Глобална промоција овог концепта и стварање својеврсног покрета за израду националних кодекса корпоративног управљања широм свијета се најчешће веже за објављивање тзв. „Кадбуријев извјештај“ (*Cadbury Report – Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance*), који је добио име по председавајућем тијела које га је и сачинило под окриљем Лондонске берзе. Овај је извјештај убрзо постао и данас, заједно са неколико накнадно сачињених, представља интегрални дио Кодекса корпоративног управљања Лондонске берзе, а извршио је и кључни утицај на сличне кодексе донијете широм планете након тога. Вид. Klaus J. Hopt, „Oxford Handbook of Comparative Law – Chapter 36“, у: Mathias Reimann, Reinhard Zimmermann (eds.), *Comparative Company Law*, New York, 2008, стр. 1182.

том смислу. Једног који се ослања на тзв. „меко право“ и прокламовану дјелотворност истог у савременим условима пословања и другог који се, полазећи традиционалних регулаторних механизма, претежно ослања на непосредно обавезујући карактер тзв. „тврдог права“. Претходно, да би у анализу ефикасности једног, односно другог приступа проблему имплементације жељених стандарда корпоративног управљања уопште ушли, потребно је осврнути се и на то шта конкретно значе кључни појмови једног и другог приступа, меко, односно тврдо право корпоративног управљања, те које врсте норми и регулаторних инструмената од оних којима се у пракси регулише ова материја један, односно други појам обухватају.

## II Што је тврдо, а што меко право у савременом корпоративном управљању?

Како је појам тврдог права практично настао као посљедица појаве термина, односно појма меког права,<sup>3</sup> то ћемо на овом мјесту прво покушати да утврдимо садржину овог другог, контроверзнијег од два појма. Иако на први поглед то може дјеловати као релативно лак задатак, посебно ако се наступа са стриктно позитивистичког становишта, ријеч је, ипак, о осјетљивом и не толико једноставном питању. Наиме, у литератури се могу срести читаве студије, па самим тим и различити приступи проблематици дефинисања меког права, те разграничења између меког и тврдог права, на једној страни, али и меког права и политичких декларација, докумената и других врста „неправа“, на другој страни. Ипак, уз сав ризик од претјеране генерализације, изгледа како се већина становишта могу сврстати у двије супротстављене категорије, под једним од два суштински различита приступа овом питању или, пак, негдје између, при чему остају претежно наслоњени на један од два супротстављена доктринарна полазишта.<sup>4</sup> Први од ова два приступа, који се најчешће означава као позитивистички (понегдје и нормативи-

3 Што макар на први поглед дјелује апсурдно, имајући у виду чињеницу да је само меко право неупоредиво млађе, тј. да су норме које га данас „отјелотворују“ и правни инструменти у којим су исте садржане постали суштински „видљиви“ тек након Другог свјетског рата, а у материји корпоративног управљања и деценијама након његовог окончања.

4 Вид. Gregory Shaffer, Mark A. Pollack, „Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements and Antagonists in International Governance“, *Minnesota Law Review*, Vol. 94/2010, стр. 712–717; Andrew T. Guzman, Timothy L. Meyer, „International Soft Law“, *Journal of Legal Analysis*, Vol. 2, No. 1/2010, стр. 174; Jan Klabbbers, „The Undesirability of Soft Law“, *Nordic Journal of International Law*, No. 67/1998, стр. 381–391; Timothy L. Meyer, „Soft Law as Delegation“, *Fordham International Law Journal*, Vol. 32, No. 3/2009, стр. 899–896; David Kinley, Junko Tadaki, „From Talk to Walk: The Emergence of Human

стички), у основи полази од тога да је право само она норма која јесте, односно може бити непосредно обавезујућа, те чија се примјена, макар у теорији, може постићи и принудним путем, тиме, у крајњој линији, доводећи у питање и само становиште да се меко право, односно било какво правило понашања које не може имати обавезујући карактер, те чија се примјена не може постићи и принудним путем уопште и може третирати као облик права. Дакле, овдје се суштински критеријум разликовања између „права“ и „неправа“ налази у обавезујућем, принудном карактеру код једне и недостатку истог код друге врсте норми, односно права. Други приступ, као својеврсни антипод претходном, могао би се означити као конструктивистички или, пак, функционалистички. Занемарујући као критеријум разликовања питање почетног обавезујућег карактера норми, па и „опскрбљеност“ санкцијом као механизмом принуде, овај приступ полази од тога да је кључно колико су поједине норме, односно општи акти у којима су исте садржане *de facto* дјелотворни, анализирајући степен њихове примјењености након протека одређеног временског периода, што, у крајњем исходу, може довести и до тога да се, управо у складу са овим приступом, поједине норме чија примјена није обавезна, а карактерише их висок степен добровољне примјене, могу третирати као тврдо право, док би се по принципу логичког закључивања *argumentum a contrario* поједине норме императивног карактера, које без обзира на њихову правну природу карактерише низак степен примјене у пракси, могле условно сврстати у меко право.

Уз наведено, потребно је имати у виду и то да специфичан развој регулаторних оквира корпоративног управљања у кључним правним системима данашњице, те „богатство“ облика и различити механизми примјене општих аката којима су нормативно разрађени бројни стандарди корпоративног управљања додатно усложњавају питање дефинисања, односно разграничења између меког и тврдог права у тој области. Конкретније, „компликације“ су почеле још од горе поменутог Кадбуријевог извјештаја и наставиле су се преко низа сличних докумената који су се јавили као својеврсна реакција на његову појаву, не само у Енглеској, већ и другим земљама англоамеричког, али и европскоконтиненталног цивилизацијскоправног круга.<sup>5</sup> Затим су, опет почевши од Енглеске, у једном броју земаља ти стандарди корпоративног управљања

Rights Responsibilities for Corporations at International Law“, *Virginia Journal of International Law Association*, Summer 2004, стр. 931–1023.

5 У питању су бројни кодекси корпоративног управљања, препоруке за најбољу праксу у тој области и друге сличне форме докумената који се усвајају од стране, привредних комора, банкарских асоцијација, професионалних удружења, међународних организација и *ad hoc* тијела. Више: Klaus J. Hopt, „Comparative Corporate Governance: The State of the Art and International Regulation“, *American Journal of Comparative Law*, 2011, стр. 12.

дјелимично инкорпорирани у берзанске правилнике о котацији, а велики дио њих је прерастао у кодекс корпоративног управљања који су усвајани од стране разних струковних и других удружења. У САД-у, на другој страни, модел закони, популаран и уобичајен модел промоције нових правних стандарда и регулаторних рјешења, добили су своју примјену и у материји корпоративног управљања.<sup>6</sup> Међутим, и поред праве пролиферације правних инструмената на пољу уређења материје корпоративног управљања, али и све учесталије употребе термина меко, односно тврдо право, у овом тренутку још увијек немамо у стручној јавности искристалисану и широко прихваћену подјелу регулаторних инструмената на једну, односно другу категорију. Неки од узрока томе налазе се у чињеници да је ријеч о питању релативно новијег датума, односно у непридавању одговарајућег значаја самој проблематици. Међутим, један од кључних разлога, сматрамо, лежи и у чињеници да се подјела на тврдо и меко право у области корпоративног управљања често прећутно и без претходне анализе, поистовјећује, односно изједначава са подјелом на законску и саморегулативу, тј. алтернативну регулативу у овој области, што у свијетлу карактеристичне природе појединих регулаторних инструмената, управо оних који на нормативном плану отјелотворују најсавременије стандарде корпоративног управљања, чини претпоставку коју је, ипак, потребно преиспитати прије него што се иста прихвати као полазиште у анализама различитих регулаторних концепата корпоративног управљања. Наиме, недуго након глобалне промоције концепта корпоративног управљања и успјеха у скретању пажње кључних субјеката међународне стручне јавности на њега, не чекајући реформу позитивноправних оквира, а желећи да у условима оштре глобалне конкуренције одрже интересовање инвеститора за улагање у компаније чије се акције котирају на њима, велики број најзначајнијих свјетских берзи је у своја правила о котирању дјелимично или у цјелини инкорпорирао сопствене, односно кодекс корпоративног управљања сачињене и препоручене од стране националних регулатора или кључних пословних удружења. Начини на које се покушава обезбиједити примјена кључних стандарда корпоративног управљања садржаних у овим кодексима варирају од објављивања имена компанија које препоручене стандарде корпоративног управљања не примјењују, што је пракса јапанских берзи,<sup>7</sup> преко примјене позна-

6 Употребу ове врсте правних инструмената у промовисању и имплементацији модерних стандарда корпоративног управљања, охрабрила је директно и Европска комисија у познатом извјештају на ту тему из 2002. године, који је под њеним окриљем сачинила Висока група експерата за компанијско право и који се најчешће означава по презимену председавајућег те групе (2002 Final Report of the Group on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe – Winter report).

7 Вид. Klaus J. Hopt, „Comparative Corporate Governance: The State of the Art and International Regulation“, стр. 11.

тог концепта „примијени или објасни“,<sup>8</sup> те Лондонске берзе, на којој је тај концепт „дорађен“ на начин да се одређени стандарди безусловно морају испоштовати од стране компанија које се котирају на берзи, а под пријетњом скидања са котације,<sup>9</sup> па све до САД-а, гдје је већ читаву деценију на снази тзв. „*Sarbanes-Oxley Act*“,<sup>10</sup> федерални закон који на императивној основи обезбеђује примјену строгих стандарда корпоративног управљања, допуњавајући на тај начин традиционалне принципе који су већ одавно инкорпорирани у компанијске законе. Коначно, уколико ове моделе имплементације стандарда корпоративног управљања сагледамо у свијетлу раније назначених приступа, односно критеријума разликовања меког и тврдог права, видјећемо да став о томе како се подјела на законску и саморегулативу, тј. државно и аутономно право нужно преклапа са подјелом на тврдо и меко право у материји корпоративног управљања, ипак, није затворен за сваку расправу. Примјера ради, иако су берзанска правила о котирању аутономно право и условно се могу убројити у алтернативне облике регулације стандарда корпоративног управљања, правна природа норме чија диспозиција експлицитно упућује на поштовање стандарда корпоративног управљања, а санкција на могућност губитка права на котирање њихових хартија за компаније на које се ова диспозиција односи, сматрамо, може се проблематизовати са становишта њеног *a priori* сврставања у корпус меког права корпоративног управљања. Чак и одредба у склопу горе назначеног концепта, тј. механизма унапређења корпоративних стандарда по принципу

8 Овај концепт подразумеива да поступање у складу са промовисаним стандардима корпоративног управљања није формално обавезујуће за компаније чије се акције или друге серијске хартије од вриједности котирају на берзи која је те стандарде прокламовала, али да су те компаније, у случају да не испоштују ове стандарде, дужне објављивати периодичне извјештаје у којима ће уз, констатацију ове чињенице, износити и своје образложење исте. Вид. Klaus J. Hopt, „Comparative Corporate Governance: The State of the Art and International Regulation“, стр. 12.

9 Вид. Geoffrey Morse, Stephen Girvin, Sandra Frisby, Alastair Hudson, Richard Morris, *Charlesworth's Company Law*, London, 2005, стр. 393.

10 Закон о реформи рачуноводства јавних компанија и заштити инвеститора (енгл. *Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act*), у широј јавности познатији под називом *Sarbanes-Oxley* закон, је савезни амерички закон усвојен још 2002. године, након низа скандала са корпоративним финансијским извјештавањем, од којих је најпознатији онај са компанијом „*Enron*“, а који су открили значајне недостатке у транспарентности и ефикасности рачуноводствених пракси, финансијске контроле и извјештавања у компанијама чије се акције котирају на Њујоршкој берзи. Њиме су бројни, до тог тренутка само препоручени стандарди корпоративног управљања, посебно у назначеним областима, инкорпорирани у законску регулативу САД-а и учињени непосредно обавезујућим за сва јавна друштва. Вид. Мирко Васиљевић, *нав. дело*, стр. 258; Владимир Савковић, „*Sarbanes-Oxley Act* – кључни инструмент реформе америчког система корпоративног управљања покренуте банкротом *Enron*-а“, *Зборник Правној факултетна Универзитетна Црне Горе*, бр. 37/2008, стр. 293–303.

„примијени или објасни“, којом је у оквирима аутономне берзанске регулативе за друштва која не примјењују или само дјелимично примјењују одговарајуће стандарде корпоративног управљања установљена обавеза објављивања и образлагања те чињенице, у сврху оvdје проблематизованог разврставања и у контексту храбријих теоријских приступа, може се условно третирати као врста санкције, тј. квази-мјере безбједности, наравно, опет на нивоу аутономног права. Стога је ове и сличне примјере потребно узети у обзир приликом дефинисања појмова меког и тврдог права корпоративног управљања, односно анализе кључних концепата у имплементацији најзначајних стандарда у овој области.

Конечно, имајући у виду потребу прецизнијег одређења појма меког права у сврху анализе која слиједи, то ћемо и учинити, задржавајући се претежно на позицијама традиционалних доктринарних становишта. Кључни разлог томе, међутим, не налази се у прихватању једне, односно неприхватању друге доктрине. Штавише, како је суштински ријеч о питању дефиниције учињене сходно опредјељењу за један или други вриједносни критеријум као крајњим исходиштима једног, односно другог теоријског приступа, то се питање објективног избора, у принципу, не може ни поставити. Разлог опредјељења за претежно ослањање на традиционална доктринарна схватања лежи у прагматичном приступу аутора, тј. увјерењу да тако орјентисана дефиниција, макар у актуелном стадијуму развоја правне мисли, може обезбиједити схватљивији и прецизнији основ разврставања, што је предуслов да анализа једне, односно друге групе по том основу сврстаних правних инструмената пледира на то да буде и практично употребљива.

Дакле, у даљем тексту, не одричући меком праву корпоративног управљања и сам карактер права, под овим појмом подразумијеваћемо необавезујуће правне инструменте, тј. необавезујућа правила која су у њима садржана, правила чија примјена није обезбијеђена ни државним, али ни санкцијама из норми аутономног права, а која су по својој природи упућујућег и појашњавајућег карактера, када је у питању примјена непосредно обавезујућих правних норми, односно промотивног, анимирајућег и охрабрујућег карактера, када је у питању примјена нових, обавезујућим правилима, нормативно необликованих стандарда у области корпоративног управљања. На другој страни, под тврдим правом корпоративног управљања подразумијеваћемо непосредно обавезујуће правне норме које регулишу материју корпоративног управљања, чија је примјена, без обзира да ли исте спадају у државно или аутономно право, у мјери у којој је то практично могуће, обезбијеђена одговарајућом санкцијом.

Из свега наведеног можемо извући закључак да границу између тврдог и меког права корпоративног управљања није једноставно из-

вести на теоријском нивоу. Тај задатак, међутим, не постаје мање сложен ни када пређемо на практични ниво и разврставање конкретних норма и правних инструмената који третирају ову материју. Ипак, слиједећи вриједносне критеријуме на којима почивају горе представљене дефиниције, а у сврху даље анализе, под тврдим право корпоративног управљања подразумеваћемо законе и подзаконске опште акте, тј. државно право у овој материји, као и норме аутономног права које на нивоу бројних правила различитих организација непосредно обавезују саме чланове тих организација на поштовање нормативно уобличених стандарда, попут горе поменутих правилника о котацији и других општих аката берзи. Под меким правом корпоративног управљања подразумеваћемо различите кодексе корпоративног управљања усвојене од стране међународних организација, привредних комора, удружења послодаваца, односно потрошача, берзи и регулаторних агенција, модел законе и друге сличне правне инструменте чија примјена није формално обавезујућа, већ се исти у погледу проналаска мотивације за њихову примјену ослањају на моралну обавезност, односно процјену економске исплативости поштовања њима утврђених стандарда.

### **III На раскршћу тврдог и меког права корпоративног управљања**

У овом дијелу, полазећи од темеља постављених подјелом из претходног, прије свега, остаје нам да видимо да ли постоје, те, уколико заиста постоје, који су то конкретни подстреци, мотиви за прихватање правно необавезујућих, али различитим правним инструментима препоручених стандарда корпоративног управљања, као и то да, уколико таква мотивација представља реалан фактор примјене ових стандарда, покушамо утврдити степен успјешности таквог приступа у најширем смислу, посебно у поређењу са приступом који се претежно ослања на оне инструменте које смо већ сврстали у тврдо право корпоративног управљања. Поред тога, провјерићемо да ли ова, као и неке раније анализе рађене у земљама које припадају англоамеричком цивилизацијскоправном кругу,<sup>11</sup> указује на то да механизми добровољне примјене савремених стандарда корпоративног управљања, не занемарујући њихов укупан учинак, најдинамичнију примјену, односно покушаје примјене данас доживљавају у пракси унапређења и примјене концепта друштвене одговорности компанија, по некима сегмента, а по другима засебног кон-

11 Владимир Савковић, „Друштвена одговорност компанија“, *Правни живоић*, бр. 12/2009, стр. 425–436.



цепта произишлог из концепта корпоративног управљања, као његова логична посљедица у ширем контексту услова савременог пословања.<sup>12</sup> Штавише, у прилог овој тврдњи, већ у самом старту, иде и то да се значајан дио расправа о механизмима добровољне примјене стандарда корпоративног управљања сријеће управо у литератури која се превасходно бави концептом друштвене одговорности компанија, односно његовим практичним аспектом.

Да би смо анализирали на које је све начине мотивисана или је, пак, уопште могуће мотивисати једну просјечну компанију према којој су усмјерени различити облици меког права корпоративног управљања да исте испоштује, тј. примијени,<sup>13</sup> сматрамо, потребно је као основни критеријум узети примарни мотив пословног субјекта, његов *raison d'être*, успјешно пословање. Са становишта акционара, успјешно пословање у директној је позитивној корелацији са максимализацијом профита друштва, док се у савременим условима пословања, са становишта саме управе друштва, то правило може проблематизовати у појединим ситуацијама, и то најприје када су отворена акционарска друштва у питању.<sup>14</sup> Но, овдје нећемо улазећи детаљније у анализу тих питања, зато што сматрамо да поменуто, али и слична одступања у виду различитих гледања на есенцију појма успјешног пословања,<sup>15</sup> ипак, не могу

12 Вид. Michael Kerr, Richard Janda, Chip Pitts, *Corporate Social Responsibility: a legal analysis*, Markham, 2009, стр. 19–22.

13 Када говоримо о просјечној компанији према којој су усмјерени различити облици корпоративног управљања, наравно, превасходно је ријеч о отвореним акционарским друштвима, чије се акције котирају на берзи, што је још један аргумент у прилог тврдњи да је модерни концепт корпоративног управљања настао као израз потребе да се заштите инвеститори, како институционални, тако и они мали, непрофесионални инвеститори у акције и корпоративне обвезнице које представљају тржишни материјал на берзама хартија од вриједности, односно потребе да се задржи и подстакне њихово инвестиционо интересовање.

14 Као што је познато, интереси акционара се нужно не поклапају са интересима управе у великим акционарским друштвима, која се карактеришу одвајањем власничке од управљачке и пословне функције. Док је првима краткорочна максимализација профита и његово претварање у дивиденду кључни интерес, дотле је другима неријетко интерес да тај профит буде усмјерен у даље инвестиције и развој компаније, што у кратком и средњем року може да води и до пада профитабилности ових компанија. Вид. Мирко Васиљевић, *нав. дело*, стр. 61.

15 Наиме, поред акционара и управе, код савремених корпорација, на један или други начин, присутне су и друге категорије субјеката заинтересованих за пословање друштва, попут запослених, пословних партнера, клијената, припадника локалне заједнице, које најчешће називамо стејкхолдерима, термином преузетим са енглеског говорног подручја. Стога би успјешност пословања друштва, још више се удававајући од традиционалних схватања, могли, у крајњем исходу, посматрати и са ширег друштвеног аспекта, као допринос заштити интереса наведених групација, односно допринос друштвеном прогресу уопште. Вид. Alen Neal, „Corporate social

у довољно значајној мјери утицати на примарну мотивацију компанија у погледу добровољне примјене савремених стандарда корпоративног управљања, па самим тим ни значајније угрозити основаност у даљем тексту изнијетих ставова.

Говорећи, у смислу претходно реченог, о меком праву корпоративног управљања, односно подстицајима за његову добровољну примјену, најбоље је почети са најочигледнијим и најчешће потенцираним мотивационим фактором. У САД-у и земљама Европске уније, већ пар деценија уназад, вршена су истраживања која указују на пораст утицаја који имиџ компанија у погледу исказане друштвене одговорности и добровољне примјене формално необавезујућих стандарда корпоративног управљања има приликом одлучивања крајњих потрошача за производе и услуге тих компанија, а самим тим и на свеукупно побољшање њиховог пословног резултата, те да, сходно томе, расте и број компанија које поменуте стандарде у значајном дијелу добровољно примјењују.<sup>16</sup> Стога се оваква истраживања, односно резултати истих морају третирати као реалан показатељ да позитиван однос различитих удружења потрошача, локалне и шире друштвене заједнице према компанијама које добровољно примјењују меко право корпоративног управљања може представљати снажан мотивациони фактор компанијама, односно да то већ јесте у поменутим и срединама са сличном потрошачком и корпоративном културом. Но, овдје се пред иоле пажљивијег посматрача поставља још једно питање. У ком правцу ова мотивација дјелује? У правцу постизања објективно високог степена исказане друштвене одговорности или, пак, превасходно у правцу креирања таквог имиџа, без обзира на реално стање ствари? Наиме, одређени аутори указују и на то како најбољи имиџ у овом погледу неријетко имају управо компаније које највише улажу у маркетинг и промоцију сопствених активности на плану друштвене одговорности и примјени тзв. „најбоље праксе“ у сфери корпоративног управљања, а не оне компаније које у реалности предњаче на том плану.<sup>17</sup> То говори у прилог овдје изнијетим сумњама у неупућеност и још увијек недовољну организованост самих стејкхолдера, локалних и ширих заједница, када је праћење, процјена квалитета и стимулација ових активности у питању. Истини за вољу, потребно је нагласити и чињеницу да је неспорна тенденција раста

---

responsibility: Governance gain or laissez-faire figleaf?“, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, summer 2008, стр. 445–446.

16 Вид. Jan Wouters, Leen Chanet, „Corporate human rights responsibility: A European perspective“, *Northwestern University Journal of International Human Rights*, summer 2008, стр. 11–14.

17 Вид. Joe Pitts, „Corporate social responsibility: Current status and future evolution“, *Rutgers Journal of Law & Public Policy*, spring 2009, стр. 374.

свијести код просјечног човјека о значају и могућностима подстицања примјене стандарда корпоративног управљања виших од оних закона прописаних, а кроз праћење, формирање и потенцирање имиџа компанија у том сегменту.<sup>18</sup> Међутим, горе изнијета чињеница о недовољној упућености и организованости стејкхолдера, макар у овом тренутку, стоји и представља реалну препреку постизању већег степена дјелотворности меког права корпоративног управљања.

На пољу примјене стандарда корпоративног управљања чији је циљ заштита и унапређења животне средине такође су вршена одређена истраживања. Иста су показала да постоји одређена корелација између „пријетње“ у виду евентуалног усвајања обавезујуће законске и подзаконске регулативе у области одлагања хемијског отпада и строгих стандарда одговорности за загађење и причињену штету уопште, на једној, односно добровољног прихватања пракси препоручених у склопу посебних програма чији је циљ укупно подизање еколошких стандарда у хемијској индустрији, на другој страни.<sup>19</sup> Истини за вољу, без обзира на краткорочно смањење прихода и добити узрокованих улагањем у примјену нових технологија и процедура одлагања отпада и заштите животне средине, и ова истраживања су показала да су посматране компаније у средњем року имале и значајних економских користи као резултат уведених промјена. Ипак, вјерујемо како је примарни мотив за примјену нових технологија и процедура у заштити животне средине, макар у овим случајевима, био већ назначени страх од увођења ригорозније законске регулативе и посебно од поштравања режима одговорности потенцијалних загађивача у склопу ње. Стога, саму потребу предупређивања трошкова прилагођавања новој и од добровољних стандарда увијек прецизнијој и сложенијој за примјену законској и подзаконској регулативи можемо сматрати још једним од значајних и у пракси, мишљења смо, недовољно искоришћених подстицаја за добровољну примјену меког права корпоративног управљања.

У литератури се као један од најчешће потенцираних мотива компанија да добровољно примијене препоручене стандарде корпоративног управљања, и то првенствено у области финансијског извјештавања, дијелу који представља саму срж ових стандарда данас, истиче потре-

18 Као најзначајнији фактори у том смислу наводи се убрзан развој комуникационих технологија и тзв. „друштвених мрежа“ на Интернету, децентрализација електронских медија и друге „погодности“ онога што често називамо Трећом индустријском револуцијом. Вид. Kevin T. Jackson, „Global corporate governance: Soft law and reputational accountability“, *Brooklyn Journal of International Law*, бр. 35/2010, стр. 85–86.

19 Вид. Madhu Khanna, Lisa A. Damon, „EPA’s Voluntary 33/50 Program: Impact on Toxic Releases and Economic Performance of Firms“, *Journal of Environmental Economics and Management*, Volume 37(1), January 1999, стр. 1–26.

ба задржавања повјерења инвестиционе јавности у пословну политику компаније о чијим је финансијским извјештајима ријеч. Тако се, примјера ради, истиче да компаније могу добровољно примијенити стандарде финансијског извјештавања више од оних установљених законом и правилима регулаторних агенција, зато што би се високи менаџмент могао водити логиком да би непознавање инвестиционе и шире јавности са типом информација које конкурентске компаније већ објављују могло изазвати сумње и представљати сигнал потенцијалним инвеститорима у хартије од вриједности тих компанија да њихов менаџмент прикрива негативне информације о финансијском пословању компаније. Сходно томе, финансирање инвестиционих и других пословних активности компаније кроз прикупљање свјежег капитала на тржишту хартија од вриједности било би у значајној мјери отежано.<sup>20</sup> Када је овај облик подстицаја примјене меког права корпоративног управљања у питању, иако очигледно постоји рационално образложење на основу којег би се његов значај могао потенцирати, чини се да је више примјера из праксе који говоре у прилог његовој недјелотворности. У том смислу, с обзиром на правни систем у којем су се та дешавања одиграла,<sup>21</sup> посебно је индикативно навести и примјер већ помињаног америчког закона („*Sarbanes-Oxley Act*“), насталог као посљедица бројних недостатака којим се систем финансијског извјештавања компанија котираних на берзи карактерисао, а који је тај систем управо и трансформисао, тј. превео из сфере претежно аутономне, гдје се до тада налазио, у сферу претежно законске регулативе, послје познатог случаја банкрота „Енрон“-а и кризе коју је тај стечај покренуо.<sup>22</sup> Штавише, и сами аутори који потенцирају значај овдје анализираних подстицаја за добровољну имплементацију стандарда корпоративног управљања у сегменту унутрашње финансијске контроле и финансијског извјештавања, истичу како је дјелотворност истог ограничена тиме да већина компанија посебно води рачуна да у јавност не изнесе детаље свог финансијског пословања који могу указати конкуренцији на будуће пословне планове, што су, на другој страни, управо детаљи који су потенцијалним инвеститорима међу најзначајнијим,<sup>23</sup> док други, додатно разрађујући ову тезу, као снажан „одвраћајући фактор“ у односу на добровољно финансијско извјештавање од стране циљаних компанија наводе и бројне

20 Anita Indira Anand, „An Analysis of enabling vs. mandatory corporate governance: Structures post-Sarbanes-Oxley“, *Delaware Journal of Corporate Law*, бр. 31/2006, стр. 235–236.

21 Ријеч је, наравно, о водећем правном систему по питању развоја, али и унапређења система корпоративног управљања.

22 Видети фусноту бр. 10.

23 А. I. Anand, *нав. дело*, стр. 237.

трошкове, директне и индиректне природе, повезане са усвајањем такве праксе.<sup>24</sup> Коначно, ова критичка сагледавања додатно су поткријепљена чињеницама чији смо данас непосредни свјedoци, крајње „разноврсно“ праксом добровољног објављивања финансијских извјештаја, као и постојањем значајног броја компанија подвргнутих операционализацији овдје описаног концепта „примијени или објасни“ које су и даље склоније томе да објашњавају разлоге непримјене, него да препоручене кодексе корпоративног управљања без изузетака примјене.

Настављајући анализу приступа који се заснива на добровољној примјени стандарда корпоративног управљања, осим оних недостатака који су наведени непосредно у контексту горе представљених предности, тј. подстицаја које овај систем даје компанијама, можемо примјетити постојање још једног броја значајних недостатака. Тако, примјера ради, норме које спадају у меко право, по правилу, мање су прецизне и правно-технички дотјеране од оних из законских текстова, па их је у том смислу теже тумачити и имплементирати. Сходно томе, неспорна је и чињеница да различита тумачења, односно висок степен „разноврсности“ у примјени истих стандарда корпоративног управљања може допринети стварању конфузије, посебно у лаичкој јавности, те практично онемогућити креирање и примјену јединствених стандарда квантификације и контроле достигнутог нивоа примјене. Поред тога, чињеница је да је ниво заинтересованости јавности, па самим тим и степен изложености њеном суду, односно суштинске условљености истим знатно нижи код једних, односно виши у другим привредним гранама.<sup>25</sup> Стога, без обзира што, како тврдо, тако ни меко право корпоративног управљања не праве ту врсту разлике, остаје чињеница да су механизми, тј. подстреци на којима меко право заснива своју примјену, у знатно већој мјери од тврдог права такви да оним компанијама које су мање интересантне и изложене суду јавности остављају значајан простор да ту примјену избјегавају.

24 Један о таквих трошкова, специфичних у односу на ситуације у којима се примјењују стандарди једнако обавезујући за све, јесу и трошкови редовног и детаљног праћења конкуренције, са циљем да се не заостаје за њом, али и са циљем да се не објави, тј. не открије више информација него што је то објективно потребно да би се одржао корак са конкуренцијом. Вид. Réal Labelle, „The Statement of Corporate Governance Practices (SCGP)“, *A Voluntary Disclosure and Corporate Governance Perspective*, June 2002, доступно на адреси: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=317519](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=317519), 22.4.2012, стр. 10.

25 Тако је, примјера ради, успјешност пословања компанија чија је примарна дјелатност продаја роба широке потрошње знатно условљенија ставовима јавности у погледу, рецимо, са њихове стране исказаног степена друштвене одговорности, него што је то случај са компанијама чија је примарна дјелатност експлоатација рудног богатства.

Највећи дио онога што су недостаци меког права корпоративног управљања у смислу постизања вишег степена примјене савремених стандарда корпоративног управљања јесу предности тврдог права, односно регулаторног приступа заснованог на њему. Стога ћемо на овом мјесту само подцртати кључни „адут“ тог приступа. Ријеч је, наравно, о „страху“ од примјене конкретне санкције као посљедице кршења обавезујућих прописа. За исправност тврдње да овај „традиционални подстицај“ за примјену важећих прописа има несмањен учинак и у свијету корпоративног управљања постоје и бројни показатељи. Један од тих показатеља су и резултати неких од најзначајних истраживања у области права хартија од вриједности, која указују на постојање директне позитивне корелације између вишег степена регулисаности тржишта капитала, што се, наравно, великим дијелом односи и на „позакоњење“ модерних стандарда корпоративног управљања, те већих овлашћења регулатора у погледу примјене такве регулативе, на једној страни, односно нивоа правне сигурности инвеститора и развијености тржишта хартија од вриједности на другој страни.<sup>26</sup> Међутим, чак и да није оваквих истраживања, морали би имати у виду и горе већ назначену чињеницу да као један од кључних мотива за прихватање и добровољну имплементацију меког права корпоративног управљања присталице на њему заснованог приступа у регулисању ове материје истичу управо страх од његовог превођења у позитивне правне оквире. Ово, између осталог, говори у прилог томе да и сами обавезници примјене, под претпоставком да им је примарни инстинкт управо тај да у контексту стандарда корпоративног управљања задрже *status quo*, меко право, односно механизме унапређења корпоративног управљања на њему засноване, оправдано или не, третирају као мање дјелотворне.

На другој страни, ни тврдо право, односно регулаторни приступ заснован на њему није без својих недостатака у односу на меко право корпоративног управљања. Тако се у литератури истиче да се увођењем нових регулаторних, тј. законских рјешења, по правилу, производи читав низ специфичних трошкова, почевши од оних који се односе на израду и поступак усвајања нове легислативе, преко трошкова њене примјене, па све до тзв. „скривених трошкова“, попут оних изазваних потребом плаћања високих премија за осигурање од одговорности чланова одбора директора и других припадника високог менаџмента који су дужни да „стану“ својим потписима иза финансијских извјештаја сачињених и објављених у складу са новом законском регулативом, попут „Sarbanes-

26 Вид. Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer, *What Works in Securities Law?*, August 2003, доступно на интернет адреси: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=430596](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=430596), 22.4.2012, стр. 5.

*Oxley Act*“-а.<sup>27</sup> Уз то, када смо већ код овог прописа, можемо га истаћи и као типичан примјер законске регулативе селективног карактера у погледу поља примјене. Наиме, исти се односи само на отворена акционарска друштва, па, сходно томе, може и да пледира на подизање квалитета корпоративног управљања превасходно у њима, док, када су остали пословни субјекти у питању, има домаћај углавном сличан, ако не и једнак необавезујућим правним инструментима. Стога, и спада у ред оних прописа тврдог права корпоративног управљања који, не само да се односе на један дио „корпоративног свијета“, већ представљају и потенцијални основ, тј. мотив за „бијеж“ са тржишта капитала оних компанија на које се непосредно односи, што неријетко води смањењу, не само тржишне, већ и економске активности уопште.<sup>28</sup>

Коначно, чак и у контексту употребе тврдог права корпоративног управљања и на њему заснованих механизма постизања униформне примјене одговарајућих стандарда, пракса то показује, униформност у примјени није загарантована. Штавише, понекад није загарантована ни примјена уопште, зато што ни пријетња евентуалном санкцијом као посљедицом непримјене одговарајућег прописа очигледно није увијек довољно јак мотив за све. Ово се посебно односи на ситуације гдје је ријеч о санкцијама које, по процјени самог менаџмента и акционара, у крајњем скору доносе материјалну штету мању него што је очекивана или корист остварена избјегавањем примјене конкретног законског или подзаконског прописа, што је само доказ више у прилог ставу да законодавац, односно законска регулатива нијесу свемогући на плану постизања унапређења и примјене система корпоративног управљања, те да се сам законодавац сасвим оправдано данас редовно ослања и на меко право и механизме унапређења система корпоративног управљања засноване на њему. Стога, имајући речено у виду, можемо констатовати и сљедеће. Кључна дилема није у томе да ли се приклонити једном или другом регулаторном приступу, меком или тврдом праву, већ како наћи прави баланс код њихове истовремене примјене?

27 Примјера ради, процјене указују да су само за потребе имплементације овог закона у 2004. години компаније обавезне да га примијене утрошиле више од пет милијарди америчких долара. Види: Anita Indira Anand, *нав. djело*, стр. 23.

28 На другој страни, постоји и аргумент да би овај закон, односно високи стандарди финансијског извјештавања прописани њиме могли мотивисати компаније чија су сједишта ван САД-а да, у жељи да покажу својим акционарима, пословним партнерима и потенцијалним инвеститорима колико су далеко пошли у примјени савремених стандарда корпоративног управљања, донесу одговарајућу одлуку и поднесу захтјев да њихове акције буду котиране на Њујоршкој берзи, што би могло усмјерити дешавања и супротно, ка расту економске активности у датом систему. Тако: John Jr. C. Coffee, „Racing Towards the Top?: The Impact of Cross-Listings and Stock Market Competition on International Corporate Governance“, *Columbia Law Review*, бр. 102/2002, стр. 1764.

#### IV Умјесто закључка

Ова кратка анализа је показала како постоје значајни подстицаји за добровољну примјену стандарда корпоративног управљања садржаних у данас бројним кодексима и сличним инструментима необавезујуће правне природе. Но, иста указује и на то да ови подстреци суштински нијесу довољни да обезбиједи задовољавајући ниво примјене, нити, макар у овом тренутку, степен униформности у тој примјени који би гарантовао задовољавајући ниво правне сигурности и извјесности свим субјектима директно или индиректно заинтересованим за квалитетно функционисање једног савременог система корпоративног управљања. Стога се, мишљења смо, системи корпоративног управљања сасвим оправдано још увијек претежно заснивају на правилима понашања установљеним законским и другим прописима обавезујуће природе, чији се висок степен примјене традиционално базира на страху од санкција због кршења, односно избјегавања примјене обавезујућих правила понашања у свијету корпоративног управљања. Наравно, добровољна примјена високих стандарда корпоративног управљања, без обзира на све недостатке овог концепта у пракси, својеврстан је идеал којем треба тежити, јер је добровољна примјена, по правилу, пожељнији сценарио, и то не само у овој, већ и другим областим привредног и друштвеног живота. Међутим, морају се избјежавати ситуације у којима би, управо у циљу остварења тог идеала, била потенцирана примјена меког права корпоративног управљања, а на рачун основне вриједности једног правног поретка, правне сигурности и извјесности бројних заинтересованих субјеката у конкретној сфери правне и друштвене стварности. Другим ријечима, потребно је подстицати и пратити „еволутивни“ развој савремених режима корпоративног управљања и усмјеравати га са циљем да исти у сваком тренутку, наравно, у мјери могућег, са становишта интереса заинтересованих субјеката одражава најбољи спој механизма добровољне и принудне примјене жељених стандарда. Коначно, са становишта већ написаног, али и са становишта индикативне чињенице да се посљедњих пар деценија карактерисало, између осталог, појавом својеврсне транспозиције оних најшире прихваћених и најмање спорних стандарда корпоративног управљања из сфере меког права у сферу законске регулативе, можемо изразити очекивање како ће и у наредних неколико деценија, без обзира на очекивану експанзију и раст значаја механизма њихове добровољне примјене, есенцијалне вриједности савремених система корпоративног управљања примарно бити инкорпорирани у законске текстове и друге форме тврдог права корпоративног управљања.



**Vladimir SAVKOVIĆ, PhD**

**Assistant Professor at the Faculty of Law, University of Montenegro**

## **AT THE CROSSROADS BETWEEN THE “SOFT LAW” AND “HARD LAW” – CONTEMPORARY LEGAL FRAMES OF CORPORATE GOVERNANCE**

### **Summary**

*This article focuses for the most part on the emerging soft law of corporate governance and presents an effort to analyze effectiveness of this new type of law and of the regulatory approaches based on it in promoting and securing the implementation of highest corporate governance standards, compared to more traditional hard law instruments. Firstly, however, since the author finds that they are still vague legal concepts, the article tries to define the notions of soft and hard law of corporate governance, before it moves further to analyze their effectiveness. After closely analyzing various incentives and disincentives for the targeted companies to accept and implement highest corporate governance standards embodied in legal instruments being the part of hard or the soft law of corporate governance, author concludes that, notwithstanding tendency of soft law instruments gaining on their overall importance for the improvement of corporate governance regimes, for the time being, current regulatory approaches are still rightfully based on hard law instruments, primarily on legislation. Author also makes a point that the two regulatory approaches are converging and that the key issue at the moment is to find the right balance between the legal instruments belonging to one or the other type of law.*

**Key words:** *corporate governance, soft law, hard law, voluntary compliance, corporate social responsibility, incentives.*

УДК 343.359.2 ; 336.225.68 ; 336.719.2:341.411

др **Анеџа СПАИЋ**

доцент Правног факултета Универзитета Црне Горе

мр **Милош НОВОВИЋ**

докторски истраживач, Универзитет Осло, Institutt for privatrett

## ПОРЕЗИ: ЕВРОПСКЕ БАНКЕ У ЗАШТИТИ АМЕРИЧКИХ ИНТЕРЕСА

### Резиме

Најновији корак САД-а у борби против међународне ушаје пореза захтева детаљно преиспитивање. Закон о пореској усклађености страних рачуна САД-а (FATCA) предвиђа да амерички порески обавезници морају пружити детаљне информације о њиховим страним рачунима Пореској управи САД-а, контроверзније, да стране финансијске институције (foreign financial institution, FFI) морају извјештавати IRS-у о рачунима релевантних америчких пореских обвезника или ирријетити значајне финансијске санкције. Овим радом се испитује ефекат FATCA-е на регулаторне усклађености пословања FFI, и представља студија случаја о ирландском банкарском сектору. Ова студија идентификује кључне области усклађености ризика, и критички разматра праксу користићећи економске (не) подстицаје за грађане и предузећа како би се одrekli права на приватност. Коначно, рад приказује неколико алтернативних модела за спровођење кључних одредаби FATCA-е док минимизира судар са локалним законодавством.

**Кључне речи:** пореска евазија, Закон о пореској усклађености страних рачуна САД-а (FATCA), банкарска швајца, усклађеност пословања, екстрајтеријоријално дејство закона.

## I Увод

Избјегавање плаћања пореза од стране пореског дужника – пореска евазија – представља свеprisутан феномен још од античког доба. Оснажена глобализацијом, прекограничним преносом средстава, строгим правилима о чувању банкарске тајне и „пореским рајевима“, међународна пореска евазија је постала озбиљан проблем држава, те предмет ригидне екстензивне регулације.<sup>1</sup>

Последња иницијатива Сједињених Америчких Држава на пољу борбе против пореске евазије има потенцијал да заувјек измијени ову немилу праксу, али и да озбиљно доведе у питање тренутне стандарде из области банкарског пословања. Законом о пореској усклађености страних рачуна (*Foreign Account Tax Compliance Act*, FATCA, јул 2010)<sup>23</sup> прописано је да амерички порески обвезници морају Пореској управи Сједињених Држава (*Internal Revenue Service*, IRS) дати детаљне информације о својим рачунима у иностранству; али, још контроверзније, да стране финансијске институције (*foreign financial institution*, FFI) морају извјештавати IRS о рачунима релевантних америчких пореских обвезника или трпјети значајне финансијске санкције на трансакцијама повезаним са Сједињеним Државама. У случају да држава у којој послује FFI није потписала са Сједињеним Државама међудржавни уговор о имплементацији FATCA, а да локални закони о чувању банкарске тајне и личних података не допуштају извјештавање IRS-у, FATCA-ом се захтијева да FFI од клијента затражи пристанак на ово извјештавање ипак врши, под пријетњом да ће његов изостанак проузроковати затварање рачуна. Овакво унилатерално наметање прописа од стране Сједињених Држава дочекано је оштром реакцијом других држава, које га сматрају задирањем у суверенитет, али и међународне финансијске заједнице, унутар које се све више субјеката одлучује да у потпуности прекине пословање са америчким клијентима.<sup>4</sup> Како су Сједињене Држа-

1 До недавно, на међународном плану, државама су на располагању били релативно ограничени механизми контроле, те се у борби против међународне пореске евазије акценат више стављао на превенцију него на имплементацију претјерано сложених репресивних механизма.

2 Текст Закона о пореској усклађености страних рачуна (FATCA) се може преузети са: <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA.aspx>.

3 Ово питање је отворено и на последњем мајском самиту EU: Live: MEPs examine results of EU summit on tax evasion and energy [http://www.europarl.europa.eu/pdfs/news/public/story/20130527STO10560/20130527STO10560\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/pdfs/news/public/story/20130527STO10560/20130527STO10560_en.pdf), 8.8.2013.

4 Листу земаља које се су међународним споразумом обвезале на сарадњу са САД-ом у вези са питањем рјешавања пореске евазије се може наћи на <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA-Archive.aspx>, 9.8.2013. године. Од

ве једина земља на свијету поред Еритреје која опорезује приходе својих држављана без обзира на мјесто њиховог пребивалишта, предвиђа се да ће доћи и до масовног одрицања од америчког држављанства од стране америчких држављана који живе у иностранству.

Такође, у јуну 2013. године Европска комисија је доставила предлог Директиве намјењене борби против утаје пореза ширењем обима аутоматске размјене информација између чланица ЕУ а које се односе на податке о свим видовима финансијских прихода на рачунима држављана ЕУ. Предложени текст ће ступити на снагу 1. јануара 2014. године, а односиће се на све рачуне који су били активни 1. јануара 2013. године. Овако конципирана размјена информација у оквиру ЕУ има за циљ употпуњавање пореског информационог система у свијету.<sup>5</sup> Борба против пореске евазије је важна не само због снажења државних буџетских прихода већ и због заштите повјерења грађана у праведност и ефикасност пореског система.<sup>6</sup> Координисан приступ ЕУ може послужити и учинити ефикаснијом FATCA режим у цијелом свијету. Међутим, о ЕУ инструментима и пореској политици, као ни односу ЕУ према САД пореском режиму овдје неће бити ријечи.

Овај рад ће се бавити утицајем FATCA-е на пословање финансијских институција, са посебним освртом на Црну Гору. Идентификоваће кључне области ризика и указати на проблеме из области усклађености са локалном регулативом. Рад ће уједно пружити критички осврт на употребу економских стимуланса и дестимуланса са циљем привољавања привредних субјеката и грађана да се одрекну права на приватност/чување банкарске тајне. Коначно, рад ће понудити алтернативне моделе за имплементацију кључних FATCA одредби, са циљем минимизације колизије са локалним законодавством.

## II Екстратериторијални ефекти FATCA-е

2010. године, FATCA је усвојена од стране америчког Конгреса, као дио *HIRE Act*-а. У складу са традиционалном теоријом важења норми, овај национални правни акт би имао обавезујуће правно дејство на

девет закључених билатералних споразума, седам је закључено у складу са Модел I IGA САД-а, док су преостала два закључена према Модел II IGA.

5 Више о овом питању видјети на: [http://www.pwc.com/en\\_US/us/financial-services/publications/fatca-publications/assets/global-irw-newsbrief-eu-information-exchange.pdf](http://www.pwc.com/en_US/us/financial-services/publications/fatca-publications/assets/global-irw-newsbrief-eu-information-exchange.pdf), 10.8.2013.

6 Наиме, Међународни напори Комисије у борби против пореске евазије и спречавања прања новца на се дјелимично односе и на: Г8 и Г20 самите, и константну подршку ОЕБС-а Више на: [http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/tax\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/tax_en.pdf), 13.8.2013, стр. 6.

територији над којом Сједињене Државе имају суверену власт. Међутим, овај акт, заједно са другим законима сличне природе, на примјер *Sherman Act*-ом<sup>7</sup> представља један од закона који производе дејства и на територијама других држава. Како је циљ усвајања FATCA-е био да се ријеше проблеми узроковани радњама које амерички порески обвезници предузимају у иностранству, требало је наћи модел којим ће се осигурати адекватан екстратериторијални ефекат примјене FATCA-е.<sup>8</sup>

Ово је учињено на крајње иновативан начин: најприје, пребацујући терет извјештавања са индивидуалних пореских обавезника на стране финансијске институције, а затим, креирајући низ економских (де)стимуланса који осигуравају да ће финансијске институције извјештавати о рачунима америчких пореских обвезника, или у потпуности прекинути сарадњу са америчким клијентима. Конкретно, FFI су обавезне потписати споразум о сарадњи са IRS-ом и регистровати се у њиховом систему, или ће трпјети санкције у виду пореског задржавања од 30% на свим плаћањима повезаним са Сједињеним Америчким Државама. Штавише, када су у питању групе компанија, уколико макар једна чланица групе није оцијењена као „FATCA-усклађена“ од стране IRS-а, цијела група може трпјети поменуће санкције. Имајући у виду значај трансакција на америчком тржишту у модерној економији, на овај начин је уведен сасвим једноставан, јефтин, одржив и ефикасан репресивни систем, специфичан по начину на који заобилази традиционални концепт државног суверенитета кроз јасно изражен прекогранични ефекат.

## 1. Механизми за идентификацију националности клијента

Разлози незадовољства међународне финансијске заједнице овим приступом су вишеструки. Најприје, обавезе извјештавања локалном регулаторном тијелу изискују стручна знања и значајна људска средства; трошкови имплементације извјештавања страном државном тијелу могу бити изузетно високи – од едукације запослених, преко проналаска софтверских рјешења, до потенцијалних тешкоћа у јавним односима са клијентима. Тренутно, FATCA захтијева да се за све постојеће рачуне у FFI на којима се налазе средства у износу од преко 50.000\$ одради претрага по индикаторима који могу указати да рачун припада лицу које може бити амерички порески обвезник. Ови индикатори укључују посједовање америчког држављанства, зелене карте, америчког броја телефона, адресе, трајног налога за плаћање према Сједињеним Државама, пуномоћја датог америчком лицу... У случају постојања инди-

7 Sherman Act (July 2, 1890, ch. 647, 26 Stat. 209, 15 U.S.C. §§ 1–7).

8 Folsom, Gordon, Spanogle, Jr., Fitzgerald, Van Alstine's *International Business Transactions: A Problem-Oriented Coursebook*, 11th ed., стр. 1260–1265.

катора, FFI је дужна од клијента тражити да достави одговарајућу документацију – форму којом објављује свој статус америчког пореског обвезника и пристаје да се врши извјештавање IRS-у, или форму којом под пријетњом кривичних санкција за кривоклетство тврди да није амерички порески обвезник – односно, у случају његовог непристајања да достави документацију, затворити рачун. У сваком од ових случајева, FFI мора доставити извјештај IRS-у. Коначно, FATCA прописује и да се мора измијенити процес регистрације нових клијената („on-boarding“), тако да имплементира адекватне механизме за идентификацију америчких пореских обвезника.

## 2. Рокови за имплементацију FATCA-е

Рокови за усклађивање регулативе и примјене истих, односно обезбјеђивање и спровођење *due diligence* процедуре за провјеру рачуна се сматрају важним аспектом овог проблема.<sup>9</sup> Након провјере „националности рачуна“, односно власника потребно је испитати и висину износа на рачуну а онда након тога одредити и рокове по којима је нужно поступати. Док је легислативну усаглашеност потребно обезбједити до краја 2013. године, рокови подношења извјештаја о рачунима из 2013. године се вежу за септембар 2015. године. Тачније, рок извјештавања о рачунима на којима се налази више од \$1 милион је 31. децембра 2015, док је рачуне чија је вриједност била већа од \$250 хиљада а мања од 1 милиона потребно третирати до 31. децембра 2014.

Ови рокови се сматрају релативно кратким и недовољним за адекватно прилагођавање и поступање по предложеном *due diligence* систему извјештавања како FFI тако и самих FATCA партнера.<sup>10</sup>

## 3. Колизација националних прописа и FATCA-е

Без обзира на цијену коштања и сложеност имплементације FATCA-а система, прави проблеми настају када FFI изрази намјеру спремности на сарадњу са америчким пореским властима, али јој локално законодавство и раније преузете уговорне обавезе не дозвољавају да извјештава трећим лицима о активностима својих клијената. Нажалост, FATCA је и овдје неумољива: прописано је да се неће правити изузеци за стране финансијске институције, без обзира на локално законодавство; оне су обавезне да и у случају колизације норми FATCA-е и локалног за-

9 Bret Wells, Cym Lowell, „Tax Base Erosion and Homeless Income: Collection at Source Is the Linchpin“, *Tax L. Rev.*, бр. 65/2012, стр. 535–618.

10 Todd C. Lady, Tiffany D. Presley, „Feature: IRS Reporting Requirements For Cross border Activities Continue to Grow“, *Res Gestae*, бр. 56, стр. 13.

конодавства од својих клијената прибаве пристанак да се његови лични подаци достављају IRS-у, или да му затворе рачун. Међутим, FATCA не узима у обзир чињеницу да је и само затварање рачуна детаљно регулисано бројним локалним законодавствима, те да су, у складу са правним принципом *numerus clausus*, одређени разлози за затварање рачуна, чије тумачење је по правилу рестриктивно. Другим ријечима, уколико FFI не прибави пристанак клијента да се његови лични подаци доставе IRS-у – што је свакако реално очекивати од стране лица која врше утају пореза, али и оних која су само забринута за своју приватност – FFI ће кршити локално законодавство, било да без пристанка достави податке, било да затвори рачун клијенту без адекватног правног основа. Чини се да је у случају затварања рачуна ризик усклађености – иронично – већи: како се IRS-у морају доставити подаци о томе која лица су одбила да потпишу пристанак да се извјештавање врши, правила о чувању банкарске тајне биће свакако повријеђена.

#### 4. OECD Водич о заштити тајности размјене података за пореске сврхе

Организација за економску сарадњу и развој (OECD) је усљед забринутости урушавања повјерљивости и исправног коришћења информација направила коментар на члан 26 – *Размјена информација*,<sup>11</sup> Модела Пореске конвенција (2003).<sup>12</sup> OECD Водич о заштити тајности размјени података за пореске сврхе (*The OECD Guide on the Protection of Confidentiality of Information Exchanged for Tax Purposes*, 2012), би требао бити консултован прије конципирања и примјене међувладиних споразума, нарочито са аспекта поштовања права појединаца чији рачуни су предмет извјештавања.<sup>13</sup> Наиме, ако лице сматра да ће примјена мјера

11 Andrew L. Jones, „Feature: Barristers In Action: Pitfalls Of Undeclared Foreign Financial Accounts“, *San Francisco Att’y*, бр. 39, стр. 1–2; Martin J. McMahon, Ira B. Shepard, Daniel L. Simmons, „Recent Developments in Federal Income Taxation: The Year 2012“, *Fla. Tax Rev.*, бр. 13, стр. 21–23.

12 OECD Модел Пореске конвенције (2003) на: <http://www.oecd.org/tax/treaties/1914467.pdf>, 8.8.2013.

13 Члан 25 OECD Модел пореске конвенције: Mutual Agreement Procedure: Where a person considers that the actions of one or both of the Contracting States result or will result for him in taxation not in accordance with the provisions of this Convention, he may, irrespective of the remedies provided by the domestic law of those States, present his case to the competent authority of the Contracting State of which he is a resident or, if his case comes under paragraph 1 of Article 24, to that of the Contracting State of which he is a national. The case must be presented within three years from the first notification of the action resulting in taxation not in accordance with the provisions of the Convention.

једне или пак обје државе уговорнице довести и до тога да не буде опорезовано у складу са одредбама ове Конвенције, без обзира на националне мјере или, ако случај потпадне у категорију случајева предвиђених чланом 24 овог текста, лице може покренути поступак пред компетентним органом државе.<sup>14</sup> У року од три године од дана када је изречена пореска мјера поступак поводом истог се мора покренути пред одговарајућим органом у складу са текстом Конвенције.

### III Изазови усаглашавања националних система са FATCA-ом: на примјеру Црне Горе

Пословање финансијских институција у Црној Гори регулисано је низом законских и подзаконских аката, од којих је, у контексту овог рада, свакако најзначајнији Закон о банкама.<sup>15</sup>

Пратећи трендове у савременом пословном свијету, Закон о банкама пружа снажне гаранције чувања банкарске тајне, штитећи на овај начин приватност и пословне интересе клијената. Најприје, сам појам банкарске тајне законом је дефинисан широко, па се банкарском тајном сматрају: подаци о власницима и бројевима рачуна отворених у банци; подаци о појединачном стању депозита и промету на појединачним рачунима правних и физичких лица отворених у банци; као и други подаци о клијенту до којих је банка дошла на основу пружања услуга клијенту банке. У погледу обавезе чувања банкарске тајне, Закон о банкама предвиђа да „чланови одбора директjора, акционари, сви запослени у банци и друга лица која у обављању послова са банком или за банку дођу у посјед информација и података који су овим законом утврђени као банкарска тајна, дужни су да за вријеме рада у банци и након престанка рада у банци, чувају те податке и информације и не смију их употребљавати у своју личну корист, нити учинити доступним другим лицима“, те прецизира да лица која „дођу у посјед података који представљају банкарску тајну, дужна су да те податке користе искључиво у сврху за коју су добијени и не смију их учинити доступ-

14 OECD Модел Пореске конвенције (2003) на: <http://www.oecd.org/tax/treaties/1914467.pdf>, 5.8.2013. Члан 24 – Non-discrimination: 1. Nationals of a Contracting State shall not be subjected in the other Contracting State to any taxation or any requirement connected therewith, which is other or more burdensome than the taxation and connected requirements to which nationals of that other State in the same circumstances, in particular with respect to residence, are or may be subjected. This provision shall, notwithstanding the provisions of Article 1, also apply to persons who are not residents of one or both of the Contracting States.

15 Закон о банкама Црне Горе (Службени лист Црне Горе, бр. 17/08, 44/10, 40/11).



ним и прећим лицима, осим у случајевима и рописаним законом“. Листа изузетака – случајева у којима је дозвољено одати банкарску тајну – рестриktivног је карактера. У контексту FATCA извјештавања, вриједи примијетити да Закон предвиђа да се „сви иодаци који иредсiављају банкарску тајну моју учинити досiујним: Централној банци, надлежном иравосудном орiану, друћим лицима, а на основу изричите иисане саиласносiи клијенiа“. Коначно, Закон о банкама експлицитно напомиње да „банкарска тајна иредсiавља иословну тајну“, што значи да њено откривање повлачи санкције предвиђене Кривичним закоником Црне Горе.<sup>16</sup>

(1) Ко неовлашћено друћом саишiи, иреда или на дрући нацин учини досiујним иодаике који иредсiављају иословну тајну или ко ирибавља тајке иодаике у намјери да их иреда неиозваном лицу, казниће се заивором од ири мјесеца до ией иодина.

(2) Ако је дјело из сiава 1 овој члана учињено из корисиољубља или у иоледу нарочио иовјерљивих иодаиака или ради објављивања или коришћења иодаиака у иносiрансiву, учинилац ће се казнићи заивором од двије до десей иодина.

Очигледно је да би по тренутном законодавству директно извјештавање IRS-у у складу са одредбама FATCA-е представљало неовлашћено откривање банкарске тајне.

Црногорским финансијским институцијама није на располагању ни алтернатива – затварање рачуна клијентима који не пристају да се њихови подаци достављају америчким властима, или затварање рачуна свим клијентима који потенцијално могу бити амерички порески обвезници. Наиме, област отварања, одржавања и затварања рачуна регулисана је на подзаконском нивоу – конкретно, Одлуком Централне банке Црне Горе о сiруктури рачуна за извршавање ирансфера средсiава и ближим условима и начину оишварања и укидања иих рачуна, која предвиђа да:

*Извршна инсiиуиција укида рачуне клијенiа на основу њеовой иисаной захiјева за укидање иој рачуна, а средсiава са укинуиој рачуна иреноси на рачун наведен у иом захiјеву.*

(...)

*Изузейно од сiава 1 овој члана, извршна инсiиуиција може укинуии рачуне свој клијенiа без захiјева, ако клијенi ире-*

16 Члан 280 Кривичног законика Црне Горе (Службени лист РЦГ, бр. 70/03 од 25.12.2003, 13/04 од 26.2.2004, 47/06 од 25.7.2006, Службени лист Црне Горе, бр. 40/08 од 27.6.2008, 25/10 од 5.5.2010, 32/11 од 1.7.2011).

*сигане да постоји као правни субјект на основу закона или другој прописи.*<sup>17</sup>

Дакле, јасно је да по црногорском законодавству клијентова некооперативност у дијелу FATCA извјештавања не може бити основ за укидање рачуна. Додатно, затварање рачуна носи и директне финансијске посљедице: како се у тренутку затварања рачуна сва потраживања морају прогласити доспјелим и наплатити, ово се може одразити негативно не само на клијенте, већ и на финансијске институције. Најприје, постоји велика опасност да би дошло до наглог раста NPL (*non-paying loans*) индикатора, јер је нереално очекивати да ће клијенти бити спремни да пријевремено отплате износ цијелог потраживања. Наравно, раст NPL-а би сам по себи значио и раст резерви које морају бити издвојене код Централне банке, као и потребу додатних интерних издвајања за трошкове оперативног ризика. Даљом „ланчаном реакцијом“, овакви потези могу изазвати и репутациони ризик, који се у сваком случају може негативно одразити на пословање финансијске институције. Коначно, пријевремена отплата кредита може бити генерално неповољна за финансијске институције, посебно јер сходно Закону о потрошачким кредитима,<sup>18</sup> „у случају пријевремене отплате кредита кредитор има право на праведну и објективну накнаду оправданих трошкова непосредно повезаних са пријевременом отплатом кредита, под условом да је пријевремена отплата извршена током периода за који је уговорена фиксна каматна стопа“, али „износ накнаде не смије бити већи од 1% износа кредита који се пријевремено отплаћује ако је период између дана пријевремене отплате и рока доспјећања из уговора о кредиту дужи од 12 мјесеци“.

Све ове аспекте неопходно је сагледати како би се могло адекватно утврдити да ли је цијена FATCA усклађености (те консеквентно, неусклађености са локалном регулативом) прихватљива. Како не постоји подзаконска регулатива из области обавезног праћења усклађености, а Закон о банкама само предвиђа да је „банка дужна да, зависно од величине и сложености пословања, у својој организационој структури одреди организациони дио или лица задужена за праћење усклађености пословања банке са законом, прописима којима се уређује сјечавање прања новца и финансирања тероризма, прописима Централне банке и акцијама банке“, на свакој финансијској институцији ће бити да одреди

17 Члан 14 Одлуке Централне банке Црне Горе о структури рачуна за извршавање трансфера средстава и ближим условима и начину отварања и укидања тих рачуна.

18 Закон о потрошачким кредитима (Службени лист Црне Горе, бр. 35/2013 од 23.7.2013. године).

посебне индикаторе и методологију на основу којих ће донијети адекватну пословну одлуку. Ипак, како имплементација FATCA извјештавања са собом носи кршење фундаменталних локалних прописа, готово извјесно представља висок ризик усклађености за локалне финансијске институције.

#### IV Међувладини споразуми

Екстра-територијална примјена FATCA-е, према садашњем стању ствари, у великом броју држава, како смо већ предочили, подразумијева кршења унутрашњих прописа из области банкарског права, тј. пословне тајне и права приватности.<sup>19</sup> Могући начин разјешења ове колизије прописа се прије свега постиже билатералним тзв. међувладиним споразумима који, као норма међународног права имају већу правну снагу од унутрашњих прописа.<sup>20</sup>

Режим FATCA-е постоји са циљем да се Пореској управи САД-а омогући приступ одређеним подацима о рачунима америчких држављана.<sup>21</sup> Предложеним споразумима се жељело постићи: да се у складу са *due diligence* процедуром, идентификују рачуни америчких држављана односно да се прикупе информације садржане у њима које се реализују подношењем годишњих извјештаја од стране FFI уз податке о носиоцу, приходу и имовини ових лица и да се легализује задржавања/одузимање 30% увијек када некооперативни и непослушни власници рачуна одбију да пруже тражене информације и/или да се одрекну својих уобичајених права.

Са циљем обезбјеђивања потпунијег и ефикаснијег екстратериторијалног дејства FATCA-е од 2010. године до данас Конгрес је донио два Модела међувладиних споразума: Модел I IGA и Модел II IGA. Оба Модела међународних споразума су допуњена Анексом 1 и Анексом 2.<sup>22</sup> Доношењем ових текстова, а уз присуство елемената којима се неспорно тврди да је ријеч о држављанима САД-а, се жељело олакшати

19 Melissa A. Dizdarevic, „Comment: The FATCA Provisions Of The Hire Act: Boldly Going Where No Withholding Has Gone Before“, *Fordham L. Rev.*, бр. 79, стр. 2967.

20 Иако ова тврдња није сасвим тачна, тачна је за случај Црне Горе и свих оних земаља монолитног система у којима се одређује предност међународне у односу на унутрашњу норму.

21 Christopher Malcolm, „Geo-Political Insignificance, Information Sharing, and Economic Survival: An Unofficial Perspective from within the Caribbean Region“, *Law & Bus. Rev. Am.*, бр. 19, стр. 23.

22 Сви поменути текстови се могу преузети на: <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA.aspx>, 9.8.2013. године.

потенцијалним FATCA-партнерима и појачати динамика закључивања билатералних споразума чиме би се постигло:

- отклањање препрека које се односе законске норме о заштити података;
- ослобађање финансијских институција FFI од обавезе задржавања пореза на исплате „непослушних“ власника рачуна;
- онемогућавање принудног наплаћивања *џакси* на приходе остварене од финансијских институција;
- усаглашавање *due diligence* захтјева са предвиђеним правилима о борби против прања новца;
- изузимање већег броја институција и производа од захтјева FATCA.<sup>23</sup>

Наиме, када је Пореска управа Конгресу предложила усвајање FATCA-е, G-5 (Француска, Њемачка, Шпанија, Велика Британија, Италија) је изашла са заједничким обавјештењем којим је изнијета намјера ових држава да закључе билатералне споразуме за спровођење FATCA. Обавјештење ових држава је потенцирало потребу да се рјешења FATCA-е, као једностраног текста, морају кориговати на начин да се уподобе са специфичностима националних система те да се донесе тзв. Модел споразум – Модел I IGA–е којим би се исте и уважиле и свакако пласирала идеја реципроцитета између потписница. У јулу 2012. године, Министарство финансија САД-а је објавило „Модел I“ међувладиног споразума (IGA) којима су САД отпочеле реализацију амбициозног плана активности усаглашавања појединчаних националних закона са FATCA-ом. Поменути Модел IGA утврђује начине спровођења FATCA-а кроз сарадњу са владама других земаља.<sup>24</sup>

Према обавезама које преузимају Сједињене Америчке Државе разликују се два типа Модел I IGA, реципрочан и неречипрочан тип. Наиме, у зависности од тога да ли се споразумом Сједињене Америчке Државе обавезују да ће њихове финансијске институције извјештавати FATCA партнерске пореске управе о рачунима њихових грађана или не, правимо ову дистинкцију. Разумљиво је да *реципрочни џиш* Модела I подразумеива промијену националне законске и статутарне регулати-

23 AIMA – Alternative Investment Management Association, <http://www.aima.org/en/education/aimajournal/q4-2012/fatca-uk-and-us.cfm>, 4.8.2013.

24 Поред Г-5 (Велика Британија, Њемачка, Француска, Шпанија и Италија), Данска, Ирска и Мексико су се определили за овај вид сарадње и Model I IGA који подразумеива реципроцитет. Више видјети на: [http://www.bakermckenzie.com/files/Publication/033e91ef-b11e-4794-8804-9c278129103b/Presentation/PublicationAttachment/9ae2cff0-d21e-4ffa-a10a-b566b791a298/al\\_na\\_modelintergovernmentalagreements\\_aug12.pdf](http://www.bakermckenzie.com/files/Publication/033e91ef-b11e-4794-8804-9c278129103b/Presentation/PublicationAttachment/9ae2cff0-d21e-4ffa-a10a-b566b791a298/al_na_modelintergovernmentalagreements_aug12.pdf).

ве САД-а и у том смислу из члана 6049 Пореског закона којим се од домаћих банака захтијева да податке о власницима и стањима њихових рачуна прослиједи страним партнерским институцијама.<sup>25</sup>

Трезор САД-а је недавно, новембра 2012. године објавио и Модел II међудржавних споразума (IGA), као допуну Модел I IGA, који ће земљама са законским препрекама омогућити да пруже информације САД-у о рачунима америчких држављана код страних финансијских институција.<sup>26</sup> Модел II IGA представља последњи корак који су САД учиниле у вези са усаглашавањем различитих националних законодавстава са FATCA-ом,<sup>27</sup> из 2010. године.<sup>28</sup> Јапан и Швајцарска су, за сада једине двије државе које су, у складу са Модел II IGA, закључиле билатерални споразум са САД-ом.<sup>29</sup> Дакле, Јапан и Швајцарска су се определијиле за нешто различити други облик споразума, тзв. Модел II IGA.<sup>30</sup> Овај Модел II представља мјешавину више различитих метода,

25 У Моделу II се предвиђа чак екстензивнија активност САД-а у правцу трансфера података земљи партнеру FATCA-а, а односи се на достављање пореског броја до 2017. године, депозита, не само прихода.

26 T. C. Lady, T. D. Presley, *нав. чланак*, стр. 13.

27 Министарство финансија САД-а је предложило Модел II IGA, чији текст се може наћи на: <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Model-2-Agreement-to-Implement-11-14-2012.pdf>.

28 Treasury's Model II Intergovernmental Agreement Reflects Evolution of FATCA, на: [http://www.bakermckenzie.com/files/Publication/f51e9ed0-420e-48c3-af68-35b11752bbb9/Presentation/PublicationAttachment/f3889651-b7c1-45a2-8b56-8474de11f8b3/al\\_na\\_treasurymodel2iga\\_jan13.pdf](http://www.bakermckenzie.com/files/Publication/f51e9ed0-420e-48c3-af68-35b11752bbb9/Presentation/PublicationAttachment/f3889651-b7c1-45a2-8b56-8474de11f8b3/al_na_treasurymodel2iga_jan13.pdf), 5.8.2013.

29 Министарство финансија САД данас води преговоре о закључењу међународног уговора са: Аргентином, Аустралијом, Белгијом, Кајманским острвима, Кипром, Естонијом, Мађарском, Израелом, Корејом, Лихтенштајном, Малезијом, Малтом, Новим Зеландом, Републиком Словачком, Сингапуром и Шведском. Бермудска острва, Бразил, Британска Дјевичанска острва, Чиле, Чешка, Гибралтар, Индија, Либан, Луксембург, Румунија, Русија, Сејшели, Сент Маартен, Словенија и Јужна Африка су државе са којима су, такође отпочели преговори у вези са закључивањем споразума.

30 У складу са Моделом I: Билатерални споразум између САД-а и Њемачке од 31.5.2013 на: <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Agreement-Germany-5-31-2013.pdf>, 8.8.2013; у складу са Моделом I: Билатерални споразум између САД-а и Шпаније од 14.5.2013. на: <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Agreement-Spain-5-14-2013.pdf>, 8.8.2013; у складу са Моделом I: Билатерални споразум између САД-а и Норвешке од 15.4.2013. на: <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Agreement-Norway-4-15-2013.pdf>, 8.8.2013; у складу са Моделом 2: Билатерални споразум између САД-а и Швајцарске од 14.2.2013. на: <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Agreement-Switzerland-2-14-2013.pdf>, 8.8.2013; у складу са Моделом 1: Билатерални споразум између САД-а и Ирске од 23.1.2013. на: <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Agreement-Ireland-1-23-2013.pdf>, 8.8.2013; у складу са Моделом 1: Билате-

односно директног извештавања надлежних финансијских институција Пореској управи САД-а, у ситуацији када се извјештава о рачуну америчког држављанина који је дао сагласност на извјештавање,<sup>31</sup> тако и у случају достављања информација о тзв. „непослушним“ власницима рачуна који се не желе подвргнути усвојеној регулативи.<sup>32</sup>

Суштински разлози за доношење Модел II IGA-е, се најбоље могу сагледати указујући на разлике између ова два модела.

- Док се Моделом I обезбеђује размјена података и информација између влада бавећи се санирањем/уклањањем забрана из националних закона о извјештавању Пореске управе САД-а од стране финансијских институција, Модел II се више односи на алтернативе постојећим рестрикцијама, генеришући правни оквир којим се омогућава извјештавање у складу са FATCA-ом упркос националним ограничењима. Наиме, Модел II тражи од државе у којој се налази финансијска институција да прихвати захтјеве дефинисане споразумом финансијске институције, а који се односе на процедуре *due diligence* у извјештавању и санкционисању усљед *неадекватној извјештавања*. Државе које су поступиле у складу са Модел I нијесу обавезане на овај вид поступања, осим у дијелу регистрације која се правно намеће Моделом II.
- Модел II прецизира начине и моделе извјештавања о рачунима америчких клијената о чијем извјештавању није дата сагласност Клијента. Ова проблематика није разматрана Моделом I.
- Модел II од FFI захтијева да финансијска институција извјештава директно Пореску управу САД-а, док је Модел I дозвољава да

---

рални споразум између САД-а и Мексика од 19.11.2012. на: <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Agreement-Mexico-11-19-2012.pdf>, 08.08.2013; у складу са Моделом I: Билатерални споразум између САД-а и Данске од 19.11.2012. на: <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Agreement-Denmark-11-19-2012.pdf>, 8.8.2013; у складу са Моделом I: Билатерални споразум између САД-а и Велике Британије од 12.9.2012. на: <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Agreement-UK-9-12-2012.pdf>, 8.8.2013; у складу са Моделом 2 Јапан је заједно са САД-ом закључио меморандум – дао заједничку изјаву са снагом билатералног споразума, чији текст се може наћи на: <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Statement-Japan-6-11-2013.pdf>.

31 Susan C. Morse, „Tax Compliance and Norm Formation Under High-Penalty Regimes“, *Conn. L. Rev.* бр. 44, стр. 4. Текст Модел 1 међународног споразума између владе САД-а и владе друге државе се може погледати на: <http://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Documents/reciprocal.pdf>, 9.8.2013. године.

32 Abraham W. Smith, „Tax Dodgers Beware: New Foreign Account Tax Compliance Legislation“, *Fla. Bar J.*, бр. 84, стр. 4.

национална пореска служба извјештава Пореску управу САД-а. Модел II укида ову могућност.

- Модел I и Модел II не захтијевају од FFI да принудно задрже новац на рачунима клијената који нијесу испоштовали предвиђене мјере. Ипак, Модел II предвиђа да уколико информације о рачуну нијесу прослијеђене Пореској управи на изричит захтјев у року од 6 мјесеци, онда је задржавање новца оправдана мјера.
- За разлику од Модела I, Модел II нема реципроцитетну верзију којом су се установљавале једнаке обавезе и за владу САД-а. Ипак, Модел II садржи одредбу којом се исказује намјера САД-а да преговара о својим реципроцитетним обавезама.

Важно је указати да однос у примјени одредаба Модела I и Модела II није сасвим регулисан, нарочито не онда када билатерални споразум не регулише неко од актуелних питања.

Данас Сједињене Америчке Државе преговарају са више од 80 земаља свијета о обезбјеђивању екстратериторијалног дејства FATCA-е. И док је дио њих кроз писма намјере исказао иницијативу са усвајање и имплементирање рјешења FATCA-е кроз закључивање билатералних споразума, као што је случај са Канадом, дио њих експлицитно одбија подвргање овом режиму. На примјер, Кина и Хонг Конг још увијек нијесу изразили интересовање у вези са регулисањем овог питања.<sup>33</sup> Напротив, кинески званичници истрају у ставу да њихова национална регулатива у области банкарства и пореза не дозвољава усвајање рјешења FATCA-е, односно закључивање споразума.

## 1. Садржина и структура споразума

Са циљем сужавања простора и намјере потенцијалних партнера FATCA-е да самостално конципирају, а онда и драфтирају различите и неусаглашене споразуме о размјени података о банкарским рачунима држављана партнерских држава, двије године након усвајања FATCA-е, Министарство финансија САД-а је понудило униформна рјешења свим партнерима.

Сваки од закључених девет билатералних споразума има приближно једнообразну структуру независно од тога да ли је донешен сходно Моделу I или II IGA-е, а иста подразумјева сљедеће цјелине: пре-

33 Emily Wang, „The Opaque Future of Tax Information Sharing Between the United States and China: An Analysis of Bank Secrecy Laws and the Likelihood of Entrance into a Tax Information Exchange Agreement”, 35 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 411, стр. 5. Такође погледати: <http://business.inquirer.net/121123/complying-with-us-foreign-account-tax-compliance-act-is-it-worth-the-pain>, 13.8.2013.

амбула, дефиниције, обавезе извјештавања и размјене информација, примјена правила од стране FATCA партнерске финансијске институције, верификација, узајамно обавезивања на унапређење размјене и прослијеђивања информација САД-у, обавезе FATCA – партнерске институције, и завршне одредбе.<sup>34</sup> Како је, ради обезбјеђивања правне сигурности и извјесности, садржина и структура закључених међувладиних споразума одређена САД IGA-Моделима закона, сваки од њих након утврђивања страна уговорница прецизира и дефиниције свих термина релевантних за уређивање ове материје. Но ипак постоји једна спорна ситуација, превиђена од стране писца Модела. Наиме, у свим закљученим споразумима пише „да ће сваки израз који није дефинисан овим текстом имати значење које је имао у *то вријеме*... према важећим пореским законима земље примјене споразума“. Поставља се питање које је вријеме на које се реферише у одређивању значење термина, односно у зависности од тога, да ли се подразумијева значење израза из времена прије или након потписивања споразума у складу са IGA-ом.

У преамбули сваког од закључених билатералних споразума се саопштава и носећи предуслов за закључење овог међувладиних ин-струмената, а исти се односи на обавезу претходно преузету *Уговором о избјегавању двострукој ојорезивања* између двије државе.

## V Закључна разматрања: алтернативна рјешења

Пред финансијске институције стављен је тежак избор: кршити локалне законе, *ius cogens*, или трпјети значајне финансијске санкције због непоштовања прописа који, *sensu stricto*, није обавезујући на локалном нивоу. Како направити овај избор, питање је које захтијева правну, али и политичко-економску анализу.

Једно од суштинских питања које се намеће приликом сваке дискусије о FATCA усклађености је проналажење алтернативних рјешења, односно успостављање модела пословања којим би се испоштовале обавезе FATCA извјештавања, док би се истовремено минимизирала потенцијална колизија са локалном регулативом.

Најприје, финансијске институције се могу одлучити за крајње радикалан приступ: одбијање пословања са свим лицима за која постоје индиције да могу бити амерички порески обавезници. На овај начин, финансијска институција не би била релевантна за FATCA извјештавања, те не би трпјела финансијске санкције на америчком

34 Више о структури видјети на: <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Model-2-Agreement-to-Implement-11-14-2012.pdf>, 10.8.2013.



тржишту. Иако оваква пословна политика може звучати дискриминаторно, не постоји проблем усклађености са локалном регулативом – Закон о банкама не одређује ближе услове који морају бити испуњени да би банка одбила сарадњу са клијентом, што значи да је у питању чисто пословна одлука, која, у недостатку императивних норми у овом случају, може бити ограничена само јавним поретком и добрим пословним обичајима. У том смислу, вриједи нагласити да већина финансијских институција у објављеним општим условима пословања нарочито наглашава задржавање права на процјену и одабир клијената, одредбама попут: „*Банка има право на слободан избор клијената, односно слободно одлучује да ли ће савујити и условни однос са клијентом.*“ Чињеница да лица за која постоје индиције да могу бити амерички порески обавезници нијесу нужно америчке националности, додатно упућује на то да таква пословна пракса не представља кажњиву повреду равноправности у смислу члана 159 Кривичног законика.

Нажалост, мане овог приступа су вишеструке. Најприје, може доћи до значајнијих финансијских посљедица: уколико финансијска институција редовно сарађује са лицима повезаним са Сједињеним Државама, прекидање даље сарадње свакако може имати негативан утицај на финансијски портфолио. Штавише, имајући у виду да су FATCA индикатори по којима се оцењује да ли је неко лице повезано са САД доста широко постављени (на примјер, укључују и постојање трајног налога према САД), потенцијални ефекти могу бити значајно далекосежнији од првобитно планираних. Друго, ма која пословна политика која има дискриминишући призвук, макар *ipso iure* не била дискриминишућа, са собом несумњиво носи извјесну количину репутационог ризика. Треће, иако ова пракса подразумијева смањење трошкова за имплементацију FATCA извјештавања, они нијесу потпуно елиминисани – постојеће KYC („*know your client*“) процедуре приликом „*on-boarding*“ процеса треба употпунити у дијелу FATCA релевантних питања, те сходно томе направити адекватне измјене у централном информационом систему финансијске институције, као и спровести адекватне обуке запослених. Ипак, с обзиром да службе за спрјечавање прања новца и финансирања тероризма већ спроводе KYC процедуре, дио трошкова имплементације се може смањити кроз њихово додатно ангажовање на FATCA пословима. Коначно, овим приступом се не нуди одговор на питање како затворити рачуне постојећим FATCA-релевантним клијентима, односно клијентима који накнадно постану FATCA-релевантни, имајући у виду раније поменути Одлуку Централне банке Црне Горе о структури рачуна за извршавање трансфера средстава и ближим условима и начину отварања и укидања тих рачуна. Стога се оно препоручује само као крајња мјера.

Друго алтернативно рјешење огледа се у укључивању стандардизованих клаузула у свим уговорима о отварању рачуна, односно у општим условима пословања, којима би се дала *ex ante* сагласност клијента за FATCA извјештавање и за затварање рачуна у случају недостављања потребне документације. На овај начин, извјештавањем се не би кршиле одредбе о чувању банкарске тајне садржане у Закону о банкама, нити би рачун био затворен у супротности са подзаконском регулативом.

Иако генерално прихватљиво, ни ово рјешење није без мана. Најприје, није сасвим јасно да ли би судови благонаклоно гледали на давање „бланко“ сагласности за достављање личних података трећим лицима, посебно унапријед, док обим тих података није јасан; нарочито у контексту несразмјерне моћи уговорних страна. Исто важи и за давање *ex ante* сагласности за затварање рачуна. Уједно, бројне су препреке у имплементацији овог рјешења: увођење нових клаузула у уговоре би захтијевало да сви постојећи клијенти потпишу анексе уговора, што захтијева велику количину ресурса, те оставља отворено питање поступања у случају клијентовог одбијања да сарађује.

Треће рјешење подразумијева увођење економских дестимуланса за клијенте који одбију да сарађују, а не желе да дају сагласност за затварање рачуна. Каталогом тарифа и провизија могу се предвидјети изузетно високе накнаде за одржавање рачуна лицима која не доставе потребну документацију, као и високе цијене слања писама опомене. Иако би ово рјешење могло помоћи у томе да се некооперативни клијенти „натјерају“ да затворе рачуне, судови би извјесно врло неблагонаклоно гледали на употребу својеврсне економске принуде како би се клијенти одрекли права која по националном законодавству имају. Уједно, овај приступ не прави диференцијацију међу категоријама некооперативних клијената, па се може десити да клијенту који због обичног превида није доставио дио документације буду наплаћене астрономске таксе. Репутациони ризик који ова пракса носи је изразито висок, имајући у виду да клијенти врло често приговарају и на минималне износе за одржавање рачуна (у принципу, испод једног еура).

Четврто рјешење је примјенљиво за финансијске институције које су дио међународне пословне групе: клијенти за које постоје индиције да су повезани са Сједињеним Државама могу се пребацити корпоративном сједишту, или некој од чланица банкарске групе чије је сједиште у земљи која има потписан Модел I или II IGA споразум. Међутим, ограничавајући фактори далеко превазилазе сврсисходност овог рјешења: повезано друштво би морало прибавити сву неопходну документацију у складу са Законом о банкама и регистровати се за обављање дјелатности у Црној Гори, чиме се аутоматски ограничавају

ефекти преузимања клијента. Треба имати у виду и практичне лимите – клијент би у овом сценарију заправо био клијент стране финансијске институције, те би му доступност инфраструктуре и понуде локалне институције била ограничена.

Пето алтернативно рјешење се ослања на четврто – умјесто пребацивања клијената другим чланицама пословне групе, локална финансијска институција може задржати клијенте, али њихове податке достављати другим чланицама групе, које би даље извјештавале IRS-у. Предност овог рјешења је што је већ устаљена пракса да чланице пословне групе међусобно дијеле податке о клијентима, као и то што су овакве одредбе већ стандардан дио општих аката локалних финансијских институција. Међутим, иако скида терет одговорности за откривање банкарске тајне са локалне финансијске институције, ова пракса излаже одговорности повезано друштво које достави податке IRS-у; штавише, како неке земље имају строжија правила о чувању банкарске тајне од црногорских, на овај начин се потенцијално може причинити додатна штета.

Очигледно ја да нити једно од поменутих рјешења не може адекватно одговорити на све изазове које носи усклађивање пословања са FATCA регулативом. Међутим, имајући у виду да је њихов крајњи циљ ублажавање, а не потпуна елиминација потенцијалних штетних посљедица, финансијске институције могу комбиновати наведена рјешења на начин најприкладнији њиховим пословним потребама. Као и увијек, цјелина је већа од збира појединачних дјелова – па тако и комбиновање неколико описаних модела пословања може довести до тога да се ризик усклађености сведе на крајње прихватљиву мјеру. Због тога, нема универзалног одговора, нити приступа који би се могао шаблонски примјенити на велики број FFI. Међутим, стандардном методологијом праћења ризика усклађености, могуће је доћи до индикатора који могу указати на оптималан правац дјеловања за сваку финансијску институцију понаособ.

**Aneta SPAIĆ, PhD**

Assistant Professor at the Faculty of Law, University of Montenegro

**Mag. Miloš NOVOVIĆ**

PhD Student, University of Oslo, Institutt for privatrett

## TAXES: EUROPEAN BANKS IN PROTECTION OF AMERICAN INTERESTS

### Summary

*The latest move of the United States in fighting the international tax evasion calls for close scrutiny. Foreign Account Tax Compliance Act, FATCA, July 2010, provides that the American taxpayers have to provide detailed information about their foreign accounts to the Internal Revenue Service, IRS. More controversially, foreign financial institution, FFI, must report to the IRS about relevant U.S. accounts or suffer significant financial penalties in the United States. Even in the event that local laws on bank secrecy and personal data protection do not allow for reporting to the IRS, and no bilateral agreement exists, FATCA still requires an FFI to seek the consent of the client and proceed with reporting, or to otherwise close the client's account. Thus, financial institutions worldwide are presented with an impossible choice: break the local laws, or pay heavy financial fines in the US. This article examines the effect of FATCA on regulatory compliance of FFI operations, with a case study on Montenegrin banking sector. It identifies key compliance risk areas, and critically reviews the practice of using economic (dis)incentives for compelling citizens and companies to give up their right to privacy. Finally, it offers several alternative models for implementing key FATCA provisions while minimizing the collision with local legislation.*

**Key words:** tax evasion, Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA), bank secrecy, compliance, extraterritorial application of the law.

УДК 341.241.8 ; 339.5.025.7 ; 339.727.22:341.6(497.11)

**Урош ЖИВКОВИЋ, М.А.**

асистент Правног факултета Универзитета у Београду

## **ПРОБЛЕМ ТУМАЧЕЊА КЛАУЗУЛЕ НАЈПОВЛАШЋЕНИЈЕ НАЦИЈЕ У ПРАВУ СТРАНИХ УЛАГАЊА И ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ**

### **Резиме**

*Аутор у овом раду анализира проблеме који настају у тумачењу дејства клаузуле најповлашћеније нације из двостраних споразума о подстицању и заштити страних директних улагања у случајевима у којима инвеститор, страни улагач, захтева да на основу примене најповољнијег третмана користи механизам за решавање спорова који је доступан улагачима из треће државе. Ово питање посебно је анализирано у светлу доступне праксе међународних инвестиционих арбитража са циљем да се прецизно идентификују основи стандарда тумачења и препознају остали проблеми који се могу јавити у будућности, посебно у споровима који могу проистећи из двостраних споразума о заштити страних директних улагања које је ратификовала Србија. У завршним разматрањима, аутор даје препоруке које, имајући у виду стање билатералних односа у материји страних улагања, треба да послуже као идеја даље развоја арбитраже закључења нових и измене postojećih БИТ-ова, а у циљу стварања предвидљиве улагачке климе у праву Републике Србије.*

**Кључне речи:** *заштита страних улагања, проширење клаузуле најповлашћеније нације, тумачење међународних уговора, БИТ, Maffezini случај, инвестициона арбитража.*

## I Уводна разматрања

Државе имају врло јасан економски интерес да национални третман страних улагања представе као уједначен и избалансиран систем заштите који страним улагачима даје могућност да у оквирима привреде која је у развоју остваре све аспекте свог улагачког подухвата. Са друге стране, страни улагач је заинтересован да ризикује са инвестирањем у непотпуно развијену привреду како би остварио додатни профит који иначе не би могао да стекне улагањем у оквирима сопствене државе. На први поглед, ове две позиције изгледају комплементарно. Међутим, разлика између онога што је *обећано* и *очекивано* са једне стране и онога што је *моћуће* и *добито* у оквиру једног међународног улагачког подухвата са друге, најчешћи је повод за спор између страног улагача и државе пријемнице улагања. Стога, интереси државе пријемнице улагања и страног улагача су суштински сличнији магнетима истог пола – када се исувише приближе, одбијају се.

На који начин ће последице дејства ове одбијајуће силе која делује између интереса страног улагача и државе пријемнице улагања бити ублажене, одређују стандарди заштите страних улагања који су уговорени између државе пријемнице улагања и државе чију припадност има страни улагач. За разлику од гаранција које су чисто облигационе природе (као део уговора који је закључен између страног улагача и државе пријемнице улагања и на чије се тумачење примењује унутрашње, национално право), стандарди заштите део су међународног билатералног споразума који је закључен између државе пријемнице страног улагања и државе порекла страног улагача. Као инструмент међународног јавног права, двострани споразум о заштити и подстицању страних директних улагања (енгл. *Bilateral Investment Treaty*, у даљем тексту: БИТ<sup>1</sup>) представља плод договора две суверене државе, предмет је тумачења кодификованог и обичајног међународног права и поставља границе које државе нарушавају са више уздржаности у поређењу са онима које намеће национално, унутрашње право.

Међу стандардима заштите страних улагања који се могу наћи у највећем броју закључених БИТ-ова,<sup>2</sup> издваја се неколико, сада већ традиционалних клаузула: забрана експропријације, национализације

1 Због широке прихваћености скраћенице „БИТ“ у упоредном праву – иако је несвојствена духу српског језика – а посебно како би се избегле евентуалне недоследности у терминологији, наведена скраћеница биће коришћена у току даљег излагања да универзално значи двостране споразуме о заштити и подстицању страних директних улагања.

2 Вид. општу дефиницију и садржај БИТ-а према Конференцији Уједињених нација о трговини и развоју (UNCTAD), доступно на адреси: [http://www.unctadxi.org/templates/Page\\_\\_\\_\\_\\_1006.aspx](http://www.unctadxi.org/templates/Page_____1006.aspx), 24. јун 2013. године; тако и Stephan W. Schill,

и других мера са истим или сличним ефектом, слобода репатријације остварене добити, стабилизациона клаузула,<sup>3</sup> „кишобран“ клаузула (енгл. *umbrella clause*),<sup>4</sup> механизам за активирање дипломатске заштите, механизам за решавање спорова (тзв. „дијагонална клаузула“<sup>5</sup>), клаузула националног третмана и клаузула најповлашћеније нације. Повреда гарантованог стандарда заштите страних улагања најчешћи је основ за покретање поступка између страног улагача и државе, па такви спорови увек обухватају и питање тумачења неке од наведених клаузула и ефективни домашај њене примене у конкретном случају. Према статистици са краја 2008. године, тренутно је на снази више од 2.700 БИТ-ова,<sup>6</sup> а решавање спорова између страног улагача и државе пријемнице улагања у оквиру ових инструмената најчешће се поверава различитим облицима међународне инвестиционе арбитраже.<sup>7</sup> Стога, не чуди податак да су се и суштински спорна питања у тумачењу стандарда заштите страних улагања јавила управо у оквирима различитих инвестиционих арбитража, посебно у пракси Међународног центра за решавање инвестиционих спорова (енгл. *International Center for Settlement of Investment Disputes*, у даљем тексту: *ICSID*), према правилима Вашингтонске конвенције о

„Multilateralizing Investment Treaties through Most-Favored-Nation Clauses“, *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 27, Issue 2, 2009, стр. 498.

- 3 На један општи начин, стабилизациона клаузула може се дефинисати као „одредба којом се стечена права страног улагача чине имуним на промене законодавства државе пријемнице улагања до којих би могло да дође након што је улагачки подухват отпочео, односно након што је улагање уписано у одговарајући регистар“, вид. Марко Јовановић, „Осврт на стабилизациону клаузулу у Закону о јавном-приватном партнерству и концесијама“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2012, стр. 662.
- 4 „Кишобран“ клаузуле ефективно служе како би се потраживања страног улагача која су заснована на повреди уговора који је потписан са државом пријемницом улагања (и који често садржи засебну пророгациону или арбитражну клаузулу) подигла на ниво заштите коју пружа БИТ, односно како би страни улагач, под „кишобраном“ механизма за решавање спорова по БИТ-у, истакао сва потраживања која има према држави, без обзира на њихов правни основ. У том смислу вид. Anthony C. Sinclair, „The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection“, *Arbitration International*, Vol. 20, Issue 4, 2004, стр. 412.
- 5 Више о томе вид. Маја Станивуковић, „Арбитража између државе и улагача на основу двостраних споразума о заштити и унапређењу улагања“, у: *Зборник радова у сјомен њроф, гр Миограја Трајковића*, Београд, 2006, стр. 514-520; такође и Christoph Schreuer, *Consent to Arbitration*, Vienna, 2007, стр. 1-5.
- 6 United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Recent Developments in International Investment Agreements*, ПА Monitor No. 3, 2008, доступно на адреси: [http://archive.unctad.org/en/docs/webdiaeia20098\\_en.pdf](http://archive.unctad.org/en/docs/webdiaeia20098_en.pdf), 15. јун 2013. године; Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2008, стр. 2.
- 7 Вид. Christoph Schreuer, „Travelling the BIT Route of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road“, *The Journal of World Investment and Trade*, Geneva, 2004, стр. 231.

решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава из 1965. године (у даљем тексту: *ICSID* конвенција).

Фокусирајући се на тему рада и посматрајући случајеве из доступне праксе инвестиционих арбитража, тумачењем домашаја клаузуле најповлашћеније нације као „класичног“ стандарда заштите страних улагања – све до краја XX века – није се наилазило на значајније проблеме. Међутим, почев од одлуке трибунала на приговор ненадлежности арбитраже у случају Мафезини (енгл. *Maffezini*)<sup>8</sup> 2000. године, обим и значење клаузуле најповлашћеније нације задаје проблеме и практичарима и теоретичарима и представља основ за многа разилажења у савременој правној доктрини. Како је ово питање предмет врло плодних научних дискусија већ више од деценије, на први поглед се може учинити да ова тема није у потпуности актуелна, те да је већ детаљно обрађена. Међутим, управо је разноврсност приступа развијених у пракси – од којих су одређена, врло креативна тумачења арбитражних трибунала угледала светлост дана у току 2011. и 2012. године – оправдање за континуирано интересовање научне јавности за ово проблематично питање и разлог због којег се аутор определио да ово питање сагледа и из позиције закључених БИТ-ова Републике Србије.

У том смислу, даље излагање у оквиру овог рада обухватиће на првом месту кратак историјски приказ настанка и развоја појма клаузуле најповлашћеније нације и постављање проблема тумачења (одељак II), затим приказ и анализу постојећих праваца у тумачењу који су развијени у пракси међународних инвестиционих арбитража (одељак III), опште карактеристике клаузула најповлашћеније нације у БИТ-овима које је закључила Република Србија и проблеме који могу настати у њиховом у тумачењу (одељак IV) и на крају синтезу са препорукама за будући приступ овом питању приликом измене постојећих и закључивања нових билатералних споразума о заштити и подстицању страних директних улагања (одељак V).

## II О клаузулама најповлашћеније нације

### 1. Појам, развој и дејство клаузуле најповлашћеније нације

У међународном праву страних улагања, клаузула најповлашћеније нације представља одредбу међународног уговора (двостраног или ви-

<sup>8</sup> Вид. Одлука трибунала на приговор о ненадлежности арбитраже *ICSID* центра у поступку *Emilio Augustin Maffezini v. The Kingdom of Spain*, Case no. ARB/97/7, доступно на адреси: [https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC565\\_En&caseId=C163](https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC565_En&caseId=C163), 22. јун 2013. године (даље у тексту и фуснотама: *Maffezini* случај).



шестраног) којом се земља пријемница улагања обавезује да страном улагачу призна сва она права, преимућства, повластице или олакшице које је учинила доступним или ће учинити доступним у будућности страним улагачима из неке треће земље.<sup>9</sup>

Историјски посматрано, иако се прве назнаке оваквог третмана могу наћи још у раном XII веку, уговори о пријатељству и трговини закључени међу државама у XVIII и XIX веку садржали су клаузуле најповлашћеније нације које су најсличније клаузулама из двостраних споразума о заштити и подстицању страних директних улагања данас.<sup>10</sup> Према наводима Конференције Уједињених нација о трговини и развоју, први пример клаузуле најповлашћеније нације остао је записан у правној историји у оквирима Споразума о трговинским односима са Фландријом који је енглески краљ са бургундским војводом потписао у Амијену 1417. године, и који је омогућио енглеским бродовима да користе фландријске луке на исти начин како је то било омогућено Французима, Холанђанима, Зеланђанима и Шкотима.<sup>11</sup> Примена клаузула најповлашћеније нације у контексту међународног права страних улагања први пут на значају добија у оквирима Хаванске повеље 1948. године, када су се земље чланице обавезале да посебну пажњу посвете питањима избегавања дискриминације међу страним улагачима из различитих земаља, што је имало за последицу да овакав третман свој пут пронађе до великог број закључених двостраних и вишестраних споразума који су се односили на страна улагања у другој половини XX века.<sup>12</sup>

Идеја блиске економске сарадње између земаља које су потписнице БИТ-а осликава се управо кроз стандард најповлашћеније нације, имајући у виду да је циљ овакве заштите страних улагања да се „обе-

9 Вид. дефиницију клаузуле најповлашћеније нације коју је предложила Комисија за међународно право Уједињених нација још давне 1978. године – Article 5 of the Draft Articles on Most-Favoured-Nation Clauses (ILC Draft), у: *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, Part Two, New York, 1978, стр. 21; Marie-France Houde, Fabrizio Pagani, „Most-Favored-Nation Treatment in International Investment Law“, у: *OECD International Investment Law: A Changing Landscape*, Paris, 2005, стр. 128–129; тако и у српској правној мисли, вид. Предраг Цветковић, *Међународно право страних инвестиција*, Београд, 2007, стр. 27.

10 Martín Molinuevo, „Post-establishment MFN and NT Obligations“, у: Martín Molinuevo (ed.), *Protecting Investment in Services: Investor-State Arbitration versus WTO Dispute Settlement*, Global Trade Law Series, Vol. 38, The Hague, 2011, стр. 93.

11 Вид. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), „Most-Favored-Nation Treatment“, *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements I*, New York, 1999 стр. 12–13, доступно на адреси: <http://unctad.org/en/docs/psiteiid10v3.en.pdf>, 14. август 2013. године.

12 Вид. M-F. Houde, F. Pagani, *нав. дело*, стр. 130.

збеди униформност и једнакост заштите коју пружа земља пријемница улагања и да се постигне балансирано остваривање конкуренције на тржишту.<sup>13</sup> Имајући у виду да се закони земље пријемнице улагања (посебно када је у питању привреда у развоју) мењају, предвидљивост остваривања профита на дужи рок и остваривање улагачког подухвата у целини зависи и од гаранција које земља пријемница улагања даје кроз БИТ заштиту. Клаузула најповлашћеније нације стога предвиђа неопходан механизам за уједначавање статуса различитих улагача у дужем периоду и спречава поремећаје који могу настати услед неједнаког третмана страних улагања која потичу из различитих држава. Основна идеја овог стандарда заштите лежи управо у изједначавању супстанцијалног (материјално-правног) третмана страних улагања на територији једне земље без обзира на порекло улагача, односно улагања. Овакво становиште потврђено је и у оквирима арбитражне праксе, где се као неспорно истиче да је „...сама суштина клаузуле најповлашћеније нације у оквиру БИТ-а да страним улагачима омогући сву материјално-правну заштиту коју успоставе накнадно закључени споразуми...“<sup>14</sup> То значи да третирању страних улагања, сваки пут када постоји оперативна клаузула најповлашћеније нације, земља пријемница улагања заправо приступа недискриминаторно,<sup>15</sup> док страни улагач има гаранцију да може искористити све материјално-правне привилегије или олакшице које су доступне другим улагачима из трећих држава.

Из претходног следи да је суштина клаузуле најповлашћеније нације да обезбеди уједначен третман страних улагања и заштиту улагача који потичу из различитих држава. Међутим, да ли је дејство клаузуле најповлашћеније нације ограничено само на могућност да се страни улагач из једне земље користи супстанцијалним стандардима заштите које предвиђа БИТ који је држава пријемница улагања закључила са неком трећом државом или се домен ове клаузуле проширује и на питања која превазилазе стандарде супстанцијалне заштите страних улагања а део су БИТ-а, поставило се као спорно у оквирима већ поменутог

13 Pia Acconci, „Most-Favored-Nation Treatment“, у: Peter Muchlinski, Federico Ortino, Christoph Schreuer (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, 2008, стр. 354.

14 Вид. Коначну одлуку у случају *Vladimir Berschader & Moïse Berschader v. The Russian Federation*, SCC Case no. 080/2004, параграф 179, доступно на: [http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0079\\_0.pdf](http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0079_0.pdf), 15. август 2013. године (даље у тексту и фуснотама: *Berschader* случај).

15 На линији гаранција да држава поступа недискриминаторно због дејства клаузуле најповлашћеније нације вид. United Nation Conference on Trade and Development (UNCTAD), „Most-Favored-Nation Treatment“, *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, Geneva, 2010, стр. 1, доступно на адреси: [http://unctad.org/en/Docs/diaeia20101\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/diaeia20101_en.pdf), 24. јул 2013. године.

случаја *Maffezini*. Које су све дилеме том приликом отворене и како се приступило давању одговора на ово питање представља саставни део следећих одељака рада.

## 2. Проширење дејства клаузуле најповлашћеније нације

Неспорно је да, у границама које поставља сам БИТ, страни улагач којем је гарантован третман најповлашћеније нације може захтевати привилегије које су посебним споразумом гарантоване за стране улагаче који долазе из неке треће државе – без обзира на то да ли су у питању царинске, економске или неке друге олакшице, привилегован третман у добијању административних дозвола, елиминација одређених ограничења које поставља унутрашње право земље пријемнице улагања или могућност додатне заштите кроз стандард који је усвојен у оквири-ма неког другог БИТ-а.

Са друге стране, оно што се као спорно јавило у пракси инвестиционих арбитража је на који начин одређене клаузуле најповлашћеније нације треба тумачити када страни улагач покушава да третман најповлашћеније нације прошири тако да он обухвати и механизам за решавање спорова или процесну повластицу која је предвиђена неким другим БИТ-ом? Да ли је оправдано дозволити проширење клаузуле најповлашћеније нације тако да се страни улагач може користити механизмом за решавање спорова који не постоји у њему доступној дијагоналној клаузули? Да ли се другачији механизам за решавање спорова који се налази у БИТ-у који је земља пријемница улагања потписала са трећом земљом уопште може посматрати као повлашћенији статус таквих страних улагача? Мишљења смо да постоје бар две ситуације у којима је одговор на претходно питање јасан и недвосмислен: прво, уколико сама клаузула најповлашћеније нације експлицитно предвиђа да домен њене примене обухвата (или искључује) и привилегије у избору механизма за решавање спорова;<sup>16</sup> и друго, када клаузула најповлашћеније нације

16 Вид. члан 3 став 3 Модел БИТ-а из 2005. године (са изменама из 2006. године) Уједињеног краљевства Велике Британије и Северне Ирске који предвиђа да се стандард најповлашћеније нације експлицитно односи на чланове 1 до 12. Модел БИТ-а, који укључују и механизам за решавање спорова путем међународне инвестиционе арбитраже – 2005 (with 2006 Amendments) Draft Agreement Between The Government of The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and The Government of [Country] for The Promotion and Protection of Investments, Appendix 10, стр. 561, доступно на адреси: [http://ebooks.narotama.ac.id/files//The%20International%20Law%20of%20Investment%20Claims/Appendix%2010%20%20United%20Kingdom%20Model%20BIT%20\(2005,%20with%202006%20amendments\).pdf](http://ebooks.narotama.ac.id/files//The%20International%20Law%20of%20Investment%20Claims/Appendix%2010%20%20United%20Kingdom%20Model%20BIT%20(2005,%20with%202006%20amendments).pdf), 21. јун 2013. године; супротно, Модел уговор Међународног института за одрживи развој у референци за члан 6(A)(a) наводи да се клаузула најповлашћеније нације *не односи* на механизме за

системом енумерације регулише домен своје примене а набрајање не обухвата механизам за решавање спорова.<sup>17</sup>

Остављајући наведене (неспорне) ситуације по страни, дивергентна пракса у тумачењу клаузула најповлашћеније нације развијала се у контексту случајева који су се заснивали на клаузули која је формулисана на општи начин и не предвиђа прецизно домен своје примене. Применом широког прихваћеног принципа *ejusdem generis*, односно да се клаузула најповлашћеније нације може користити како би привукла примену само оних права на која се и сама односи<sup>18</sup> – арбитражни трибунали стали су на становиште да прецизно језичко и циљно тумачење клаузуле представља неопходност у сваком конкретном случају како би се утврдило да ли је клаузула најповлашћеније нације може да буде проширена и на питања процесног механизма за решавање спора. Прецизније разграничење елемената у тумачењу о којима је неопходно водити рачуна саставни су део арбитражне праксе из претходне деценије, почев од случаја *Maffezini*.

### III Тумачење клаузуле најповлашћеније нације

Одредбе међународног уговора који је потписан између две или више суверених држава тумаче се у складу са правилима која су кодификована Конвенцијом Уједињених нација о уговорном праву из 1969. године.<sup>19</sup> Примена правила Конвенције у пракси арбитражних трибунала приликом интерпретације одредби двостраних споразума о заштити и подстицању страних директних улагања у великом броју случајева се ослањала на постојећу (и често, ако не унификовану, онда бар конзистентну) праксу Међународног суда правде (односно Сталног суда међународне правде). Међутим, тумачење одредби БИТ-а увек се заснивало и на претходној пракси инвестиционих арбитража која је махом неуједначена и у одређеним питањима врло поларизована.

решавање спорова, већ само на супстанцијалне стандарде заштите. Вид. Howard Mann, Konrad von Moltke, Luke Eric Petersen, Aaron Cosbey, *IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development: Negotiators' Handbook*, Winnipeg, 2006, стр. 14–15.

17 Вид. Emmanuel Gaillard, „Establishing Jurisdiction Through a Most-Favored-Nation Clause“, *New York Law Journal*, Vol. 233, No. 105, 2005, стр. 3.

18 Вид. Stephen Fietta, „Most Favored Nation Treatment and Dispute Resolution under Bilateral Investment Treaties: A Turning Point?“, *International Arbitration Law Review*, No. 4/2005, стр. 132.

19 Вид. чл. 1, 31–33. Бечке конвенције о уговорном праву – Уредба о ратификацији Бечке конвенције о уговорном праву (*Службени лист СФРЈ – Међународни уговори и споразуми*, бр. 30/72).

Разлоге за ова разилажења у тумачењу, према речима професора Оркелашвилија (енгл. *Orakhelashvili*), треба тражити како у убрзаном умножавању ових међународних инструмената (преко 2.700 закључених БИТ-ова), тако и у бројним арбитражним одлукама за које није предвиђена конзистентна инстанциона контрола (која би за циљ имао управо уједначавање праксе у тумачењу).<sup>20</sup> Штавише, одређени број арбитражних одлука остао је ван домашаја јавности и коментатора – из разлога поверљивости поступка пред арбитражом – па би било немогуће тврдити да доступна пракса објективно осликава опште смернице у тумачењу одредби БИТ-а. Пратећи овај дивергентни тренд, ни стандарди у тумачењу клаузуле најповлашћеније нације у оквирима постојеће праксе инвестиционих трибунала не одударају од поларизованог приступа.

## 1. Стандард тумачења из случаја *Maffezini*

Тужилац, аргентински држављанин Емилио А. Мафезини, покренуо је поступак за заштиту својих права као страног улагача против Шпаније, пред арбитражним трибуналом *ICSID* центра, по одредбама БИТ-а који је био закључен између Аргентине и Шпаније. Аргентинско-шпански БИТ, поред третмана најповлашћеније нације, предвиђао је и обавезу страног улагача да пре иницирања поступка међународне инвестиционе арбитраже, спор води пред надлежним националним судом, па само уколико би се тај поступак окончао одлуком суда која суштински не би одлучила о проблему или уколико поступак не би био окончан у периоду од 18 месеци, страни улагач имао је могућност да захтева решавање спора путем арбитраже. Оваква процесна препрека није била саставни део неких других БИТ-ова које је Шпанија, као држава пријемница улагања, закључила са трећим државама (укључујући и БИТ са Чилеом), и управо је у тој чињеници Мафезини увидео прилику да изнесе тврдњу како страни улагачи (конкретно из Чилеа) уживају више права од аргентинских улагача којима је третман најповлашћеније нације изричито загарантован. Клаузула најповлашћеније нације из Аргентинско-шпанског БИТ-а на којој се заснивао процесни захтев правних заступника тужиоца предвиђала је:

*„У поједу свих ствари које чине део овог Уговора, свака Страна уговорница ће обезбедити третман који неће бити мање повољан*

20 Вид. коментар проф. Оркелашвилија (Alexander Orakhelashvili) на публикацију Kenneth J. Vandervelde, „Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation“, Oxford, 2010, у: *British Yearbook of International Law*, Vol. 81, Issue 1, 2010, стр. 328.

*од оној који се јуржу улаћанима улаћача било које шреће држа ве.*<sup>21</sup>

У давању одговора на питање да ли је – имајући у виду шта предвиђа клаузула најповлашћеније нације – оправдана тврдња тужиоца и страни улагачи заиста уживају више права од аргентинских улагача, арбитражни трибунал у *Maffezini* случају је, постављајући преседан у дотадашњој пракси, закључио како следи:

*„Уколико уговор који је закључен са шрећом сшраном садржи одредбе о решавању сшорова које су шовољније од оних садржаних у основном БИТ-у, шакве одредбе моју се шрошириши у својој шримени и на корисника клаузуле најшовлашћеније нације, имајући у виду да је шакво шумачење у шошшуности у складу са ејусдет генерис шринцијом.*“<sup>22</sup>

Имајући у виду да је по среди тумачење клаузуле коју су преговарале и састављале суверене државе приликом закључења БИТ-а, суштина тумачења клаузуле налази се у утврђивању воље страна уговорница и давању одговора на питање: да ли су стране уговорнице имале намеру да кроз формулисање клаузуле најповлашћеније нације на одређени начин обухвате њоме и питања решавања спорова између страног улагача и државе пријемнице улагања. У конкретном случају, *Maffezini* трибунал утврдио је да је формулација клаузуле довољно општа да се до таквог закључка може доћи, односно да су државе које су закључиле БИТ имале намеру да се клаузула најповлашћеније нације тумачи на овај начин. Међутим, арбитражни трибунал је том приликом истакао још једну битну ствар:

*„Јасно је да је, у сваком случају, нешходно најравниши разлику између леишшних очекивања шроширења одређених шрава и шривилеија кроз дејшшво клаузуле са једне сшране од шроизвољнои избора механизма из БИТ-а који ремеше и сшварају разор у шосшизању начелних циљева ших одредби међународнои ушвора, са груе сшране.*“<sup>23</sup>

Како би се у потпуности разумео претходно наведени пасус из *Maffezini* одлуке, неопходно је направити два разграничења: прво, иако је арбитражни трибунал својом одлуком о приговору ненадлежности поставио преседан у дотадашњој пракси тумачења, закључци који су у образложењу одлуке изнети нераздвојиви су од конкретне формулације

21 *Maffezini* случај, параграф 38.

22 *Maffezini* случај, параграф 56.

23 *Maffezini* случај, параграф 63.

клаузуле најповлашћеније нације из Аргентинско-шпанског БИТ-а; и друго, трибунал се побринуо да поред разлога који иду у корист оваквог креативног тумачења клаузуле најповлашћеније нације изнесе и могућа ограничења која се могу јавити у оквиру неког будућег инвестиционог спора. Равнотежа у тумачењу постиже се управо адекватном анализом и проценом свих релеватних околности сваког појединачног случаја, која нужно мора обухватити и испитивање евентуалних ограничења које су земље потписице БИТ-а предвиделе у оквиру споразума а које потичу из домена јавног поретка (и која стога не би могла бити занемарена екстензивнијим тумачењем клаузуле најповлашћеније нације).<sup>24</sup>

Пратећи ову логику, на важности ограничења у тумачењу клаузуле најповлашћеније нације инсистирали су и правни заступници Аргентине у случају *Siemens*,<sup>25</sup> када је тужилац захтевао да се применом клаузуле најповлашћеније нације из Аргентинско-немачког БИТ-а превазиђе иста процесна препрека која се поставила као спорна у случају *Maffezini*. Аргентински заступници покушали су да неопходност вођења претходног судског поступка у трајању од 18 месеци представе као ограничење које би било препрека екстензивном тумачењу клаузуле најповлашћеније нације, међутим арбитражни трибунал је овај приговор одбио<sup>26</sup> и донео одлуку која је процесно, како у образложењу тако и у дејству, у потпуности осликавала ставове *Maffezini* трибунала. На крилима овакве праксе, и у врло сличним чињеничним околностима, арбитражни трибунал у случају *Gas Natural*,<sup>27</sup> посебно је истако да „...разуме како питање примене опште клаузуле најповлашћеније нације

24 Трибунал наводи, између осталог, да уколико су земље потписнице предвиделе да је коришћење механизма за решавање спорова по БИТ-у условљено претходним исцрпљивањем свих ефективних правних лекова које предвиђа право земље пријемнице улагања (енгл. *exhaustion of local remedies*), таква препрека не би могла да се превазиђе екстензивним тумачењем клаузуле најповлашћеније нације имајући у виду да ово правило представља једно од основних начела међународног права. Вид. *Maffezini* случај, параграф 63.

25 Одлука о надлежности *ICSID* арбитражног трибунала у случају *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, Case No. ARB/02/8, доступно на адреси: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0788.pdf>, 15. август 2013. године (даље у тексту и фуснотама: *Siemens* случај).

26 Вид. *Siemens* случај, параграфи 104–105. Занимљиво је и то да је одлука о надлежности 28 месеци касније била потврђена у оквиру Коначне арбитражне одлуке у случају *Siemens*, где је арбитражни трибунал још једном истакао како у свему остаје при свом иницијалном ставу по питању тумачења клаузуле најповлашћеније нације. Вид. коначна одлука *ICSID* арбитражног трибунала у случају *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, Case No. ARB/02/8, параграф 68, доступно на адреси: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0790.pdf>, 16. август 2013. године.

27 Одлука о питањима надлежности *ICSID* арбитражног трибунала у случају *Gas Natural SDG, S.A. v. The Argentine Republic*, Case No. ARB/03/10, доступно на адреси:

на одредбе о решавању спорова у оквирима двостраних споразума о заштити и подстицању страних улагања није ослобођено сваке сумње и да различити арбитражни трибунали суочени са другачијим чињеничним основном могу доћи до другачијих закључака“ али да конкретан БИТ закључен између Шпаније и Аргентине, према својим одредбама и смислу, оквиром клаузуле најповлашћеније нације обухвата и одредбе које се односе на решавање спора између страног улагача и државе пријемнице улагања.<sup>28</sup> Указујући да је ширина и свеобухватност формулације клаузуле најповлашћеније нације пресудна у тачном одређивању њеног дејства, и арбитражни трибунал у случају *Gas Natural* испратио је путоказе у одлучивању коју је поставио *Maffezini* стандард.

Претходно описани случајеви из арбитражне праксе *ICSID* центра имају неколико битних, заједничких карактеристика: најпре, проширење дејства клаузуле најповлашћеније нације на одредбе о решавању спорова између страног улагача и државе пријемнице улагања ограничено је било на заобилажење временске, процесне препреке која се осликавала у обавези страног улагача да пре покретања поступка пред *ICSID* арбитражом покуша да спор реши пред националним судовима у трајању до 18 месеци; затим, одредбе клаузула најповлашћеније нације из спорних БИТ-ова биле су широко и опште формулисане чиме је и правдана њихова подобност за екстензивније тумачење; на крају, ни један од тужилаца у наведеним одлукама није покушао да путем клаузуле најповлашћеније нације искористи механизам за решавање спорова који му није био иницијално доступан у оквиру релевантне дијагоналне клаузуле, већ само да заобиђе препреку претходног покретања поступка пред националним судовима земље пријемнице улагања.

Издавање три наведене, заједничке карактеристике је неопходно како би се адекватно разумео проблем тумачења клаузуле најповлашћеније нације и због чега су одлуке у поступцима након *Maffezini* случаја у одређеним инстанцама одлучивале супротно стандардима које су подржали трибунали у случајевима *Siemens* и *Gas Natural*, што је и саставни део предстојећег одељка.

## 2. Критеријуми разилажења у доследној примени *Maffezini* стандарда

Касније одлуке *ICSID* арбитражних трибунала које су се бавиле истом проблематиком нису у потпуности напустиле логику *Maffezini*

---

<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0354.pdf>, 15. август 2013. године (даље у тексту и фуностама: *Gas Natural* случај).

28 *Gas Natural* случај, параграф 49.



случаја, али су у конкретним ситуацијама долазиле до драстично другачијих закључака. Примера ради, одлуке у случајевима *Salini*<sup>29</sup> и *Plama*<sup>30</sup> подржале су (у одређеној мери) ставове који су изнесени у образложењу арбитражне одлуке *Maffezini* случаја, али су дошле до закључка да у тим конкретним ситуацијама не би било оправдано проширити домен клаузуле најповлашћеније нације тако да обухвата и могућност коришћења процесних механизма за решавање спорова из других БИТ-ова којима је земља пријемница улагања приступила.<sup>31</sup>

Разлози арбитражних трибунала у наведеним случајевима се првенствено заснивају на другачијој чињеничној основи, али и на мало другачијем основном приступу у анализи овог проблема. Док је трибунал у *Salini* случају јасно навео да конкретна клаузула најповлашћеније нације не садржи довољно широку формулацију која би осигурала адекватно проширење исте на питања решавања спорова,<sup>32</sup> одлука о надлежности у случају *Plama* наводи да, осим у изузетним случајевима (као што је ситуација у *Maffezini* случају), клаузула најповлашћеније нације из једног БИТ-а начелно *не обухвата* целокупан механизам за решавање спорова из другог БИТ-а.<sup>33</sup> Разлоге за овакав став трибунал заснива на специфичности механизма за решавање спорова по једном двостраном споразуму који је замишљен и уговорен управо за решавање спорова који могу настати из примене стандарда заштите тог конкретног БИТ-а – па би било нелогично претпоставити да су земље уговорнице имале намеру да механизам из једног БИТ-а „прошире“ или „замене“ одредбама о решавању спорова из других међународних уговора које су састављене у потпуно другачијем контексту.<sup>34</sup> Овакав став био је и основ трибунала у случају *Plama* да одбије тужиочев захтев да се тумачењем клаузуле најповлашћеније нације уместо пред *ad hoc* арбитражом по Бугарско-кипарском БИТ-у поступак покрене пред арбитражом *ICSID* центра која је као механизам за решавање спорова била предвиђена другим БИТ-овима које је закључила Бугарска.<sup>35</sup>

29 Одлука о надлежности *ICSID* арбитражног трибунала у случају *Salini Costruttori S.p.A. & Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, Case no. ARB/02/13, доступно на адреси: [http://italaw.com/documents/salini-decision\\_000.pdf](http://italaw.com/documents/salini-decision_000.pdf), 20. јун 2013. године (даље у тексту и фуснотама: *Salini* случај).

30 Одлука о надлежности *ICSID* арбитражног трибунала у случају *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, Case no. ARB/03/24, доступно на адреси: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0669.pdf>, 20. јун 2013. године (даље у тексту и фуснотама: *Plama* случај).

31 Вид. *Salini* случај, параграфи 114–115 и 118–119; *Plama* случај, параграфи 205–210.

32 Вид. *Salini* случај, параграфи 118–119.

33 Вид. *Plama* случај, параграф 208.

34 Вид. *Plama* случај, параграф 207.

35 Вид. *Plama* случај, параграф 227.

Уколико упоредимо ставове арбитражних трибунала из случајева *Salini* и *Plama* са одлукама и ставовима које су заузели арбитражи у случајевима *Maffezini*, *Siemens* и *Gas Natural*, можемо закључити да се као спорна јављају два суштинска питања: да ли је језик клаузуле довољно широк и самим тим погодан за екстензивно тумачење и, уколико се може проширити, на шта се тачно клаузула односи када су у питању одредбе о решавању спорова из БИТ-ова закључених са трећим земљама. На ова питања, делимично дивергентне одговоре доноси и новија пракса инвестиционих арбитража из окриља *ICSID* центра, односно *ad hoc* арбитражних већа из 2011. и 2012. године (што је и саставни део предстојећег одељка у раду) – чиме је само потврђено да се питање тумачења клаузуле најповлашћеније нације није изобичајило у претходној деценији и да и даље ствара проблеме у пракси инвестиционих арбитража.

### 3. Ставови скорије праксе инвестиционих арбитража

Одлуке *ICSID* трибунала у случајевима *Impreglio*<sup>36</sup> и *Hochtief*<sup>37</sup> у 2011. години јасан су показатељ да питање тумачења клаузуле најповлашћеније нације у светлу стандарда које је поставио *Maffezini* случај још увек потпада под горућа питања међународног права страних улагања. Наиме, *Impreglio* трибунал (већинском одлуком, 2:1) закључио је да има надлежност да одлучује у конкретном случају имајући у виду да клаузула најповлашћеније нације обухвата и механизам за решавање спорова из другог БИТ-а. Овакав закључак заснован пре свега на језику саме клаузуле која у релевантном сегменту прецизира да „ће се третман најповлашћеније нације односити и...на сва друга питања која су предвиђена“ БИТ-ом, што по тумачењу трибунала из перспективе стандарда тумачења *Maffezini* логике оправдава проширење дејства саме клаузуле.

На сличним крилима донета је и одлука у случају *Hochtief*, иако је сама формулација клаузуле у овом случају била мање општа – међутим, овде је трибунал отишао корак даље наводећи да коришћење третмана најповлашћеније нације у покретању поступка арбитраже по при-

36 Одлука *ICSID* арбитражног трибунала у случају *Impreglio S.p.A. v. The Argentine Republic*, Case no. ARB/07/17, доступно на адреси: <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0418.pdf>, 20. јун 2013. године (даље у тексту и фуснотама: *Impreglio* случај).

37 Одлука о надлежности *ICSID* арбитражног трибунала у случају *Hochtief AG v. The Argentine Republic*, Case no. ARB/07/31, доступно на адреси: <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0405.pdf>, 21. јун 2013. године (даље у тексту и фуснотама: *Hochtief* случај).

вилегованим стандардима из другог БИТ-а, није посебно право страног улагача већ више питање прилагођеног тумачења клаузуле у конкретној ситуацији.

Са друге стране, обе одлуке донете су већином у трибуналу и обе одлуке пропраћене су издвојеним мишљењем арбитра који се није слагао са већинском одлуком да клаузулу најповлашћеније нације треба тумачити широко и користити је као основ за заснивање надлежности арбитраже. Већ почетак 2012. године доноси друкчију слику и одлука *UNCITRAL* арбитражног трибунала у случају *ICS Inspection*<sup>38</sup> једногласно одбија да прошири домен клаузуле најповлашћеније нације на питање коришћења повољнијег механизма за решавање спорова, подсећајући да је питање тумачења клаузуле нераскидиво везано за конкретан БИТ и специфичности сваког случаја и да разликовање у ставовима арбитражних трибунала у оквирима постојеће диверзификоване праксе није нужно последица суштинских неслагања већ потреба да се одлике сваког посебног случаја тумаче на посебан начин.

Колико је нама познато, тренутно нема активних инвестиционих арбитража у којима је Република Србија означена као тужена страна у оквиру којих се расправља питање домашаја клаузуле најповлашћеније нације у контексту механизма за решавање спора. Но, и поред тога, сматрамо да је нужно анализирати на који начин је Република Србија приступила питању формулисања клаузула најповлашћеније нације у закљученим БИТ-овима који су тренутно на снази како би се идентификовао постојећи тренд са једне, и дали предлози како треба поступати у будућим преговорима за закључење или измену постојећих БИТ-ова, са друге стране.

#### IV Модалитети клаузуле најповлашћеније нације у праву Републике Србије

Република Србија је закључно са априлом 2013. године ратификовала више од 50 двостраних споразума о заштити и подстицању страних директних улагања.<sup>39</sup> Када би било неопходно да се табеларно

38 Одлука о надлежности *UNCITRAL* арбитражног трибунала у случају *ICS Inspection and Control Services Limited v. The Argentine Republic*, PCA Case no. 2010–9, доступно на адреси: <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0416.pdf>, 23. јун 2013. године (даље у тексту и фуснотама: *ICS Inspection* случај).

39 Земље са којима постоји билатерални однос међусобне заштите и подстицања страних улагања су: Албанија, Алжир, Аустрија, Азербејџан, Белгијско-Луксембуршка Унија, Белорусија, БиХ, Бугарска, Чешка, Црна Гора, Данска, Египат, Финска, Француска, Гана, Гвинеја, Грчка, Холандија, Хрватска, Индија, Индонезија, Иран, Италија, Израел, Канада, Казахстан, Кина, Кипар, Кореја, Кувајт, Либија,

прикажу усвојене форме клаузуле најповлашћеније нације, таква приказ би нужно био непрегледан. Наиме, приликом састављања клаузуле која регулише третман најповлашћеније нације, Република Србија није се руководила јасним и прецизним принципима формулисања одредби међународних уговора, док са друге стране чак ни БИТ-ови који су закључени у приближно исто време (или у току исте године), не садрже сличне или исте одредбе у оквирима поменутог третмана.

Примера ради, БИТ који је закључен са Белорусијом још 1996. године,<sup>40</sup> предвиђа да се клаузула најповлашћеније нације изричито односи и на одредбе о механизмима за решавање спорова који могу настати између страног улагача и земље пријемнице улагања. Ову логику (имајући у виду да је за преговоре коришћен Модел БИТ Уједињеног краљевства Велике Британије и Северне Ирске) прати и БИТ из 2004. године који је Република Србија закључила са Великом Британијом.<sup>41</sup> Са друге стране, БИТ који је закључен са Бугарском 1996. године<sup>42</sup> садржи једну општу клаузулу третмана најповлашћеније нације, у оквиру које питање да ли се односи и на механизме за решавање спорова није експлицитно ни искључено ни предвиђено.

Уколико се у разматрање узму БИТ-ови који су закључени и ратификовани у последње три године, можемо уочити тенденцију да је концепт регулисања овог питања на изричит начин превагнуо, имајући у виду да БИТ-ови које смо закључили са Португалом 2010. године,<sup>43</sup> Азербејџаном у току 2011. године,<sup>44</sup> Казахстаном у току 2011.

Литванија, Мађарска, Македонија, Малта, Немачка, Нигерија, Пољска, Португал, Румунија, Русија, Словачка, Словенија, Шпанија, Швајцарска, Шведска, Турска, Уједињени Арапски Емирати, Украјина и Велика Британија. Ситуација која постоји са Уједињеним Америчким Државама је нејасна имајући у виду да типичан БИТ није закључен али да постоје билатерални односи који се, додуше само индиректно, тичу подстицања и заштите одређених облика страних улагања.

40 Закон о потврђивању споразума између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Белорусије о узајамном подстицању и заштити улагања (*Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 4/1996).

41 Закон о ратификацији споразума између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Уједињеног Краљевства Велике Британије и Северне Ирске о узајамном подстицању и заштити улагања (*Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 10/2004).

42 Закон о потврђивању споразума између Савезне владе Савезне Републике Југославије и Владе Бугарске о узајамном подстицању и заштити улагања (*Службени лист СРЈ – међународни уговори*, бр. 4/1996).

43 Закон о потврђивању споразума између Републике Србије и Републике Португал о узајамном подстицању и заштити улагања (*Сл. гласник РС – Међународни уговори*, бр. 1/2010).

44 Закон о потврђивању споразума између Владе Републике Србије и Владе Републике Азербејџан о узајамном подстицању и заштити улагања (*Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 8/2011).

године<sup>45</sup> и Уједињеним Арапским Емиратима 2013. године<sup>46</sup> могућност проширења дејства клаузуле најповлашћеније нације *експлицитно искључују*. Наравно, и у овом временском периоду може се уочити неконзистентност у јасном формулисању клаузуле најповлашћеније нације имајући у виду да је БИТ ратификован 2010. године, закључен са Владом Малте, остао недоречен по овом питању.

Међутим, највећи број других БИТ-ова које је Република Србија закључила и ратификовала *није* разјаснио ово питање у оквиру саме клаузуле најповлашћеније нације па се могућности за проблематично тумачење у оквиру неког будућег спора остале отворене уколико страни улагачи из тих држава буду иницирали поступке заштите путем механизма за решавање спорова из наведених клаузула. На овај начин, отварају се врата многоструким поступцима по дијагоналним клаузулама које нису део БИТ-а са земљом одакле потиче страни улагач и ефективно се заобилазе границе које су у билатералним односима са другим земљама постављене дипломатским преговорима.

Имајући у виду да је пракса међународних инвестиционих арбитража већ више од две деценије неуједначена, и да се клаузуле најповлашћеније нације чешће проширује како би се страном улагачу дао повољнији третман у виду могућности употребе механизма за решавање спора који је предвиђен неким другим БИТ-ом који је закључила земља пријемница улагања, одговоре на питања тумачења треба тражити пре свега у адекватној техници састављања билатералних споразума и продубљенијој припреми за преговоре који претходе потписивању БИТ-а. Нажалост, и поред бројних покушаја наших истакнутих стручњака да предложи Модел БИТ који би елиминисао многе проблеме који могу настати услед неадекватног формулисања стандарда заштите страних улагања (укључујући овде посебно и клаузулу најповлашћеније нације),<sup>47</sup> Република Србија до сада није званично усвојила Модел БИТ (за разлику од већине европских земаља) који би био златни стандард приликом преговора за закључење новог споразума или преговора око измене старих БИТ-ова који су закључени у раним 1980-им и 1990-им годинама. Јасно је да чак и усвојени полазни концепт

45 Закон о потврђивању споразума између Владе Републике Србије и Владе Републике Казахстан о узајамном подстицању и заштити улагања (*Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 3/2011).

46 Закон о потврђивању споразума између Републике Србије и Уједињених Арапских Емирата о узајамном подстицању и заштити улагања (*Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 3/2013).

47 Вид. посебно предложени Модел БИТ из 2007. године који је садржи клаузулу најповлашћеније нације у члану 3 став 4 која *изричито искључује* могућност примене овог третмана у вези са проширењем листе механизма за решавање спорова. Мaja Stanivuković, „National Report for Serbia – Annex III“ (2011) у: Jan Paulsson (ed), *International Handbook for Commercial Arbitration*, The Hague (first print 1984).

не представља гаранцију да ће и двострани уговор закључен са владом неке друге државе нужно осликавати све што је садржано у Модел БИТ-у, међутим, добро састављен модел увек доприноси квалитетнијим преговорима, умањујући могућности за неинформисано састављање одредби међународног уговора. Ово је посебно битно ако се у виду има чињеница да је највећи број страних улагања у Републици Србији покривен двостраним споразумом и заштитом клаузуле најповлашћеније нације.

## V Закључна разматрања

БИТ-ови су споразуми који нужно осликавају политичке и економске односе наше земље са земљама потписницама, па не чуди што се у одређеним ситуацијама приступило различитим формулацијама третмана страних улагања. Извесно је да унификована клаузула најповлашћеније нације има смисла једино као део Модел БИТ-а који би био полазна тачка у преговорима. Међутим, не постоји сумња да јасно формулисана одредба о третману најповлашћеније нације (инклузивна или искључујућа) решава више проблема него што их ствара, па је самим тим неопходно посматрати праксу модерних БИТ-ова који ово питање регулишу експлицитно, затварајући врата за креативно тумачење у оквирима могућег инвестиционог спора.

Поред наведеног, како је постојећа пракса веома диверзификована, тешко би било предвидети на који начин би арбитражни трибунали приступили у тумачењу одредби наших БИТ-ова које нису решиле питање сопственог домаћаја на изричит начин. У том смислу, аутор предлаже да се након усаглашавања, усвајања и објављивања националне верзије Модел БИТ-а, који би решио питање тумачења третмана најповлашћеније нације једноставном и јасном језичком формулацијом, одреде приоритети у реформулисању постојећих клаузула (у зависности од степена интересовања страних улагача са инвестирање у Републици Србији, повољних односа са земљом потписницом и других политичких фактора који су пресудни приликом дипломатских преговора) како би се у догледној будућности елиминисали потенцијални проблеми који се могу јавити у оквиру арбитражног спора између страног улагача и Републике Србије.

Свесни смо чињенице да је на овом плану већ било више (неуспешних) покушаја од стране правних експерата да прикажу важност адекватног формулисања одредаба БИТ-а, те да су суштинске и системске промене у овој области мање вероватне, и у сваком случају споре и неефикасне у кратком року. Међутим, то не искључује могућност да се на *ad hoc* основи, приликом закључења сваког новог или ревидирања већ постојећег БИТ-а ангажују стручњаци који би допринели формулисању

јаснијег и предвидљивијег оквира за остваривање права страних улагања на територији Републике Србије. На овај начин, иако би се иницијално потрошило више буџетских средстава за ангажовање стручњака, уштеда у потенцијалном спору у инвестиционој арбитражи могла би да се мери у милионима евра. Додатно, извесност у поступцима заштите страних улагања која се постиже адекватним формулисањем третмана заштите страних улагача, имала би позитиван ефекат не само за ситуације у којима ће спор настати, већ и у низу преговора страних улагача са државом када се иницијално разматра да ли ће страни капитал ући у токове националне привреде. Овим приступом се не постиже само ефикаснија заштита појединачних права страних улагача и очекивања државе пријемнице улагања, већ се ствара и повољнија клима за даље улагање, што опет директно, позитивно утиче на друштвени и економски развој државе пријемнице улагања.

**Uroš ŽIVKOVIĆ, M.A.**

**Junior Faculty Member at the Faculty of Law, University of Belgrade**

## **PROBLEMS WITH INTERPRETATION OF THE MOST FAVORED NATION CLAUSE IN FOREIGN DIRECT INVESTMENT LAW AND REPUBLIC OF SERBIA**

### **Summary**

*The author focuses on the analysis of issues arising in the context of interpretation of the most favored nation clause from bilateral investment treaties in cases where a foreign investor seeks application of a dispute resolution mechanism available to third-state investors under the MFN treatment standard. The spotlight of the paper is on the standards developed in practice of international investment arbitrations that dealt with this particular issue with the aim of identifying the interpretative stance and potential problems that might occur in the future, specifically with respect to BITs signed and ratified by the Republic of Serbia. In its concluding remarks, author outlines the risks of improper formulation of FDI protection standards while giving recommendation on potential steps that could be utilized in dealing with this troublesome issue in the processes of renegotiation of existing and conclusion of new BITs by the Serbian government.*

**Key words:** *FDI, extension of the MFN clause, interpretation of international treaties, Maffezini case, BIT, investment arbitration.*

УДК 340.134:351.712.2(4-672EU) ; 340.134:351.712.2(497.11) ;  
005.412:658.712

**Марија ВЕЛИЧКОВИЋ**

мастер права

заменик директора Агенције за јавне набавке – град Београд

## **ПОДСТИЦАЈ РАЗВОЈА ПРЕДУЗЕТНИКА, МИКРО, МАЛИХ И СРЕДЊИХ ПРАВНИХ ЛИЦА ПУТЕМ ЈАВНИХ НАБАВКИ У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ И РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ**

### **Резиме**

*Познајмо је да између развијеној сектору предузетничкива, микро, малих и средњих правних лица (даље у тексту: ММС) с једне стране и конкурентне националне привреде с друге стране постоји знак једнакости. Свесне чињенице да је овај сектор главни носилац економије, али и реалности, да упркос бројним субвенцијама, пореским олакшицама, смањењу великих таксених намења, овај сектор стајнира, многе су се земље у последње време окренуле вођењу политике јавних набавки на начин који ће подстаћи његов развој. Најори појединих држава праћени су сличним и значајним активностима на међудржавном нивоу, где се залања Европске уније истичу у први план. У овом раду аутор се бави јавним набавкама у улози генератора развоја сектора ММС, препрекама које стоје на њом путу, стању домаће, али и комунијарној равно-политичкој оквира по овом питању, постојећој пракси наручилаца. Аутор такође, у овом раду даје и препоруке за унапређење неких законских решења у овој области.*

**Кључне речи:** *јавне набавке, подстицај предузетника, микро, малих и средњих правних лица, развој националне привреде, Европска унија.*



## I Увод

Јавне набавке представљају термин усвојен за означавање куповине добара, услуга и радова, а од стране корисника буџетских средства. Једноставан назив могао би некога олако навести на погрешан закључак да се исто тако ради о једноставној области, која функционише по принципу: купујем-продајеш. Ипак, познаваоци ове материје, метафорички би казали да су јавне набавке изузетно моћно оружје, чија правилна употреба захтева изузетно познавање. Још даље, у области јавних набавки ни изузетно познавање неће бити довољно, ако права мета или мете нису препознате. Неретко се на јавне набавке посматра само као на куповину добара, услуга или радова новцем пореских обвезника у законском регулисаном поступку, а ради задовољења друштвених потреба. И заиста, куповина хране или лекова за болнице, изградња школа, путева и великих система служи задовољењу потреба крајњих корисника, али јавне набавке не смеју се посматрати једино са становишта задовољења краткорочних циљева, већ само и у једино у синергији ових са дугорочним.

Извршењем набавки држава директно утиче на приходе и трошење јавних средстава, а самим тим, и на укупне економске токове у једној земљи и шире.<sup>1</sup> Због тога и не чуди податак да државе широм света прибегавају реформисању постојећих система јавних набавки. Саме реформе попримиле су различите облике. Једне су се државе окренуле централизацији система јавних набавки, а ради остварења уштеда. Друге су се определиле за рестриктивнију политику саме јавне потрошње. Земље које су огрезле у корупцији, покушавају да се са истом изборе широком антиабузивном политиком и увођењем великог броја антикорупцијских и казних мера. Упркос томе и не занемарујући значај оваквих поступака, некако се чини да већи број њих заборавља чињеницу да политика јавних набавки не сме бити руковођена само питањима уштеде и смањене потрошње. Неспорна је потреба за економичним и рационалним поступањем, али у контексту задовољења друштвених потреба и националног развоја, политика јавних набавки не сме имати концепт Молијерове Тврдице. Потребно је уложити напоре за проналаском система јавних набавки који ће управо путем потрошње и у условима кризе довести до заустављања негативног економског тренда и учинити привреду конкурентнијом. Чаробни штапић не постоји, док препрека и изазова на том путу има много. Концепт политике јавних набавки може

1 Више о економским функцијама државе види: Khi Thai, „Public procurement re-examined”, *Journal of Public Procurement*, Volume 1, Issue 1, стр. 10, доступно на сајту: <http://www.ssrn.com/>, исто тако и у: Светислав Табороши, Татјана Јованић, *Економско право*, Правни Факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010.

бити постављен на начин да тежи остварењу различитих циљева: економских, социолошких, безбедносних, еколошких, итд. Примера ради, 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 циљева одрживог развоја, а пре свега утицати на свест шире јавности о значају еко-производа и услуга.<sup>2</sup> Ипак, како је економски циљ општеприхваћен, тако и концепт политике јавних набавки сваке земље треба бити постављен на начин да приоритетно тежи и омогући његову реализацију. Један од начина остварења економског циља је подстицање развоја ММС путем јавних набавки, будући да управо овај сектор представља носиоца развоја привреде једне земље.

## II Разлози који утичу на ангажовање ММС у јавним набавкама

ММС имају кључну улогу у генерисању нових радних места, повећању запослености на локалном нивоу и стварању одрживе привреде. Упркос томе, недавна истраживања показују да је учешће ММС на европском тржишту јавних набавки у великој диспропорцији са бројем ММС која постоје у ЕУ. ММС чине 99% од укупног броја свих компанија ЕУ, док се укупан поценат уговора о јавним набавкама које ММС компаније закључују, креће у распону од 58% и 61%.<sup>3</sup> Прокламовано је да циљеви политике ЕУ теже обезбеђивању транспарентности, ефикасности, стварању јединственог тржишта и једнаког третмана између великих правних лица и ММС.<sup>4</sup> Међутим, податак о учешћу ММС на тржишту јавних набавки у ЕУ не говори у прилог остварењу једнаког третмана између великих правних лица и ММС. Зашто је то тако и који су разлози коју утичу на ангажовање ММС на тржишту јавних набавки? *Grosso modo*, разлози који утичу на ангажовање ММС на тржишту јавних набавки могу се поделити на екстерне или објективне и интерне или субјективне. Интерни разлози везују се за сам субјекат, дакле за неку од категорија ММС. Разлози који не зависе од самог привредног

2 Гордана Гасми, Марија Костић, „Зелене набавке у Европској унији и њихова примена у Србији“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2013, стр. 466.

3 Податак се односи на трогодишњи период, од 2006. до 2008. године и обухвата уговоре о јавним набавкама изнад ЕУ прагова. Више о томе види: Emma McEvoy, Anthony Flynn, Paul Davis, „Are Tenders on your Radar? – Promoting SME participation in public contracts – Best Practice Guide“, 2013 (даље у фуснотама: Promoting SME participation in public contracts), доступно на: <http://www.procurement.ie/publications/are-tenders-your-radar-promoting-sme-participation-public-contracts>, стр. 13.

4 Promoting SME participation in public contracts, стр. 110.

субјекта, његовог капацитета, припадности одређеној категорији, већ се везују за неке спољне околности на које сам привредни субјекат не може да утиче, имају карактер екстерних или објективних разлога. У поређењу са интерним, ови други разлози у далеко већој мери утичу на могућност ангажовања ММС у јавним набавкама.

## 1. Екстерни разлози који утичу на ангажовање ММС у јавним набавкама

Да ли ће проценат учешћа ММС у јавним набавкама бити већи или мањи преваходно зависи од тога да ли у одређеном друштву постоји довољно развијена свест о значају и утицају ММС на развој привреде и последично да ли су прописи у земљи пријатељски наклоњени према овој категорији привредних субјеката или нису. Отуда у групу екстерних разлога, пре свих спадају прописи који регулишу област јавних набавки.

На нивоу ЕУ јавне набавке регулисане су директивама.<sup>5</sup> Оне се примењују само у случајевима великих јавних набавки које су вредности изнад релевантних ЕУ прагова (тзв. европске јавне набавке).<sup>6</sup> У тим

5 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. Више о Директиви 2004/18/ЕЗ види: Гордана Гасми, „Директива 2004/18/ЕС Европског парламента и Савета о усаглашавању процедура за доделу уговора о радовима, робама и услугама (2004/18/ЕС)“, *Евројско законодавство*, бр. 25–26, 2008, стр. 22–27; Directive 2004/17/EC of the European parliament and of the Council of 31 March 2004 coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors (даље у фуснотама: Директива 2004/17/ЕЗ); Directive 2009/81/EC of the European parliament and of the Council of 13 July 2009 on the coordination of procedures for the award of certain works contracts, supply contracts and service contracts by contracting authorities or entities in the fields of defence and security, and amending Directives 2004/17/EC and 2004/18/EC, *Official Journal of the European Union*, L 216/76, 20/08/2009; Council Directive of 21 December 1989 on the coordination of the laws, regulations and administrative provisions relating to the application of review procedures to the award of public supply and public works contracts (89/665/EEC), *Official Journal of the European Union*, L 395, 30/12/2009.

6 Вредносни прагови одређују се на период од две године. Тако је на пример за наредне две године (од 2012. до 2014. године) вредносна граница у класичном јавном сектору за владина тела и службе за набавке добара и услуга 130.000,00 евра, а за набавке радова 5.000.000,00 евра, док је вредносна граница у класичном јавном сектору за локалну самоуправу и регионе за набавку добара и услуга 200.000,00 евра, а за набавку радова такође 5.000.000,00 евра. За вредносне границе у области комуналног сектора и области одбране види: Commission Regulation (EU) No 1251/2011 of 30 November 2011 amending Directives 2004/17/EC, 2004/18/EC and 2009/81/EC of the European Parliament and of the Council in respect of their application thresholds for the procedures for the awards of contract.

случајевима, правила директива ЕУ су иста и подједнако обавезујућа за све државе чланице ЕУ. У погледу јавних набавки испод релевантних ЕУ прагова (тзв. јавне набавке мале вредности или националне јавне набавке), одредбе директива ЕУ за државе чланице нису обавезујуће. У тим случајевима поступање наручилаца држава чланица препуштено је регулисању националним правилима која се разликују од државе до државе. У погледу подстицања развоја ММС, директиве ЕУ не садрже нека значајнија правила. Као релевантне, истичу се одредбе које се односе на могућност поделе предмета на партије, ангажовање подуговарача и подношење понуде у групи понуђача уз могућност да се у тим случајевима услови за учешће у поступку јавне набавке могу испуњавати кумулативно. Поред тога, велике јавне набавке оглашавају се у Службеном листу ЕУ, тако да бивају доступне свим заинтересованим субјектима, па и ММС. У погледу националних правила, у контексту подстицаја развоја ММС путем јавних набавки, уочавају се значајне разлике, где се неке земље посебно истичу у напорима да наведене поступке уреди на начин да подстичу учешће ММС у јавним набавкама. Државе би се требале охрабривати на овакав корак посебно из разлога што су вредности ових јавних набавки, како и сам назив говори, мале, па су оне утолико погодније за ММС. Генерално, ММС у највећем броју случајева подносе понуду за мале и уговоре средњих вредности, из разлога што нису у могућности да испуне високе услове у погледу захтевног техничког и финансијског капацитета.<sup>7</sup>

Поред прописа, учешће ММС у јавним набавкама детерминисано је и околношћу да ли се купује централно или то није случај.<sup>8</sup> У тежњи за економичним поступањем и остварењем уштеда, многе земље напуштају децентрализован систем јавних набавки, обједињују потребе већег броја наручилаца и организују централну куповину добара и услуга.<sup>9</sup> Али, политичка воља да стимулише јавне набавке како би се систем оснажио кроз централне набавке може доћи у сукоб са жељеном политиком за стимулацијом сектора ММС, јер су обе по природи конфликтне односно колизионе.<sup>10</sup> Обзиром да су централизоване набавке

7 Promoting SME participation in public contracts, стр. 16.

8 Више о централизованим јавним набавкама види у: Katri Karjalainen, „Estimating the cost effects of purchasing centralization – Empirical evidence from framework agreements in the public sector“, *Journal of Purchasing & Supply Management*, no. 17/11, стр. 87–97 и Carpineti Laura, „Shall public entities be obliged or free to buy through a central procurement Agency? Some insights“, *Enhancing best practice in Public Procurement*, 3rd International Public Procurement conference proceedings, Amsterdam, August 2008.

9 Јавне набавке радова углавном су изузете из разлога њихове неподобности за централизованом куповином.

10 Vincent Campbell, „Is centralized procurement i.e. the establishment of the National Procurement Service (NPS) more beneficial to the public sector than decentralized

результат обједињавања потреба, то су захтевани обими и количине добра и услуга, по правилу већи, што негативно утиче на ММС. Централне јавне набавке су готово без изузетака велике јавне набавке које значе и велику вредност уговора, што *de facto* искључује могућност ММС за учествовањем. Наиме, у условима централизованог набављања, капацитети ММС нису такви да могу да покрију захтеве централног тела за јавне набавке. С тим у вези на земљама које се окрећу увођењу система централизоване куповине, јесте изазов и обавеза да посебну пажњу посвете проналаску начина који ће и у условима централизоване куповине подстаћи ангажовање ММС.

Такође, у групу екстерних разлога спада и понашање наручиоца односно лица која су запослена на пословима јавних набавки. Наиме, у одређеним случајевима и по одређеним питањима, прописи о јавним набавкама остављају наручиоцима простор за дискреционо одлучивање било уопште било у одабиру између више понуђених алтернатива. Вршећи ова своја овлашћења наручилац може утицати на учешће ММС у јавним набавкама на различите начине. Примера ради, онда када врши одабир поступка јавне набавке, када саставља конкурсну документацију и с тим у вези поставља услове за учешће у поступцима јавне набавке, када одређује начин доказивања услова, када врши одабир критеријума за доделу уговора, итд.

Тако, отвореност одређене јавне набавке за приступ ММС зависиће често од одабране врсте поступка.<sup>11</sup> Обзиром да су отворени и ре-стриктивни поступак јавне набавке најтранспарентнији, они су с аспекта ММС и најпогоднији. На другој страни налазе се сви остали поступци јавне набавке, где највеће негативне последице по учешће ММС има поступак конкурентног дијалога<sup>12</sup> и поступак јавне набавке мале вредности. Конкурентни дијалог,<sup>13</sup> представља најсложенији и најдуготрајнији поступак јавне набавке који се у пракси најчешће користи код великих инфраструктурних пројеката, изградње ИТ мрежа, јавно-приватних партнерстава, што су околности које захтевају ангажовање великих привредних субјеката који могу задовољити великим и сложеним захте-

procurement? The National Procurement Service – a case study“, Dublin City University Business School, Ireland, 2010, стр. 26.

11 Више о врстама поступка и њиховом међусобном односу види: Марија Величковић, *Водич кроз јреговарачки јосиуиак јавне набавке*, Службени гласник, 2012, стр. 47–67.

12 Члан 11, тачка 11, параграф 9 Директиве ЕУ 2004/18/ЕЗ.

13 Више о конкурентном дијалогу на нивоу ЕУ и у Великој Британији, где је његова примена и најчешћа види: Sue Arrowsmith, Steen Treumer, *Competitive Dialouge in EU Procurement*, Cambridge University Press, 2012 и Марија Величковић, „Конкурентни дијалог у јавним набавкама“, *Право и јривреда*, бр. 7–9/2013, стр. 528–529.

вима наручиоца. Поступак јавне набавке мале вредности је такође јако значајан из разлога што он подлеже националним правилима, тако да од државе до државе зависи да ли ће наведене поступке уредити на начин да подстиче учешће ММС у овим случајевима или неће.

Поред тога, наручилац може утицати на ангажовање ММС у јавним набавкама путем услова за учешће у поступку. Ови услови представљају језгро препрека ММС за добијање јавног уговора. Наиме, сви услови који се у конкурсној документацији одређују, а које понуђачи морају да испуне, деле се на обавезне и факултативне или додатне услове. Испуњеност обавезних услова се од понуђача захтева увек, без изузетака и они се прописима одређују таксативно.<sup>14</sup> У погледу додатних услова, наручилац, уколико оцени да је то потребно за конкретну јавну набавку може захтевати и испуњење додатних услова, свих или неких. Факултативни услови тичу се неких додатних захтева попут економског и финансијског стања понуђача, његовог техничког или пословног односно професионалног капацитета (претходно искуство или кадровска оспособљеност) и за разлику од обавезних они су набројани *example causa*.<sup>15</sup> Међутим, прописи о јавним набавкама користећи генералне клаузуле ипак ограничавају наручиоце приликом њиховог избора. Тако се директивама ЕУ одеђује да наручилац мора водити рачуна о томе да их одреди на начин да не дискриминишу понуђаче, да су пропорционални предмету уговора и да су јасни,<sup>16</sup> што се цени од случаја до случаја. Познато је да употреба генералних клаузула није препоручљива са становишта правне сигурности, али са становишта ангажовања ММС у јавним набавкама њихова употреба представља нарочито отежавајућу околност. Неписано је правило да код уговора већих вредности у условима дискреционог одлучивања, наручиоци занемарују принципе пропорционалности и забране дискриминације и углавном постављају строге услове у погледу захтеваних капацитета не базирајући се при томе на положај и могућности ММС. Тако се усталила пракса да се финансијско и економско стање обрачунава по формули оствареног прихода за претходне три године од објаве позива у износу од троструке процењене вредности јавне набавке, док се у погледу захтеваног кадровског капацитета поставља услов да понуђач поседује већи број запослених, чак и у оним случајевима када то реално није неопходно у мери за испуњење конкретног уговора. Обзиром да су пословни приход и број запослених

14 Члан 45 Директиве 2004/18/ЕС.

15 Члан 47 и 48 Директиве 2004/18/ЕЗ и члан 75 и 76 ЗЈН РС. Више о условима на нивоу ЕУ види: Christopher H. Bovis, *EU Public Procurement Law*, Edward Elgar Publishing, 2007, стр. 72–75.

16 Члан 44(2) Директиве 2004/18/ЕС.

главни критеријум за разврставање привредних субјеката,<sup>17</sup> на државама чланицама је обавеза да ово питање уреде на начин којим се неће ограничити учешће ММС у великим јавним уговорима.

Поред тога, лица која учествују у састављању конкурсне документације могу утицати на учешће ММС приликом одређивања критеријума за доделу уговора. Прописи о јавним набавкама остављају слободу избора наручиоцима између две врсте критеријума за доделу уговора и то за најнижу понуђену цену и економски најповољнију понуду. Ова друга опција далеко је погоднија са становишта подстицаја развоја ММС путем јавних набавки обзиром да омогућава вредновање елемента иновативности, у чему се ММС истичу.<sup>18</sup>

У групу екстерних разлога, даље се могу сврстати и захтеви у погледу средстава обезбеђења, административне баријере у виду нестандардизованих конкурсних документација, превелики административни захтеви за достављањем великог броја докумената као доказних средстава, начина њиховог слагања, потписивања, попуњавања образаца, неприступачност администрације понуђачима, непружање повратних информација, необјављивање претходног обавештења, превелики таксени намети за подношење захтева за заштиту права понуђача итд.<sup>19</sup>

## 2. Интерни разлози који утичу на ангажовање ММС у јавним набавкама

Недостатак адекватног финансијског и економског капацитета, мали технички и кадровски капацитет, мала способност за прибављањем

17 За разврставање правних лица на нивоу ЕУ види: Commission Recommendation of 6 May 2003 concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises, L 124/2003.

18 Члан 53(1) Директиве 2004/18/ЕЗ и Члан 55(1) Директиве 2004/17/ЕС, члан 84 и 85 ЗЈН РС. Критеријум економски најповољније понуде може бити састављен од различитих елемената, попут на пример: квалитета, техничких и функционалних карактеристика, економичности, техничке помоћи итд., док је на наручиоцима слобода избора у погледу одабира критеријума за доделу уговора, тако да се они могу одредити или за директни трошак куповине – најнижу понуђену цену, или за трошак у току века трајања онога што се купује (енгл. *life-cycle costs*). Више о томе види: Commission staff working document, European code of best practice facilitating access by SMEs to Public Procurement contracts, стр. 19.

19 Више о заштити права понуђача у јавним набавкама види: Ружа Урошевић, „Новине у заштити права у поступцима јавних набавки“, *Право и привреда*, бр. 1–3/2013, стр. 70–84; Тупанчески Никола, Драгана Кипријановска, „Правната заштита на јавните набавки“, *Zbornik PFZ*, бр. 61(2)/2011, стр. 417–440; Стеван Лилић, Драган Прија, Александар Лукић, *Заштита права понуђача у поступцима јавне набавке*, Београд 2004.

и давањем средстава обезбеђења, као и недовољно познавање правила о јавним набавкама, непостојање иницијативе за удруживањем у групу понуђача и подношење заједничке понуде, неиновативност у пословању предствалају интерне разлози који утичу на ангажовање ММС у јавним набавкама.<sup>20</sup> Ови разлози тичу се искључиво привредног субјекта, неке од категорија ММС, те се стога могу се назвати и субјективним разлозима.

### III ЕУ и правно-политички оквир подстицања развоја ММС путем јавних набавки

Јавна управа представља највећег потрошача у Европи.<sup>21</sup> Процењује се да државе чланице ЕУ захваљујући свом набавном и потрошном капацитету већи део јавних средстава троше у поступцима јавних набавки, укупно 18% ГДП-а ЕУ.<sup>22</sup> Међутим, јавне набавке не представљају само јавни трошак. Наиме, Стратегијом Европа 2020,<sup>23</sup> јавне набавке препознате су као средство које има кључну улогу у реализацији циљева промовисаних овом стратегијом. Овом стратегијом јавне набавке представљене су као тржишни инструмент који се мора користити на начин да унапређује пословно окружење и ствара услове у којима ће привредни субјекти постати иновативнији, а да тржиште јавних набавки треба да буде организовано на начин да буде отворено за приступ ММС. Ради остварења наведених циљева, стратегијом се препоручује да се прописи о јавним набавкама ревидирају и модернизују.<sup>24</sup> У циљу измене постојећих правила која регулишу област јавних набавки на нивоу ЕУ, крајем 2011. године Европска комисија усвојила је предлоге измена Директиве 2004/17/ЕЗ и 2004/18/ЕЗ<sup>25</sup> уз усвајање предлога Дирек-

20 Promoting SME participation in public contracts, стр. 18.

21 Трошкови јавне управе у ЕУ износе око 2 трилиона евра (еквивалент 19 ГДП-а ЕУ), извор: *European Commission GPP website*, доступно на адреси: [http://ec.europa.eu/environment/gpp/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/environment/gpp/index_en.htm).

22 European Commission – Press release: Modernising European public procurement to support growth and employment, доступно на интернет адреси: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-11-1580\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-1580_en.htm?locale=en).

23 Communication from the Commission Europe 2020, A strategy for smart, sustainable and inclusive growth (даље у фуснотама: Стратегија Европа 2020), доступно на интернет страни: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:2020:FIN:EN:PDF>.

24 Стратегија Европа 2020, стр. 12 и 16.

25 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement, COM/2011/896 final, and Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on procurement by entities operating in the water, energy,



тиве о концесијама.<sup>26</sup> Уз усвајање предлога измена, Европска комисија издала је и саопштење о модернизацији европских правила о јавним набавкама,<sup>27</sup> где се као један од главних циљева измена директива ЕУ истиче и охрабљивање учешћа и бољи приступ ММС тржишту јавних набавки.<sup>28</sup> С тим у вези, као најзначајније мере предвиђају се оне које се односе на обликовање предмета јавне набавке на партије, начина одређивања услова за учешће у поступку и ангажовање подизвођача. Тако се, на пример, у предлогу измене директива ЕУ предвиђа да је подела предмета јавне набавке могућност коју наручиоци могу користити, али се зато уводи обавеза објављивања образложених разлога у текст огласа односно у јавни позив, који су определили наручиоце да предмет јавне набавке не поделе на партије. Поред тога, имајући у виду чињеницу да су наручиоци до сада захтевали од понуђача да докажу да су за претходне три године од објаве позива остварили приход већи од троструке процењене вредности, те да су на тај начин чинили овај услов ограничавајући по учешће ММС, изменама директива предвиђа се да убудуће наручиоцима такво поступање не треба дозволити и да то треба да буде резервисано само за оправдане случајеве. У вези са ангажовањем подуговарача који су углавном ММС, изменама директива предвиђа се обавеза наручиоца да се за пружене услуге, испоручена добра или изведене радова за главног уговарача изврши исплата директно подуговарачу, док се државама чланицама оставља да установе механизме путем којих ће главном уговарачу омогућити приговарање за неосноване исплате.<sup>29</sup> Овакво решење мотивисано је досадашњом праксом главних уговарача који неретко подуговарачима нису преносили средстава за извршење уговора.

---

transport and postal services sectors, COM(2011) 895 final, доступно на интернет адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0896:FIN:EN:PDF>.

26 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts, COM (2011) 897, доступно на интернет адреси: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0897:FIN:EN:PDF>.

27 Modernising European public procurement to support growth and employment, доступно на интернет адреси: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-11-1580\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-1580_en.htm?locale=en).

28 Поред наведеног, изменама директива предлажу се и нове врсте поступака, попут поступка конкурентног дијалога са преговарањем и партнерства за иновације, даље се предлаже измена преговарачког поступка јавне набавке, уводи се обавезност електронских набавки за све врсте поступака, обавезност испитивања тржишта, обавезност образовање надзорног тела са широким надлежностима итд. Крајем 2012. године предлози Европске комисије достављени су Савету министара и Европском парламенту на даље поступање.

29 Саша Матас, Маја Кушт, „Анализа – Нове ЕУ Директиве о јавним набавкама, ЕУ Твининг пројекат – SR 07 IB FI O1 – Јачање јавних набавки у Србији“, стр. 15.

## IV Правно-политички оквир подстицања развоја ММС путем јавних набавки у Републици Србији

Полазећи од значаја јавних набавки и стратешког опредељења Републике Србије за приступање ЕУ, Влада Републике Србије усвојила је крајем 2011. године Стратегију развоја јавних набавки у Републици Србији,<sup>30</sup> где се, *inter alia*, указује и на неопходност посвећивања посебне пажње ММС у смислу уклањања препрека и олакшавања приступа наведених категорија на тржишту јавних набавки, а посебно за ублажавањем захтева које постављају наручиоци.<sup>31</sup> У складу са циљевима промовисаних стратегијом у Републици Србији крајем 2012. године донет је нови Закон о јавним набавкама (даље у тексту: ЗЈН РС),<sup>32</sup> који је област јавних набавки регулисао на значајно другачији начин у односу на досадашњи. Поред великог броја антикорупцијских одредби, одредби које уводе и подстичу централизацију система јавних набавки, одредби које уводе нове врсте поступака, место су нашле и одредбе које се односе на ММС. Одредбе које се односе на ММС могле би се поделити на оне које директно подстичу учешће ММС у поступцима јавних набавки и на оне које олакшавају њихово учешће путем уклањања тзв. административних препрека и ублажавања строго формалне процедуре доделе уговора о јавној набавци генерално.

### 1. Одредбе новог ЗЈН РС које директно утичу на положај ММС на тржишту јавних набавки

Полазећи од чињенице да куповина преко тела за централизоване јавне набавке доноси вишеструку корист, нови ЗЈН РС по први пут образује на републичком нивоу тело за централизоване јавне набавке.<sup>33</sup> Међутим, како поред позитивних ефеката централизација јавних набавки носи са собом и висок ризик у погледу искључивања ММС, уз истовремено постојање ризика фаворизовања великих правних субјеката, нови ЗЈН РС предвидео је да тело за централизоване јавне набавке спроводи искључиво отворени и рестриктивни поступак и да је дужно да јавне набавке обликује по партијама увек када је то могуће.<sup>34</sup> Обједињавање потреба већег броја наручилаца услед централизоване

30 Доступно на интернет адреси: <http://www.ujn.gov.rs/ci.html>.

31 Стратегија развоја јавних набавки у Републици Србији, стр. 11.

32 ЗЈН РС почео је да се примењује 1. априла 2013. године.

33 Чланом 49, ставом 1 ЗЈН РС предвиђа се да је Управа за заједничке послове републичких органа тело за централизоване јавне набавке за потребе државних органа и организација, укључујући и правосудне органе.

34 Члан 49, став 3 ЗЈН РС.

куповине уједно значи и велику вредност уговора за чије испуњење ММС углавном немају довољног капацитета. Али ако у оваквим уговорима ММС не могу да буду једина уговорна страна, онда могу да буду једна од уговорних страна, што им подела предмета јавне набавке на партије и омогућава. Међутим, овакво поступање тела за централизоване јавне набавке, по слову закона обавезујуће је само ако је реално и могуће, док за непоштовање овог правила није предвиђена ниједна казнена одредба. Поред образовања тела за централизоване јавне набавке на републичком нивоу, нови ЗЈН РС по први пут уводи могућност да се и друга тела за централизоване јавне набавке образују и на нивоу аутономне покрајине, локалне самоуправе, у којим случајевима обавезује тела за централизоване јавне набавке да поступак јавне набавке обликују на начин да омогући учешће малих и средњих предузећа.<sup>35</sup> За случајеве нецентрализоване куповине, подела предмета јавне набавке на партије дискреционо је право наручилаца, па би имплементација решења предвиђеног изменама директива ЕУ, а у погледу образложења разлога зашто предмет није подељен на партије, била од значаја за веће учешће ММС у јавним набавкама у Републици Србији.

Такође, међу одредбама које би требало да подстакну развој ММС, налази се и решење које се односи на случајеве спровођења поступка јавне набавке у циљу закључења оквирног споразума<sup>36</sup> или појединачне јавне набавке процењене вредности веће од 45 милиона динара за добра и услуге и 60 милиона динара за радове. За наведене случајеве ЗЈН РС предвиђа да наручилац може захтевати од понуђача да одређени део јавне набавке, по вредности или предмету, изврши преко подизвођача који је предузетник или мало правно лице у смислу прописа којима се уређује рачуноводство и ревизија.<sup>37</sup> Иако је образложењем предлога Закона о јавним набавкама предвиђено да је оваква одредба у функцији заштите ММС, а од укрупњавања набавки које ће се спроводити у систему делимичне централизације,<sup>38</sup> коначан облик ове одредбе у ЗЈН РС наручиоцима оставља слободан простор за одлучивање у погледу тога хоће ли се користити том могућношћу или неће. Наиме, реч „може“ не значи да наручилац мора и да ће сходно томе и условити набавку ангажовањем подизвођача који су мала предузећа и предузетници. С

35 Члан 48 ЗЈН РС.

36 Више о оквирном споразуму: Katri Karjalainen, „Estimating the cost effects of purchasing centralization – Empirical evidence from framework agreements in the public sector“, *Journal of Purchasing & Supply Management*, no. 17/2011, стр. 87-97 и Albano Gian Luigi, Marco Sparro, „A simple model of framework agreements: Competition and efficiency“, *Journal of Public Procurement*, Volume 8, issue 3, 2008, стр. 356-378.

37 Члан 80 став 2 ЗЈН РС.

38 Доступно на интернет адреси: [http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi\\_zakona/4113-12.pdf](http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/4113-12.pdf).

друге стране, када би постојала обавеза њиховог ангажовања на страни понуђача који су привредни субјекти, такво условљавање било би супротно одредби Устава Републике Србије према коме економско уређење земље почива на тржишној привреди, отвореном и слободном тржишту, слободи предузетништва и самосталности привредних субјеката<sup>39</sup> и који гарантује слободно предузетништво уз забрану ограничавања истог законом, сем у случају заштите здравља људи, животне средине и природних богатстава РС.<sup>40</sup> Подстицање ММС као носиоца привреде представља тренд на нивоу институција ЕУ и држава чланица ЕУ, те је у том смислу, а нарочито у условима централизације набавки, интенција законодавца широко поздрављена. Али, подстицање ММС не сме бити праћено условљавањем привредних субјеката од стране наручилаца, а по њиховој дискрецији. Ако наручилац одлучи да понуђаче услови ангажовањем подизвођача који су мала предузећа и предузетници, тада реч „може“ претвара *моућности* ангажовања малих предузећа и предузетника, у обавезу ангажовања и морање, и последично резултира угрожавањем слободе предузетништва када добија и неуставни карактер. Отуда је далеко целисходније решење да се подстицање учешћа ММС врши преко критеријума за доделу уговора и њиховим елементима и то давањем предности оним понуђачима који ангажују подизвођача који спадају у неку од категорија ММС.<sup>41</sup> Поред тога, наведено решење није предвиђено за случај наступања групе понуђача, што би се такође требало уврстити у идеју о подстицању ММС, у смислу њиховог ангажовања као чланова групе, али опет путем давања посебних погодности односно већег броја пондера за оне који ангажују ММС као чланове групе. Тако се на пример у члану који се односи на критеријуме за доделу уговора<sup>42</sup> може увести одредба по којој наручилац који спроводи поступак јавне набавке у циљу закључења оквирног споразума или појединачну јавну набавку чија је процењена вредност већа од 45 милиона за добра и услуге, односно 60 милиона за радове, као елемент критеријума за оцену може одредити ангажовање подизвођача или члана/чланова групе понуђача који представљају ММС у смислу прописа којима се уређује рачуноводство и ревизија, с тим што би се број пондера који носи ангажовање подизвођача односно члана/чланова групе, одређивао у зависности од околности конкретног случаја,

39 Члан 82 Устава Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 98/2006 (даље у фуснотама: Устав РС).

40 Члан 83 Устава РС.

41 Александар Антић, народни посланик, амандмани на чл. 76, 78, 80, 84 и после члана 85 додаје се нови члан 85а, 113 и 145. став 1 Предлога закона Групе од 138 народних посланика о јавним набавкама, бр. 404–4113/12 од 24.12.2012.

42 Члан 85 ЗЈН РС.

а посебно од сложености предмета јавне набавке и њене вредности, те дужине трајања уговора, а да у сваком случају тај број не буде већи од пет пондера. На овај начин извршило би се подстицање развоја ММС везивањем за критеријум за доделу уговора, али и за вредност добара, услуга и радова на годишњем нивоу док се истовремено избегава обавезно и принудно ангажовања подизвођача по вољи наручиоца. Овим путем уједно се избегава и кршење уставних одредаба којим се гарантује слобода предузетништва и којима се забрањује њено ограничавање. Наиме, онај понуђач који жели да добије већи број пондера самовољно ће ангажовати подизвођача или члана групе који је ММС. Број пондера који ће се на тај начин доделити понуђачу, не може бити већи од пет пондера, а у зависности од околности конкретног случаја, посебно од сложености предмета јавне набавке и њене вредности, те дужине трајања уговора у смислу да што је предмет сложенији, што је вредност набавке већа и што је трајање уговора дуже, то и број пондера треба да буде већи. Оваква одредба преко је потребна у систему централизованих набавки, када се оне укрупњавају, али је потребно водити рачуна о уставно прокламованој слободи предузетништва и забрани било каквих ограничења по том питању.<sup>43</sup> Поред тога, нову ЗЈН РС у подстицање предузетника и малих правних лица везује само за подизвођаче, а нема разлога да се број тих случајева не повећа укључивањем и подношења понуде од стране групе понуђача. Поред овог недостатка, у вези са подстицањем ММС, потребно је напоменути да је нови ЗЈН РС из категорија ММС има у виду само предузетнике и мала правна лица, обзиром да се у закону само наведене категорије и помињу, чиме се искључују микро и средња правна лица из домена подстицања развоја путем јавних набавки, а имајући у виду чињеницу да се по слову Закона о рачуноводству Републике Србије, правна лица разврставају на микро, мала, средња и велика, у зависности од просечног броја запослених, пословног прихода и просечне вредности пословне имовине утврђених на дан састављања редовног годишњег финансијског извештаја у пословној години.<sup>44</sup> Поред наведеног, нови ЗЈН РС препознаје значај ангажовања подизвођача који су углавном ММС и у вези са условима за учешће у поступку јавне набавке, па тако предвиђа да подизвођач поред обавезних услова, мора да испуни и друге услове које наручилац конкурсном документацијом одређује, с тим што ти услови не могу бити такви да ограниче подношење понуде са подизвођачем.<sup>45</sup> Такође, готово ана-

43 Александар Антић, народни посланик, амандмани на чл. 76, 78, 80, 84 и после члана 85 додаје се нови члан 85а, 113 и 145. став 1 Предлога закона Групе од 138 народних посланика о јавним набавкама, бр. 404–4113/12 од 24.12.2012.

44 Члан 6 Закона о рачуноводству Републике Србије, доступно на интернет адреси: <http://www.mfp.gov.rs/pages/article.php?id=9680>.

45 Члан 80, став 7 ЗЈН РС.

логно решењу предлога измене директива ЕУ, ЗЈН РС предвиђа да наручилац може на захтев подизвођача и где природа предмета набавке то дозвољава пренети доспела потраживања директно подизвођачу, за део набавке која се извршава преко тог подизвођача, уз обавезу наручиоца да добављачу омогући да приговори ако потраживање није доспело. Правила поступања у вези са наведеним наручилац одређује у конкурсној документацији и она по слову закона не могу утицати на одговорност добављача.<sup>46</sup>

## 2. Одредбе новог ЗЈН РС које имају индиректан утицај на ММС

У другу групу одредаба које индиректно подстичу учешће ММС у јавним набавкама, спадају оне које на један уопштен начин уклањају тзв. административне баријере за учешће свих привредних субјеката у поступцима јавних набавки, па и ММС и које ублажавају строго формалну процедуру доделе уговора о јавној набавци. Пре свега, нови ЗЈН РС по угледу на решења комунитарног права, уводи могућност доказивања услова за учешће у поступку јавне набавке, како обавезних, а тако и додатних изјавом понуђача датом под пуном материјалном и кривичном одговорношћу.<sup>47</sup> Додатно, ЗЈН РС уводи институт Регистра понуђача,<sup>48</sup> који води организација надлежна за регистрацију привредних субјеката (предузетника и правних лица) и који је доступан на интернет страници. Свако лице регистровано код ове организације може поднети захтев за упис у регистар понуђача, подношењем докумената којима доказује испуњеност обавезних услова, тако да регистровани понуђач није дужан да приликом подношења понуде, односно пријаве доказује испуњеност обавезних услова.<sup>49</sup> Наведеном одредбом постављена су два ограничења.

46 Члан 80, став 9, 10 и 11 ЗЈН РС. Више о овоме види: Бојан Терзић, Ђорђе Белензада, Далиборка Срећков, Милица Малетић, Саша Варинац, Бранислав Цветковић, *Коментар Закона о јавним набавкама*, Службени Гласник Републике Србије и Public Activ, 2013, стр. 285–293.

47 Члан 77 став 4 ЗЈН РС. Оваква могућност ограничена је само за случај спровођења поступка јавне набавке мале вредности, и у случају преговарачког поступка по основу хитности и када због техничких, односно уметничких разлога предмета јавне набавке или из разлога повезаних са заштитом искључивих права, набавку може извршити само одређени понуђач, уз услов да је процењена вредност набавке мања од три милиона динара. Овај износ у ствари представља вредносну границу за одређивање јавне набавке мале вредности. Међутим, и у овим случајевима ЗЈН предвиђа могућност за наручиоце да од понуђача чија је понуда оцењена као најповољнија, тражи достављање на увид оригинала или оверених копија свих или појединих доказа о испуњености услова.

48 Члан 70 ЗЈН РС.

49 Члан 70, став 5 ЗЈН РС.

Прво ограничење односи се на околност да се на овај начин дозвољава доказивање испуњености једино обавезних, а не и додатних услова за учешће у поступку јавне набавке. Поред тога, на овај начин не може се доказати ни испуњеност свих обавезних услова, обзиром да закон изричито из ове могућности искључује услов поседовања важеће дозволе надлежног органа за обављање делатности која је предмет јавне набавке, ако је таква дозвола предвиђена посебним прописом.<sup>50</sup> Такође, физичка лица која нису предузетници, већ подносе понуду као појединци (нпр. професори, уметници) неће моћи да захтевају упис у регистар понуђача, јер они нису регистровани код Агенције за привредне регистре.<sup>51</sup> Поред тога, законом није регулисано да ли се регистрација и вођење понуђача у регистар врши уз надокнаду или без ње.<sup>52</sup> ЗЈН РС предвиђа да наручилац не може одбити као неприхватљиву, понуду која не садржи доказ одређен ЗЈН РС или конкурсном документацијом, ако је понуђач, навео у понуди интернет страницу на којој су тражени подаци јавно доступни.<sup>53</sup> У погледу оних доказа чије се достављање ипак захтева, ЗЈН РС предвиђа решење аналогно директивама ЕУ и предвиђа да се ти докази могу достављати у неоввереним копијама, а да наручилац може пре доношења одлуке о додели уговора, захтевати од понуђача, чија је понуда оцењена као најповољнија, да достави на увид оригинал или оверену копију свих или појединих доказа.<sup>54</sup> Поред ових, а са становишта бољег положаја ММС на тржишту јавних набавки, могу се издвојити и одредбе које регулишу поступак јавне набавке мале вредности, обзиром да ЗЈН РС предвиђа обавезу наручиоца да позив за подношење понуда и конкурсну документацију објављују на Порталу јавних набавки и на својој интернет страници за сваку врсту поступка, па и за поступак јавне набавке мале вредности,<sup>55</sup> чинећи на тај начин ове поступке транспарентнијим и конкурентнијим, што је нарочито значајно са аспекта ММС, којима су јавне набавке мале вредности најпогодније за учешће.

50 Члан 75, став 1 тачка 5 ЗЈН РС. Више о разлозима таквог решења види: Б. Терзић, Ђ. Белензада, Д. Срећков, М. Малетић, Б. Цветковић, *нав. дело*, стр. 274-277.

51 Б. Терзић, Ђ. Белензада, Д. Срећков, М. Малетић, С. Варинац, Б. Цветковић, *нав. дело*, стр. 275.

52 У циљу подстицаја развоја ММС и уклањања административних баријера, оправдано је поднет амандман на члан 78 Предлога закона Групе од 138 народних посланика о јавним набавкама, бр. 404-4113/12 од 24.12.2012, подносилац амандмана народни посланик Александар Антић, који је предвиђао да се регистрација понуђача у Регистар врши без накнаде. Регистар је почео са радом 1. септембра 2013. године, а како наведени амандман није усвојен, регистрација у Регистар понуђача врши се уз накнаду. Више о томе види на интернет адреси: <http://www.apr.gov.rs>.

53 Члан 79, став 4 и 5 ЗЈН РС.

54 Члан 79, став 1 ЗЈН РС.

55 Члан 39, став 5 ЗЈН РС.

## V Закључак

Иако ММС имају мање капацитете у односу на велика правна лица, тако да у већој мери делују на локалном нивоу, њихово чешће ангажовање и већа упосленост пружа им могућност да из микро постану мала правна лица, из малих постану средња правна лица, а да из средњих постану велика правна лица са интернационалним карактером или без њега. Повећање учешћа ММС на тржишту јавних набавки посебно добија на значају у условима економске кризе, јер је држава тада не само највећи, него и један од ређих купаца. Обзиром да се основне друштвене потребе морају задовољити и у условима великих економских потреса, државни захтеви за куповином добара, услуга и радова и тада не престају. С друге стране, поред тога што носи атрибут редовног купца, са уговорима који углавном трају дужи временски период, држава је захваљујући новој одговорној политици у погледу измирења својих обавеза, постала и редован платиша,<sup>56</sup> што пословање са државом чини још привлачнијим. Данас нема сумње да је у циљу развоја националне и европске економије препозната потреба побољшања положаја ММС и да у том смислу јавне набавке имају значајну улогу. Међутим, пракса наручилаца у ЕУ, а нарочито пракса српских наручилаца показује да усвајање бројних стратегија, препорука и законских решења која би требало да подстакну развој ММС није резултирало значајнијим напретком.<sup>57</sup> Отуда је неопходно предузети активности које ће омогућити да концепт подстицања и развоја сектора ММС путем јавних набавки прерасте из политичко-демагошког у реалност.

---

56 У циљу спречавања неизмирења новчаних обавеза у року, Република Србија недавно је усвојила Закон о измирењу новчаних обавеза у комерцијалним трансакцијама између јавног сектора и привредних субјеката, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 119/2012, који је ступио на снагу 25.12.2012. године, а почео да се примењује 31.3.2013. године. Више о томе види: Мирјана Радовић, „Нови правни режим рокова измирења новчаних обавеза из трговинских уговора“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2013, стр. 241–266.

57 Примера ради, у Републици Србији не постоји податак о проценту учешћа ММС у поступцима јавних набавки у односу на укупан број ММС која у Републици Србији постоје. Такође, не постоји податак ни о проценту закључених уговора о јавној набавци где се као једна уговорна страна јавља неко лице из категорије ММС, а у односу на укупан број закључених уговора о јавним набавкама.



**Marija VELIČKOVIĆ, M.A.**

**Deputy Director at the Agency for Public Procurement, Belgrade**

## **ENHANCING DEVELOPMENT OF ENTREPRENEURSHIP, MICRO, SMALL AND MEDIUM ENTREPRIZES THROUGH PUBLIC PROCUREMENT IN THE EUROPEAN UNION AND IN THE REPUBLIC OF SERBIA**

### **Summary**

*It is known that there is an equality between the developed sector of entrepreneurship, micro, small and medium-sized enterprises (hereafter SMEs) on the one hand and competitive national economy, on the other hand. Being conscious of the fact that this sector is the main carrier of the economy, but the reality as well, and that despite the numerous subsidies, tax breaks, reducing large fee taxable levies, this sector has stagnated, many countries in recent years have turned to conducting public procurement policy in a way that will encourage its development. The efforts of individual countries have been followed by similar and significant activities at international level, where the European Union's efforts stand in the foreground. In this article, the author deals with public procurement in the role of generator of SMEs sector development, the obstacles that stand in the way, the state of both the national and communitarian legal policy framework in this regard, and the current practice of the contracting authorities. In this paper the author also offers some recommendations for improvement of legislation in this area.*

**Key words:** *public procurement, entrepreneurship, micro, small and medium-sized enterprises, the development of the national economy, European Union.*

УДК 347.736/.739 ; 347.440.14:347.453.1 ; 347.91

**Сїрахиња МАРИЧИЋ**  
мастер права

## **НЕКЕ НЕДОСЛЕДНОСТИ У СТЕЧАЈНОПРАВНОЈ РЕГУЛАТИВИ УГОВОРА О ЗАКУПУ**

### **Резиме**

*Рад се бави одређеним недоследностима при реулисању њравних њоследица ошварана сшечајној њосшуйка на ушворе о закупу и осшале двосшранообавезне ушворе, склошљене шре шренуштка ошварана сшечајној њосшуйка. Основна њишшања која се у раду њосшављају су: да ли се њосебна сшечајна њравила шримењују само на ушворе о закупу њеюкрешностш, или исшша важе за ушвор о закупу уошшше, независно од шшш да ли је шредмеш ушвора шкрешина или њеюкрешина сшвар и да ли се, у недосшашку њосебних одредби о режиму ушвора о закупу у сшечају, на овај ушвор мош шримењивашш ошшша сшечајна њравила у случају свих двосшранообавезних ушвора? Важешш Закон о сшечају осшавља мошшностш бшшшо различшшшш шшумачења исшшветшшних њишшања. Такође, указује се на широка овлашшсња која законодавац додељује сшечајном ушравнику у вези ових ушвора, зашшм на недосшашак ошраничења, шшс и мошшностш шроизвољностш сшечајној ушравника у вршењу шшх овлашшсња. Скређе се њажшша и на ушроженосшш шравне сшшурностшш саушшварача сшечајној дужника, али и на уздрманосшш неких основних начела ушворној шрава. У шшкушају давања одшвора на ова њишшања размашшрају се решења сшранних и ранијих домашшх закона. Закључак је да је законодавац, у неким сешменшшима, крајше сшорно уредио закуп и осшале двосшранообавезне ушворе, а шшс дословним шшимањем доводи до неких нелошшчних резулшшшша, шшс се шшред одређених шшумачења шшредлажу и неке законодавне из-*

*мене. Кроз рад се њровлаче и моћиви ујицаја (џромена) које стечајно љраво врши на ванстечајно љраво.*

**Кључне речи:** *јединствен и дуалистички љрисуј, двостранообавезни ујовори, обострано неизвршени двострано обавезни ујовори, специфична и ојштиа стечајнојравна реулајива, ојшти и љосебан рок.*

## I Увод

Уговор о закупу у стечајном праву ужива посебан правни статус. Када дође до стечаја одређеног субјекта српско стечајно право као правне последице отварања стечајног поступка, по уговоре и уопште правне послове које је наведени субјекат претходно склопио, предвиђа нека општа правила везана за све двостранообавезне уговоре, али и низ посебних одредби које се примењују само на појединачно одређене уговоре. Као што стечај значи посебни правни статус за стечајног дужника, тако и режим уговора које је дужник претходно закључио не може више бити исти, стечајно право га тада мења предвиђајући правила која су другачија и која понегде и дерогирају ванстечајне материјалне прописе којима су ови уговори уређени. У српском стечајном праву уговор о закупу у стечају има посебан правни режим. Овај правни режим је специфичан и другачији у односу на онај који важи за остале двостранообавезне уговоре у стечају. Међутим, начин на који је у Закону о стечају<sup>1</sup> (даље у тексту: ЗС) одређен предмет посебног стечајноправног режима уговора о закупу и начин (могућност) примене општих стечајних правила на овај уговор, нису без дилема, а те дилеме ће представљати централну тему овог текста.

## II Закуп (не)покретности

Закуп непокретности не престаје отварањем стечајног поступка.<sup>2</sup> Велика пажња која се поклања уговору о закупу у стечајним прописима говори о његовом значају за вођење и окончање стечајног поступка. Прецизније, та чињеница говори о великом значају уговора о закупу за пословање једног субјекта. У пракси се често пренебрегава чињеница да стечајни дужник не мора нужно да буде власник пословног просто-

1 Закон о стечају, *Сл. гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011 – др. закон и 71/2012 – одлука УС.

2 ЗС, чл. 99 ст. 1.

ра, нпр. погона где обавља производњу, пословне зграде где му је седиште и др. Тако да је нужност за наставком делатности ради успешног окончања започетих послова, односно ради несметаног спровођења реорганизације, условила потребу законодавца да изричито пропише да закуп непокретности не престаје *ex lege* покретањем стечајног поступка.<sup>3</sup> Ово је разумљиво из угла закупца, пошто се овиме обезбеђује наставак делатности стечајног дужника, без прекида у току производног процеса, и ради што бољег окончања стечајног поступка. Међутим, примена ове норме подједнако важи и када је стечај отворен над закуподавцем. Тада би смисао овог правила био у томе што овде одржавање уговора на снази директно доприноси увећању стечајне масе сталним приливом износа закупнина доспелих после покретања стечајног поступка.

Поред изнетог, остаје нејасно једно питање које је темељно за разумевање правних последица отварања стечајног поступка на закупне односе. Већ је истакнуто да Закон о стечају на посебан начин уређује правне последице отварања стечајног поступка на уговор о закупу, тако што тој теми посвећује један цео члан. Међутим, када се тај члан систематски сагледа не стиче се јединствен утисак о томе на који начин је дејство стечаја на закупне односе регулисано. Законодавац је недоследном формулацијом члана 99 ЗС створио недоумице у погледу тога да ли се он односи само на закуп чији је предмет непокретна ствар или на сваки уговор о закупу, било покретних било непокретних ствари. Другачије речено, у српском стечајном праву када је реч о дејствима стечаја на уговор о закупу није сасвим јасно да ли се заузима јединствен или двојак (дуалистички) приступ. Први важи онда када је уговор о закупу јединствено уређен стечајним правилима, независно од тога који му је предмет, а други онда кад се различити третман даје уговору о закупу покретних и непокретних ствари. У упоредном стечајном праву преовладава дуалистички приступ. Тако се у националним правима Немачке, Републике Македоније, Хрватске, Републике Српске јасно прави разлика између закупа покретних и непокретних ствари.<sup>4</sup> У сваком од стечајних закона ових држава, изричито се и свуда наглашава да се посебна стечајна правила примењују само на закуп непокретности. На пример, хрватски законодавац каже: „Најам или закуп некретнине или просторије који је дужник уговорио као најмопримац или закупо-

3 Драгиша Б. Слијепчевић, Слободан Спасић, *Коментар Закона о стечајном поступку*, Београд, 2006, стр. 265.

4 Немачки Инсолвенцијски закон *Insolvenzordnung* (даље у фуснотама: InsO), пар. 109; Закон за стечај (*Сл. весник на РМ*, бр. 34/06, 126/06, 84/07; даље у фуснотама: ЗЗСРМК), чл. 162; *Stečajni zakon Republike Hrvatske (Narodne novine*, бр. 44/96, 29/99, 129/00, 123/03, 82/06, 116/10, 25/12, 133/12; даље у фуснотама: СЗХР), чл. 116; Закон о стечајном поступку Републике Српске (*Службени гласник Републике Српске*, бр. 67/02, 77/02, 38/03, 96/03, 68/07, 12/10 и 16/10; даље у фуснотама: ЗСПРС), чл. 76.

примац, стечајни управитељ може отказати без обзира на договорено трајање уговора, придржавајући се законскога отказнога рока“.<sup>5</sup> Али у овоме остаје доследан кроз све даље норме, те увек недвосмислено назначавача да се ради само о закупу непокретности, тако каже „Ако је дужник као најмодавац или закуподавац некретнине или просторије прије отварања стечајнога поступка располагао тражбинама из најамнога и закупнога односа за неко касније вријеме...“ (СЗХР, чл. 117 ст. 1), или „Трећи којему је стечајни управитељ отуђио некретнину или просторије које је дужник изнајмио или дао у закуп...“ (СЗХР, чл. 118).<sup>6</sup>

Интересантно је то да су неки од ранијих домаћих стечајних закона редовно правили ову дистинкцију, а да се дилеме ове врсте јављају тек са савременим законодавством. Тако се, рецимо, из одредаба закона који преставља најсветлију тачку српског стечајног права и који се у правној теорији неретко назива и родоначелником традиционалног српског стечајног права, Стечајног закона Краљевине Југославије из 1929. године, јасно види да су се оне примењивале на уговоре о закупу покретних и непокретних ствари подједнако.<sup>7</sup> Затим је, након Другог светског рата, донета Уредба о престанку предузећа и радњи<sup>8</sup> која је вратила српско стечајно право у мрачно доба, истом је у потпуности избачен појам стечаја из употребе, а посебних правила о уговору о закупу Уредба није ни садржала. Међутим, већ је следећи стечајни закон – Закон о принудном поравнању и стечају<sup>9</sup> (даље у тексту: ЗОППС), познавао наведену разлику. Занимљиво, њиме је стечајном управнику било дато право да откаже уговоре о закупу покретних ствари без икаквих ограничења, а право на отказ уговора о закупу непокретности стечајни управник је имао само ако је стечајни поступак отворен над закупцем.<sup>10</sup> Затим је Закон о санацији и престанку организација удруженог рада<sup>11</sup> (даље у тексту: ЗОСПОУР) такође на прецизан начин опредељивао своју примену између закупа покретних, односно непокретних ствари. Специфичан стечајноправни режим овај закон је пружао искључиво закупу непокретних ствари, док су се на уговоре о закупу чији је предмет била покретна ствар примењивала општа стечајна правила.<sup>12</sup> Закон о при-

5 СЗХР, чл. 116 ст. 1.

6 Види: СЗХР, чл. 115–119.

7 Види: Фрања Горшић, *Коменитар стечајног закона*, Београд, 1934, стр. 118–120; Стечајни закон Краљевине Југославије из 1929. године, § 23 и 24.

8 *Службени листи ФНРЈ*, бр. 51/1953, 49/56, 53/61, 52/62.

9 *Службени листи СФРЈ*, бр. 15/65 и 21/65.

10 Види: ЗОППС, чл. 92 ст. 1 и 2.

11 *Службени листи СФРЈ*, бр. 41/80, 25/81, 66/81, 28/83, 20/84, 7/85, 39/85, 9/86 и 43/86.

12 Види: ЗОСПОУР, чл. 158.

нудном поравнању, стечају и ликвидацији<sup>13</sup> (у даљем тексту: ЗППСЛ) пружајући уговору о закупу посебан стечајни режим није правио разлику између покретних и непокретних ствари као предмета уговора, али се тумачењем његових одредаба може закључити да их је регулисао на јединствен начин.<sup>14</sup> Након овог закона донети су Закон о стечајном поступку<sup>15</sup> (даље у тексту: ЗСП), а затим и Закон о стечају (ова два закона садрже готово идентичне одредбе о уговору о закупу), због којих су у поимању ове правне материје и настале дилеме о којима се у тексту говори.<sup>16</sup>

У нашем важећем Закону о стечају ово питање није на јасан и јединствен начин уређено, те отуда и недоумице у погледу тумачења истог. Наиме у првом ставу чл. 99 законодавац каже да отварањем стечајног поступка не престају уговори о закупу непокретности, али већ у ставовима који следе говори само о уговорима о закупу. Тако, када стечајном управнику даје право на отказ уговора, законодавац каже да стечајни управник може „уговоре о закупу“ отказати независно од законских и уговорених рокова са отказним роком од 30 дана.<sup>17</sup> Доследним језичким тумачењем овог става дошло би се до закључка да се он примењује на све уговоре о закупу, независно од врсте њиховог предмета. Такво би тумачење било доследно са српским грађанским, односно облигационим правом, пошто Закон о облигационим односима<sup>18</sup> (даље у тексту: ЗОО) такође не прави посебну разлику између закупа покретних и непокретних ствари већ садржи општа правила која се примењују на све модалитете уговора о закупу. У прилог овом мишљењу иде и чињеница да законодавац само у два става спомиње закуп непокретности, у првом ставу када поставља начело да закуп непокретности не престаје отварањем стечајног поступка и у шестом ставу када додељује обема странама право да откажу уговор ако се непокретност у тренутку отварања стечаја још не налази код закупца, док у осталим говори само о закупу. Тако да се стиче утисак као да законодавац жели да каже да само у ова два случаја постоји посебност за закуп непокретности, док у се у осталим случајевима посебна стечајна правила примењују на све уговоре о закупу.

Ипак, оно што је највише противно овом мишљењу произлази из правила које законодавац поставља нормом из првог става члана 99 ЗС

13 Службени лист СФРЈ, бр. 84/89 и Службени лист СРЈ, бр. 37/93 и 28/96.

14 Види: ЗППСЛ, чл. 109.

15 Службени гласник РС, бр. 84/2004 и 85/2005.

16 Упореди: ЗСП, чл. 79 и ЗС, чл. 99.

17 ЗС, чл. 99 ст. 3.

18 Закон о облигационим односима, Службени лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 и Службени лист СРЈ, бр. 31/93.

који носи наслов „Закуп“. Оно гласи: „Закуп непокретности не престаје отварањем стечајног поступка“ (ЗС, чл. 99 ст. 1). То значи да се на те односе не примењује право избора стечајног управника. Исто тако, то значи да отварање стечајног поступка на уговоре о закупу покретних ствари има исто дејство као и на остале двостранообавезне уговоре.<sup>19</sup> Тачније, у погледу уговора о закупу покретних ствари би важило право стечајног управника на избор. То се схватање темељи на идеји да законодавац поменути првим ставом поставио правило да се све што је у том члану после речено односи на уговор о закупу непокретности. Ово се становиште може бранити чврстим аргументима, међутим остаје чињеница да законодавац на једном месту изричито говори о (свим) уговорима о закупу. Тако да у суштини цео проблем дилеме око јединствене или дуалистичке концепције лежи у ставу 3 чл. 99 ЗС, где законодавац каже да стечајни управник уговоре о закупу (дакле све) може отказати са отказним роком од 30 дана. Није јасно зашто онда законодавац није остао доследан, и користио изразе као што су „уговор о закупу непокретности“ или само „закуп“ како је и чинио до тада. Употребљена формулација оставља утисак као да је намерно хтео да нагласи да се поменути став 3 примењује на све модалитете уговора о закупу, што би цео чл. 99 учинило контрадикторним.

Јасно је да би законодавац, да је хтео једнаку примену стечајних правила на све уговоре о закупу, то истакао у још у првом ставу, односно не би у првом ставу искористио формулацију везану за закуп непокретности, него би још тада говорио о свим уговорима о закупу. Са друге стране, можда још и важније је то да читав смисао давања специфичног режима уговору о закупу у стечају лежи у значају непокретности за производни процес и пословање. Када је закуп покретних ствари у питању, он није од толиког значаја за стечајно право. Заправо *ratio legis* чл. 99 ЗС јесте у томе да закупу непокретности пружи посебна заштита предвиђањем специфичног стечајног режима. Наиме, интенција законодавца је била у томе да се стечајном дужнику омогући наставак производње, те да се исти заштити од друге уговорне стране у случају свог пада под стечај. Када се са овиме доведе у везу значај непокретности за процес производње, постаје јасна оправданост става да се у српском праву посебна стечајна правила односе само на закуп непокретности. Овакав став поткрепљује и чињеница да такво решење садрже и законодавства свих земаља окружења, али и законодавства великих представника континентално-еврпских правних система (нпр. Немачке).

Већ је речено да у европско-континенталним правима преовладава концепт по коме се посебне норме стечајног права примењују на за-

19 Михајло Дика, *Правне последице отварања стечајног поступка*, Народне новине ДД, Загреб, 2002, стр. 96.

куп непокретности, док за закуп покретних ствари важе општа стечајна правила. У англосаксонским правним системима поимање овог питања је другачији. У њиховим стечајним законима се најчешће користи термин *lease*,<sup>20</sup> што представља најшири појам који се користи као општи термин за све врсте и модалитете уговора о закупу. Ужи термин је нпр. *rental agreement* користи се када се говори о закупима опипљивих, физичких ствари (покретних и непокретних). То значи да се *lease* односи и на закуп нематеријалних ствари. Такође то значи да се у англосаксонским правним системима исто третира закуп покретних и непокретних ствари, али и да нема смисла говорити о јединственом или двојакном приступу као у неким континенталним правима. Тако нпр. пар. 365 *US Bankruptcy Code* користи термин *lease*, али у истом параграфу прави разлику на закуп некретнина које се користе за становање и некретнине које не служе тој сврси, или издваја закуп права интелектуалне својине, или чак помиње и закуп простора у тржним центрима.<sup>21</sup> Слично је и у енглеском *Insolvency Act*-у из 1986. године, где се са истим значењем као у америчком праву чешће користи термин *leasehold* и термин уговори закупне природе (енгл. *of a leasehold nature*).<sup>22</sup>

Иако је поменуто схватање упоредно правно општеусвојено, могуће му је ставити одређене замерке. Пре свега, са аспекта рација правила, могуће је да за процес производње буде од суштинског значаја нека покретна ствар, која није у власништву стечајног дужника. Пример за то би могао бити случај када би купац закупио једну или више одређених машина ради њихове употребе у производњи, пошто би куповина тих машина била превише скупа или тешко исплатива или би на наведени начин било могуће користити већи број њих него када би биле купљене. Без тих машина производња и цео подухват не би били могући. Ако би купац пао под стечај за њега би ове машине биле подједнако важне као и постројење или друга непокретност где обавља своју производњу. Затим са аспекта кохерентности унутрашњег правног система не треба занемаривати чињеницу да у српском облигационом праву у погледу предмета уговора ни закон који уређује уговор о закупу (ЗОО) не прави разлику на покретне и непокретне ствари<sup>23</sup> и друго, што из анализе стечајног третмана уговора о закупу не произлази да се исти увек третира као уговор који стечајни дужник и његов сауго-

20 Title 11 of the United States Code – Bankruptcy (у даљем тексту: US Bankruptcy Code); United Kingdom Insolvency Act 1986 (у даљем тексту: UK Insolvency Act); Bankruptcy and Insolvency Act Canada.

21 US Bankruptcy Code, § 365(d), § 365(h)(1)(C), § 365(n).

22 UK Insolvency Act, § 179(1).

23 ЗОО не одређује непосредно ни предмет закупа као непотрошну ствар, али се то види из његових одредби. Видети: ЗОО, чл. 567 ст. 1.



варач нису у целости или делимично извршили (обострано неизвршен двостранообавезан уговор), а што је услов за примену правила о праву избора стечајног управника.<sup>24</sup> На крају, оно што у највећој мери може наведеном схватању противстати произлази из саме конструкције чл. 99. Уочљиво је да се став седам, о закупу имовине стечајне масе, тешко може поимати тако да се примењује само на закуп непокретне имовине, али не и покретне.<sup>25</sup> Исто и два забрањена разлога за отказ уговора о закупу, иако на први поглед делује да су успостављена само као брана изигравању начела о непрестанку закупа непокретности у случају стечаја,<sup>26</sup> немају посебних препрека за примену и на уговоре о закупу покретних ствари.<sup>27</sup> Уз изнето, тешко је очекивати да би судови прихватили схватање по коме би се чл. 99 примењивао искључиво на уговоре о закупу чији је предмет непокретна ствар. С обзиром на све напред наведено и из детаљне анализе чл. 99 стиче се утисак да је српски законодавац хтео да пропише примену посебних стечајних правила само на уговор о закупу непокретности, али да је наведени члан тако неспретно формулисао да више говори насупрот ономе што се њиме желело постићи.<sup>28</sup> Члан 99 је формулисан тако да има више изузетака него правила.<sup>29</sup> Са друге стране мишљење да би се специфична стечајна регулатива имала примењивати истоветно на закуп покретних и непокретних ствари има можда и више стечајноправног упоришта него став о различитој стечајној регулативи ова два модалитета уговора о закупу. Већ је било речи о томе да и покретне ствари могу бити од значаја за производни процес колико и непокретне, те да исте не морају увек бити у власништву стечајног дужника (већ нпр. у закупу). У прилог овом схватању, а као још једна препрека дуалистичком концепту, стоји један додатни разлог, више правнотехничке природе. Наиме, ако се усвоји концепција по којој би се чл. 99, односно посебна стечајна регулатива,

24 ЗС, чл. 94 ст. 1.

25 Видети: ЗС, чл. 99 ст. 7.

26 Д. Слијепчевић, С. Спасић, *нав. дело*, стр. 266. Видети: ЗС, чл. 99 ст. 1.

27 Једино што ова забрана дерогира одредбе о отказу уговора закупу (ЗОО, чл. 584), али и нека од најважнијих начела уговорног права као што су начело о престанку трајног дуговинског односа отказом (ЗОО, чл. 358), *pacta sunt servanda* (ЗОО, чл. 17 ст. 1), равноправност уговорних страна (ЗОО, чл. 11), па се иста мора онда уско тумачити.

28 Можда на овом месту до изражаја долази понекад присутна тенденција српског законодавства која се огледа некој врсти благе „законодавне сујете“, односно у избегавању преузимања већ познатих и проверених решења од националних права развијених земаља, већ се прибегава одређеним „хибридним“ решењима за која се касније не може рећи да су од било кога преузета.

29 Видети: ЗС, чл. 99 ст. 1. Првим ставом овог члана је постављено правило (начело) које затим трпи толико изузетака да се губи смисао називати исто правилом.

примењивали само на закуп непокретности, закуп покретних ствари би се нашао у одређеном стечајноправном вакууму. Ако би закуп покретних ствари био изузет од примене чл. 99, то би значило да се на њега примењују општа правила о свим двостранообавезним уговорима, односно да се на њега примењује право избора стечајног управника. Међутим да би се право избора могло примењивати на било који двостранообавезни уговор он мора бити такав да га стечајни дужник и његов сауговорач до отварања стечајног поступка нису у целости или делимично извршили, а овај услов уговор о закупу према томе како га стечајно право регулише углавном не испуњава (о томе ће у другом делу текста бити више речи). На тај начин долази се до таквог парадокса да се на закуп покретних ствари не могу примењивати ни посебна стечајна правила из чл. 99 нити општа стечајна правила о праву избора која важе за све двостранообавезне уговоре.

Због свега наведеног можда би боље било тумачити одредбе чл. 99 на тај начин да се оне једнако примењују на закуп покретних и непокретних ствари (јединствен приступ). У сваком случају на судској пракси остаје давање последње речи у овој правној материји, а на законодавцу да *de lege ferenda* исправи наведене законске недоследности и одабере један од два поменута приступа, или пак изабере неко потпуно другачије решење (као на пример у англосаксонском законодавству), али од изузетне је важности да то учини на недвосмислен, прецизан и јасан начин.

### **III Временска ограничења права избора стечајног управника и њихова примена на уговоре о закупу**

Стечајно право даје стечајном управнику овлашћење да у случају неких двостранообавезних уговора, које је стечајни дужник закључио пре отварања стечајног поступка, одбије њихово извршење или да их испуни и тражи испуњење од друге уговорне стране. У правној теорији наведено право је познато као *право избора стечајног управника*. Према Закону о стечају стечајни управник ово овлашћење има у случају свих двостранообавезних уговора које стечајни дужник и његов сауговорач до отварања стечајног поступка нису у целости или делимично извршили.<sup>30</sup> Двостранообавезни уговори који испуњавају напред неведени услов у домаћој доктрини се називају и обострано неизвршени двостранообавезни уговори.<sup>31</sup> Ови се уговори тако називају пошто ниједна

30 ЗС, чл. 94 ст. 1.

31 Видети: Вук Радовић, „Дилеме у вези са појмом неизвршених двостранообавезних уговора у стечају“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2009, стр. 410–432.

уговорна страна (у овом случају стечајни дужник и његов сауговорач) није у целости или делимично извршила своју уговорну обавезу. Када се о уговору о закупу ради стечајно право признаје стечајном управнику једно право које наликује на право избора али му ни у ком случају није идентично, а то је право стечајног управника на отказ уговора о закупу.<sup>32</sup> Овде се, дакле, ради о два различита права стечајног управника. Пошто се прописивањем оваквих овлашћења стечајног управника даје одређена предност стечајном дужнику над сауговорачем, односно ремети се начело равноправности уговорних страна у његову корист, неопходно је дати одређену заштиту и другој уговорној страни. Одлука стечајног управника о томе да ли остаје код испуњења двостранообавезног уговора или од њега одустаје, веома је значајна како за стечајног дужника, тако и за другу уговорну страну, а иста је такође и иреверзибилна. Међутим, њихови интереси често су супротни. Сауговорачу стечајног дужника у интересу је да стечајни управник што пре изврши свој избор, а стечајном управнику пак да што дуже „већа“ о правној судбини двостранообавезног уговора. Најпре, питање које се неминуовно овде намеће је колико дуго стечајни управник може опирати о правној судбини двостранообавезног уговора? Трпи ли он, у вршењу овог свог права, нека временска ограничења, најпре законска? Закон о стечају не садржи одредбу којом би право избора стечајног управника временски ограничио тачно одређеним роком, али уређујући право избора у вези са свим двостранообавезним уговорима, дозвољава сауговорачу стечајног дужника да властитом активношћу прекине (али не и оконча) своју неизвесност. Одредбом закона предвиђена је могућност да сауговорач стечајног дужника позове стечајног управника да се изјасни о испуњавању уговора, а стечајни управник је дужан да сауговорача о томе у писменом облику обавести, у року од 15 дана од дана пријема позива.<sup>33</sup> Питање је такође и да ли се ова одредба може примењивати на уговор о закупу, пошто закон у вези закупа не садржи ниједно правило о томе када стечајни управник треба да се изјасни да ли жели да откаже закуп или не, а исти је на крају ипак двостранообавезан уговор. На први поглед то се чини правнологички потпуно исправно, пошто су прва правила опште природе те се у одсуству посебних прописа њихова примена и подразумева. Међутим, показаће се да то не мора увек бити тачно.

Сходно изнетом произлази да у српском стечајном праву право избора стечајног управника није везано никаквим роком. Српско стечајно право дакле припада оном систему где се примењује начело слободног

32 ЗС, чл. 99 ст. 3.

33 ЗС, чл. 94 ст. 3.

одређивања тренутка избора стечајног управника, што значи да је он поред тога што има слободу у избору да ли ће прихватити извршење уговора, слободан и да одлучи када ће то учинити.<sup>34</sup> У упоредној теорији и пракси искристалисала су се два начина временског ограничавања права избора стечајног управника, увођењем *ойшијеі* и *іосебноі рока*.<sup>35</sup> Општи рок представља временско ограничење за изјашењење стечајног управника које се везује за сваки двостранообавезни уговор. Општи рок је објективан рок који почиње тећи од тачно одређеног процесног момента (нпр. од отварања стечајног поступка), важи за све двостранообавезне уговоре, траје дужи број дана понегде уз могућност његовог продужавања, а у оквиру којег стечајни управник мора другу страну обавестити о томе да ли прихвата или одбија извршење двостранообавезног уговора. Упоредноправно посматрано овај рок представља раритет и до сада није био део ниједног законодавног решења српског стечајног права. Ретка законодавства која уводе овај рок су она у САД,<sup>36</sup> Црној Гори,<sup>37</sup> Дистрикту Брчко.<sup>38</sup> Посебан рок се тако назива пошто се он, за разлику од општег рока, не односи на све двостранообавезне уговоре, већ само на онај конкретан уговор у погледу којег сауговарач стечајног дужника интервенише. Такође, почетак и тренутак од кога почињу тећи ови рокови се разликују. Посебни рок се активира за сваки уговор посебно, углавном од обраћања сауговарача стечајног дужника стечајном управнику, а општи од унапред законом одређеног процесног тренутка. И на крају, општи рок почиње тећи *ex lege*, док са друге стране за отпочињање тока посебног рока је неопходна иницијатива сауговарача стечајног дужника. Посебан рок добоко је укореењен у српско стечајно право (још од предратног права), док је општи рок за наше национално стечајно право непознаница.<sup>39</sup> Према томе и важећи Закон о стечају садржи одредбу којом налаже стечајном управнику да се у року од 15 дана изјасни о прихватању уговора, у случају да га је сауговарач стечајног дужника на то позвао.<sup>40</sup> У том смислу, на овом се месту налази посе-

34 Вук Радовић, „Ограничења права стечајног управника на избор у вези са двостранообавезним уговорима“, VI Традиционално саветовање правосуђа „Вршац 2009“ – Стечај и приватизација, Београд, 2009, стр. 234.

35 В. Радовић, „Ограничења права стечајног управника на избор у вези са двостранообавезним уговорима“, стр. 236 и 239.

36 US Bankruptcy Code, § 365(d)(1).

37 Црногорски Закон о инсолвентности привредних друштава (*Службени лист РЦГ*, бр. 6/2002), чл. 44 ст. 1.

38 Закон о стечају, принудном поравнању и ликвидацији (*Службени гласник Дистрикта Брчко* бр. 1/2002), чл. 59 ст. 1.

39 Видети: Стечајни закон, пар. 21 ст. 1; ЗОСПОУР, чл. 195 ст. 2; ЗППСЛ, чл. 108 ст. 2; ЗОППС, чл. 91 ст. 2; ЗС, чл. 94 ст. 3.

40 ЗС, чл. 94 ст. 3.

бан рок за изјашњење стечајног управника о правној судбини сваког двостранообавезног уговора у српском стечајном праву. Слично као у српском праву, посебан рок садрже и права Републике Српске, Републике Македоније, Хрватске.<sup>41</sup> Међутим, када се добро анализирају правила ЗС о праву избора стечајног управника у случају двостранообавезних уговора, недостаје одговор на једно питање. Које су последице ако стечајни управник и поред позива сауговорача пропусти да у року од 15 дана одговори да ли прихвата извршење уговора или не? Законодавства напред наведених земаља, за овај случај предвиђају неоториву претпоставку о одбијању испуњења двостранообавезног уговора.<sup>42</sup> Закон о стечају не садржи речи о томе. Опет традиционално у српском стечајном праву, почевши још од Стечајног закона Краљевине Југославије из 1929. године, па кроз послератне прописе (са изузетком Уредбе о престанку предузећа и радњи), све до Закона о стечајном поступку, у случају пасивности стечајног управника по позиву друге стране, важила је законска претпоставка његовог одустанка од уговора.<sup>43</sup> То је била неоторива претпоставка и супротно се није могло доказивати. Доношењем Закона о стечајном поступку ова одредба је намерно изостављена, а једна позитивна законодавна традиција прекинута. Иако је то за српско стечајно право значило један корак уназад, исто је учињено и важећем Закону о стечају.<sup>44</sup> Наравно, остаје нејасно из ког је разлога у модерној легислативи тако поступљено, пошто је тиме једини инструмент за временско ограничавање права избора стечајног управника маргинализован. По ставу судске праксе у нас, неизјашњавање стечајног управника у законском року значи одбијање испуњења уговора. Са друге стране теорија је заузела супротно мишљење, базирајући свој став на томе да права из двостранообавезних уговора представљају саставни део стечајне масе и на потреби заштите поверилаца.<sup>45</sup> Као пример, у земљама окружења македонско право прописује да стечајни управник губи право да прихвати двостранообавезан уговор, ако се и поред позива друге уговорне стране, о његовој правној судбини не изјасни у року од осам дана.<sup>46</sup> То значи да у случају пасивности стечајног управника важи претпоставка о одустанку од двостранообавезног уговора. Слично решење садржи и хрватско право које везује обавезу стечајног управника да се по позиву

41 ЗСПРС, чл. 69 ст. 2; ЗСМК, чл. 157 ст. 2; СЗХР, чл. 110 ст. 2.

42 *Idem.*

43 Види: Стечајни закон, пар. 21 ст. 2; ЗОППС, чл. 92 ст. 2; ЗОСПОУР, чл. 157 ст. 2; ЗППСЛ, чл. 108 ст. 2.

44 Види: ЗСП, чл. 74 и ЗС, чл. 94.

45 В. Радовић, „Ограничења права стечајног управника на избор у вези са двостранообавезним уговорима“, стр. 245.

46 ЗСМК, чл. 157 ст. 2.

сауговарача стечајног дужника изјаснити о правној судбини достранообавезног уговора за извештајно рочиште (ово рочите је слично као прво поверилачко рочите у нашем ЗС, пошто се на овим рочиштима у хрватском и српском праву одлучује о начину даљег пословања стечајног дужника), а изузетно ако сауговарачу стечајног дужника прети знатна штета стечајни управник је дужан да га о својој намери обавести препорученом пошиљком у року од осам дана.<sup>47</sup> Америчко законодавство такође садржи препоставку о одбијању извршног уговора у случају пропуштања стечајног управника да се у року изјасни о његовој правној судбини.<sup>48</sup>

Најзад, с обзиром на све напред наведено у вези са временским ограничавањем права избора стечајног управника, неопходно је указати од каквог је то значаја за уговор о закупу. Као што је већ речено, применом принципа да се општа правила примењују на одређени однос који није посебном нормом уређен, а може се под њих може подвести, долази се до закључка да се и на уговор о закупу има применити општа одредба о двостранообавезним уговорима која даје право сауговарачу да позове стечајног управника да се изјасни о испуњењу истог. То би значило да у случају стечаја сауговарач стечајног дужника у закупном односу може да позове стечајног управника да се изјасни да ли ће наставити са испуњењем или отказати уговор, а стечајни управник би о томе морао да се изјасни у писменом облику у року од 15 дана од пријема позива. У питању је посебни рок за изјашњење и овде би важило све што је већ речено у вези њега. Дакле у овом случају на уговор о закупу примењује се опште правило којим су регулисани сви двостранообавезни уговори у стечају. Ситуација је јасна, пошто је уговор о закупу свакако двостранообавезан уговор по логици ствари требало би га подвести под одредбу које регулише све двостранообавезне уговоре на општи начин. То је први разлог. Други је тај што сада Закон изричито прописује да се одредбе ЗС о праву избора имају применити на све остале двостранотеретне уговоре, осим ако је истим законом за посебне уговоре другачије прописано.<sup>49</sup> Међутим, то је све само на први поглед. Наиме, по слову Закона, право избора стечајног управника може се примењивати искључиво у случају двостранотеретних уговора које стечајни дужник и његов сауговарач нису у целости или делимично извршили до отварања стечајног поступка.<sup>50</sup> Значи, на обострано неизвршене двостранообавезне уговоре. Суштина је у томе што уговор о закупу, иако несумњиво

47 СЗХР, чл. 110 ст. 2.

48 US Bankruptcy Code, пар. 365(d)(1).

49 ЗС, чл. 94 ст. 5.

50 Види: ЗС, чл. 94 ст. 1.

двостранообавезни уговор, стечајно право не посматра као обострано неизвршен. Разлог за овакав третман треба тражити у правној природи уговора о закупу и у његовом стечајном и ванстечајном режиму.

Првенствено, уговор о закупу се не може посматрати на јединствен начин током целог свог трајања. Правна природа овог уговора је таква да га карактеришу и облигационе и стварноправне особине. Одмах на почетку ваља истаћи да се спор о правној природи уговора о закупу не односи на целину уговора о закупу и закупни однос који из њега настаје, него само на један његов елемент, право које настаје за закупца после предаје ствари. Сам уговор о закупу несумњиво рађа облигације за обе уговорне стране, међутим после предаје ствари закупцу он стиче право да користи закупљену ствар. Ради правилног разумевања његове правне природе неопходно је разликовати две фазе у његовим правним дејствима.<sup>51</sup> У својој првој фази уговор о закупу производи само једну обавезу, обавезу закуподаваца да преда ствар закупцу на употребу. Дакле, купац тада има једно обично неновчано потраживање и то је, по закључењу, једино дејство уговора. Закуподавац и даље може ствар предати другом, отуђити је, а купац га у томе не може спречити. Међутим, после извршене предаје ствари која је предмет уговора закупчево право се преображава и тада почиње друга фаза уговора.<sup>52</sup> Ствар се сада налази у закупчевим рукама, и он више нема потраживање него право да ствар користи, а закуподавац сада има негативну обавезу да то трпи. Али купац сада то своје коришћења може супроставити не само закуподавцу него и свим трећим лицима.<sup>53</sup> Он може то своје право супроставити чак и прибавиоцу, тј. новом власнику. Купац који до тада није имао никаквих обавеза сада мора да плаћа закупнину, употребљава ствар према уговору и да је по престанку закупа врати, али наравно стиче и право да ствар користи. Закуподавац је извршио своју „главну обавезу“ предаје и остаје му само да се суздржава од повреде закупчевог права употребе и да евентуално поштује одређене акцесорне обавезе. Он више нема шта да извршава. Најзад, закључак је да уговор о закупу јесте двостранообавезан уговор, међутим обавезе уговорних страна не постоје симултано, већ испуњење обавезе једне стране рађа обавезу друге. Предајом ствари главна обавеза закуподавца се гаси, али настају обавезе за закупца. Обавезе из уговора о закупу не настају закључењем уговора истовремено, већ sukcesивно. Извршењем обавезе једне стране закуп не губи карактер двостране обавезности, он увек подразумева обавезе за обе уговорне стране, само што исте не постоје истовремено.

51 Борислав Т. Благојевић, Врлета Круљ, *Коментар Закона о облигационим односима II*, Београд, 1980, стр. 24.

52 Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Стварно право*, 9. издање, Београд, 1996, стр. 296.

53 О. Станковић, М. Орлић, *нав. дело*, стр. 299.

Сада је неопходно осврнути се на стечајноправни режим уговора о закупу. Закон о стечају уговор о закупу регулише посебним стечајним правилима. То чини тако што посвећује један цео члан специфичној регулативи овог уговора.<sup>54</sup> Када се дубље протумаче правне ситуације обухваћене ставовима овог члана, јасно је да оне подразумевају уговор о закупу по коме је већ извршена предаја непокретности закупцу. То се види и тумачењем јединог става овог члана који претпоставља ситуацију када непокретност закупцу још није предата.<sup>55</sup> То значи да је законодавац сва правила која је овим чланом поставио усмерио на закуп код кога је предмет уговора предат закупцу пре отварања стечајног поступка. За ситуацију када, у време отварања стечајног поступка, непокретност није у притежању закупца предвидео је посебно правило.<sup>56</sup> Сва остала правила се односе на закуп по коме се ствар већ налази код закупца.

Сходно реченом, долази се до закључка да стечајно право под специфичан режим ставља закуп који не испуњава услов обостране неизвршености, односно да стечајни дужник и његов саговорарач до отварања стечајног поступка нису у целости или делимично извршили уговор, већ напротив овде једна страна јесте у целости извршила своју уговорну обавезу, па је тиме закуп постао једнострано неизвршен двостранообавезан уговор. Остале обавезе закуподавца, које настају после предаје ствари су акцесорне и у принципу нису од значаја за квалификацију закупа као сада једнострано неизвршеног уговора. Као што је већ истакнуто, када закуподавац изврши своју обавезу предаје, долази до преображаја у правној природи закупа, за њега настају још две обавезе које до сада није имао – обавеза одржавања ствари и обавеза заштите. Прва обавеза је диспозитивне природе. Обавеза одржавања ствари у исправном стању није саставни део основне обавезе закуподавца, и не улази у битне елементе уговора о закупу него представља природан састојак уговора. Отуда уговорници могу другачије одредити одржавање ствари, а да уговор не промени своју суштину.<sup>57</sup> У пракси, у огромном броју случајева, странке уговарају да одржавање ствари у исправном стању врши закупца, што и произлази из

54 ЗС, чл. 99.

55 Види: ЗС, чл. 99 ст. 6. Додуше законодавац овде говори само о закупу непокретности, и то свакако иде у прилог ставу о дуалистичком третману уговора о закупу, односно додатно упућује на примену права избора на закуп покретних ствари, притом, поред тога законодавац је овим ставом још и искључио могућност да се закуп непокретности јави као обострано неизвршен уговор, али исто није учинио и за закуп покретних ствари, те за њега остаје могућност примене права избора. Наравно, ако закуподавац изврши предају покретне ствари, и свака теоријска могућност примене права избора отпада.

56 ЗС, чл. 99 ст. 6.

57 Б. Благојевић, В. Круљ, *нав. дело*, стр. 33.



логике ствари и када је предмет уговора покретна, и непокретна ствар. Обавеза заштите је опет условна, те се активира само ако се неки од услова оствари, односно ако се испостави да ствар има материјалних или правних недостатака. Као што се види, извршењем обавезе предаје предмета уговора закуп у принципу постаје једнострано неизвршени двостранообавезни уговор. Као такав, овај уговор се не може подвести под норму о праву избора стечајног управника, пошто се она примењује само обострано неизвршене двостранообавезне уговоре (двостранообавезне уговоре које стечајни дужник и његов сауговорач до отварања стечајног поступка нису у целости или делимично извршили). Пошто стечајно право регулише закуп као једнострано неизвршен двостранообавезан уговор на њега се не могу применити правила стечајног закона везана за право избора стечајног управника. Без постојања класичног права избора посебни рок за изјашњење стечајног управника нема смисла. Посебни рок извире из једне норме о праву избора стечајног управника у случају свих обострано неизвршених двостранообавезних уговора, а право отказа уговора о закупу из потпуно друге норме. Стечајни управник у погледу уговора о закупу нема право избора, у смислу у којем му законодавство и теорија то признаје за остале двостранообавезне уговоре, већ право отказа. Како се посебан рок везује за право избора и извире из њега, у одсуству истог о посебном року нема смисла говорити. Са друге стране опште норме о двостранообавезним уговорима се исто не могу проширити на уговор о закупу у смислу чл. 94 ст. 5 ЗС, пошто за стечајно право уговор о закупу није обострано неизвршен двостранообавезан уговор. Те је јасно да се на уговор о закупу не може примењивати посебан рок.

Закључак је, дакле, да се на уговор о закупу у стечају не може примењивати општа одредба за све двостранообавезне уговоре, везана за право избора стечајног управника, која даје сауговорачу стечајног дужника право да позове стечајног управника да се у одређеном року писмено изјасни о правној судбини уговора (у теорији познат као посебни рок за изјашњење стечајног управника). Овоме се ставу могу супротставити три замерке. Прва се у суштини своди на принцип, „од општег ка посебном“, а базира се на томе да се у оба случаја ради о двостранообавезним уговорима, односно на томе да је закуп двостранообавезан уговор те да би по логици ствари недостатак норми у његовом регулисању требало попуњавати општим правилима која су прописана за све двостранообавезне уговоре и да су притом право отказа и право избора два веома слична права стечајног управника, а прво је још и шире постављено и трпи мања ограничења од другог.<sup>58</sup> Такође би из угла сауговорача стечајног дужника било изузетно неправедно допу-

58 Оба ова права стечајног управника представљају правну моћ дату на основу закона.

стити стечајном управнику да закуп остави пендентним током трајања целог стечајног поступка. Тиме би се још више угрозила његова правна сигурност. Наиме, додељивањем правне моћи, односно једностраног права избора стечајном управнику дерогирају се нека основна начела уговорног права попут равноправност страна у облигационом односу, *pacta sunt servanda*, гашења обавеза само сагласношћу воља страна у облигационом односу.<sup>59</sup> Ненаметањем неке врсте посебног рока, као инструмента за ограничење поменутих права стечајног управника, доводи се до случаја додатне маргинализације наведених фундаменталних принципа уговорног права, са израженом компонентом правне несигурности. Друга замерка се надовезује на прву. Наиме, законодавац је у самом члану којим уређује право избора у случају двостранообавезних уговора посебно прописао да се „одредбе овог члана примењују се на све двостранотеретне уговоре, осим ако је овим законом за одређене уговоре другачије прописано“.<sup>60</sup> Интересантно је да ова одредба представља новитет у односу на претходни Закон о стечајном поступку, пошто је он није садржао.<sup>61</sup> У основи, ту лежи подела двостранообавезних уговора на опште и специфично стечајноправно регулисане, а тумачењем наведене одредбе види се да она управо искључује примену правила о праву избора на уговоре о закупу (због формулације „...осим ако је овим законом за одређене уговоре другачије прописано“ (*arg. ex* ЗС, чл. 94 ст. 5)). Трећа замерка се огледа у томе да ЗС не онемогућава увек примену општих правила на уговоре о закупу чији је предмет покретна ствар. Уколико се усвоји дуалистички приступ по коме би се посебна стечајна правила примењивала само на закуп непокретних ствари, ЗС не искључује увек могућност примене права избора на уговоре о закупу чији је предмет покретна ствар. Тачније, независно од тога која од две концепције се усвоји, примена општих правила на закуп покретних ствари је могућа уколико закуподавац до отварања стечајног поступка није предао ствар закупцу, пошто ЗС за случај када се предмет закупа не налази код закупца у време отварања стечајног поступка прописује посебно правило које се примењује само на закуп непокретности, остављајући тако отворени простор за примену општих правила на закуп покретних ствари (*arg. ex* ЗС, чл. 99 ст. 6)).

Разлика између ова два права лежи у предмету избора. У погледу закупа стечајни управник има право на отказ. Он може закуп отказати или га оставити на снази, ту и није релевантан степен испуњења уговора. Друге двостранообавезне уговоре не може да откаже, већ да

59 ЗОО, чл. 11, чл. 17 ст. 1 и 2.

60 ЗС, чл. 94 ст. 5.

61 Видети: ЗСП, чл. 79.

одбије испуњење или испуни и тражи противиспуњење. Ради се, дакле, о два различита права стечајног управника, која он црпи из две различите правне норме.<sup>62</sup> То значи да нема места двема наведеним примедбама. Примена посебног рока није могућа на уговор о закупу. Посебни рок извире из општег права избора стечајног управника и уређен је истим чланом закона. Он се односи на то право избора и без њега нема смисла. Како у случају закупа (који је специјално и посебном нормом уређен) стечајни управник нема исто, већ другачије право – право на отказ, посебан рок се овде не може сходно примењивати. Не може се примењивати ни упућујући, пошто се норма која предвиђа примену члана 94 ЗС о праву избора и на све остале двостранообавезне уговоре пре треба тумачити као да искључује примену овог члана на уговоре закупа, као што је већ објашњено.<sup>63</sup>

Сад када је утврђено да се посебан рок не може применити на уговор о закупу, остаје питање заштите права саговорача стечајног дужника, начела једнакости уговорних страна у двостранообавезном уговору, правне сигурности и других начела уговорног права. Друга уговорна страна је овде стављена у веома незавидну ситуацију, пошто стечајни управник технички може одуговлачити да се определи о отказу закупа током трајања целог стечајног поступка. А проблем је у томе што друга уговорна страна не може својом активношћу формално да учини ништа да оконча ту правну неизвесност. При таквом стању ствари, саговорач стечајног дужника би трпео једну потпуну несигурност и неизвесност у погледу тога каква су му права и обавезе у стечајном поступку. Зато, и поред непостојања упућујуће норме и немогућности сходне примене општих правила о двостранообавезним уговорима, решење треба тражити у аналогiji. У праву, аналогija је један од начина попуњавања правних празнина тако што се једна норма којом се изричито уређује један однос, примењује на неки други однос који није изричито уређен

62 Напослетку, разлике постоје и у дејствима вршења ова два права. Крајњи резултат извршења ова два права стечајног управника се може разликовати. Наиме, ако стечајни управник одлучи да остане при испуњењу уговора, различитих последица нема, уговор опстаје и током стечајног поступка. Разлике у дејствима су присутне када стечајни управник одлучи да од уговора одустане. Наиме, ако се стечајни управник код двостранообавезног уговора одлучи да одустане од њега, тај уговор нужно не мора престати. Он и даље постоји, са тиме што поверилац из тог уговорног односа са стечајним дужником своје потраживање може остваривати као стечајни поверилац. Да би тај уговор престао потребан је још један акт, односно да уговор престане нпр. или отказом, односно раскидом због неиспуњења као општим начинима престанка обавеза по ЗОО. Са друге стране када стечајни управник уговор о закупу откаже он престаје одмах. Довољна је само једнострана изјава воље стечајног управника. Није потребан никакав посебан разлог, довољно је да стечајни поступак буде отворен.

63 Видети: ЗС, чл. 94 ст. 5.

ниједном нормом, али који је битно или значајно сличан оном изричито уређеном. За примену аналогије битан је *ratio legis* који је законодавац имао на уму приликом доношења нормe чија се примена проширује на однос који није регулисан ниједном нормом. Важно је да други случај има истоветна она обележја која су у првом случају била *ratio legis* доношења нормe. То би се могло тврдити за однос уговора о закупу и осталих двостранообавезних уговора у стечају. Изузетно би било лоше, са аспекта правне сигурности и равноправности уговорних страна, оставити саговорача стечајног дужника без могућности да позове стечајног управника да се изјасни да ли ће уговор о закупу отказати или оставити на снази. Од тога у потпуности зависи статус, односно скуп права и обавеза саговорача стечајног дужника у стечајном поступку.

Решење српског законодавства, у погледу рока стечајног управника за отказ уговора о закупу, битно не одступа од оног које преовлађује у земљама окружења, односно у осталим великим европско-континенталним правним системима. Таква се решења редовно свODE на давање одређеног посебног отказног рока који је независтан од уговорених или законских рокова (Немачка три месеца,<sup>64</sup> Србија 30 дана) или на ограничење отказног рока на законски независно од уговореног (Македонија<sup>65</sup> и Хрватска<sup>66</sup>). Интересантно је да у стечајном праву Македоније, у случају када се стечајни дужник појављује као закуподавац одбор поверилаца одлучује да ли да тај уговор откаже или не, те даље налаже стечајном управнику да то учини.<sup>67</sup> Оно што је још занимљивије, је чињеница да по македонском стечајном праву свака страна има дужност да у року од 15 дана извести другу страну да ли намерава да откаже уговор о закупу, а ако то не учини, губи право на отказивање уговора.<sup>68</sup> То значи да у случају пасивности уговорних страна важи претпоставка остављања уговора на снази. Приликом отказивања уговора о закупу стечајни управник није дужан да се придржава уговореног отказног рока, већ је довољно да се придржава законског. Али он је дужан да у року од 15 дана извести другу уговорну страну о томе да ли намерава да откаже уговор о закупу, овај рок има преклузиван карактер, онај ко га пропусти губи право на отказ уговора.<sup>69</sup> То значи да македонско стечајно право садржи рок чијим протеком престаје неизвесност за саговорача стечајног дужника код уговора о закупу. Интересантно је да у

64 InsO, пар. 109 ст. 1.

65 ЗЗСРМК, чл. 164 ст. 1.

66 СЗХР, чл. 116 ст. 1.

67 ЗЗСРМК, чл. 162 ст. 2.

68 ЗЗСРМК, чл. 164 ст. 2.

69 Дејан Костовски, *Закон за стечај коментар*, Скопље, 2007, стр. 484.

македонском законодавству у случају када стечајни управник пропусти рок за изјашњење код двостранообавезних уговора важи претпоставка одбијања истих, док ако то учини када се ради о уговору о закупу важи супротна претпоставка – претпоставка прихватања закупа. Немачко право, за разлику од већине других права садржи претпоставку остајања закупа на снази, тако што предвиђа да стечајни управник, у случају да се не изјасни о судбини уговора о закупу у року од две недеље од захтева друге стране, губи право да одустане од уговора.<sup>70</sup> Са друге стране представник англосаксонских правних система, амерички *Bankruptcy Code*, такође не оставља места неизвесностима. Њиме је предвиђено да, ако приликом ликвидације стечајни управник пропусти да се изјасни о томе да ли одустаје или не од уговора о закупу или другог извршног уговора у року од 60 дана (уз могућност суда да овај рок продужи за још 60 дана) се такав уговор има сматрати одбијеним.<sup>71</sup> Значи у америчком праву у случају пасивности стечајног управника важи претпоставка отказа уговора о закупу. Такође, када се спороводи реорганизација и у још неколико одређених ситуација, *US Bankruptcy Code* предвиђа да стечајни управник може закуп или извршни уговор одбити или оставити на снази у било ком периоду до усвајања плана, са тим што суд, на захтев било које уговорне стране, може наредити стечајном управнику да прецизира тачан временски период у коме ће донети такву одлуку.<sup>72</sup>

#### IV Закључак

Српско стечајно право иначе даје стечајном управнику велика овлашћења у вези са двостранообавезним уговорима и уговорима о закупу, која могу водити и бројним злоупотребама. Због тога су у упоредноправној теорији и пракси развијана бројна ограничења ових овлашћења стечајног управника, док се код нас, барем у пракси, у овоме доста заостаје за осталим националним правима развијених земаља. Већина правних празнина и законских недоследности могу се ипак отклонити одговарајућим ставовима судске праксе и теорије. На првом месту, у погледу дилеме о предмету примене посебних стечајних правила, аргумената за једно и за друго тумачење има подједнако, али ипак

70 InsO, пар. 109 ст. 2.

71 US Bankruptcy Code, пар. 365(d)(1). Потребно је и назначити да америчко стечајно право истим одредбама једнако регулише уговоре о закупу и остале егзекутивне уговоре (ови су уговори донекле пандан нашем појму двостранообавезних уговора), не познајући разлику на опште и посебно уређене уговоре, као што се то у европско-континенталним националним правима углавном чини.

72 US Bankruptcy Code, пар. 365(d)(2).

се чини да би одредбе ЗС реалније било тумачити у корист става о јединственој стечајној регулативи уговора о закупу, као што је у првом делу текста и објашњено. Такође, посебан рок за изјашњење стечајног управника неопходно је тумачити тако да се примењује и на уговор о закупу. Даље, правнотехничке непрецизности у погледу начина изјашњења стечајног управника по позиву друге стране треба санирати тумачењем истих у корист саговорача стечајног дужника, пошто је ова норма о посебном року у његовом интересу и успостављена. У неким случајевима ипак су неопходне одређене измене стечајног закона. Тако је веома важно да законодавац *de lege ferenda* минуциозно одреди предмет примене посебних стечајних правила на уговор о закупу, као што је и наведено делу текста који о тој теми говори.<sup>73</sup> Подједнако важно је и поновно увођење законске претпоставке прихватања или одбијања уговора од стране стечајног управника (у случају његовог неизјашњавања у року, а по позиву супротне стране – посебан рок). Међутим, оптирање између ове две претпоставке није лак задатак. Док код двостранообавезних уговора уопште, није сасвим оправдано приклонити се у потпуности ни једном ни другом решењу, код уговора о закупу ситуација је много јаснија. Дефинитивно би, када се о уговору о закупу ради, у случају ћутања стечајног управника требало да важи законска претпоставка да је закуп остао на снази. Код закупа, поред чињенице да у нашем праву права из уговора чине саставни део стечајне масе, стоји и јак аргумент да *ratio legis* због кога законодавац уговору о закупу даје посебну стечајну регулативу лежи баш у томе да у случају стечаја уговор о закупу непокретности остане на снази (*arg. ex st.* 1 чл. 99 ЗС). Наиме, већ је подробно објашњено зашто је, и колико, то од значаја за производни процес субјекта у стечају. Отуда у случају сумње, увек се треба приклонити ставу да закуп у стечају остаје на снази. У супротном би се у потпуности обесмислио циљ ст. 1 чл. 99 ЗС и разлог због кога законодавац уопште успоставља посебну стечајну регулативу и конституише посебна права стечајног управника у односу на уговор о закупу. Код осталих двостранообавезних уговора ствари стоје мало другачије. Са једне стране, права из ових уговора јесу део стечајне масе,<sup>74</sup> па се

73 Овде би законодавац, у случају да се определи за приступ по коме се посебна стечајна правила примењују само на закуп чији је предмет непокретна ствар, морао посебно да води рачуна о примени правила о праву избора на закуп покретних ствари када се предмет уговора у време отварања стечајног поступка већ налази у закупчевом притежању, те би ово питање морао прецизно да уреди. На тај начин би се избегле непотребне теоријске расправе, пошто, како је већ објашњено, закуп покретних ствари тада не испуњава услов уговора који „није у целости или делимично извршен“.

74 Али и обавезе стечајне масе. Види: ЗС, чл. 94 ст. 4.

као оправдано чини решење о важењу претпоставке прихватања уговора, али са друге, упоредно стечајно право говори у прилог претпоставци одустанка од уговора, а уз њега и старо начело грађанског права да ћутање не значи прихватање, поготову када је временски ограничено у виду тачно одређеног рока. Чињеница да је уговор био познат стечајном управнику говори у прилог ставу о важењу претпоставке одбијања уговора, а чињеница да стечајном управнику постојање уговора није било познато иде у прилог претпоставци о прихватању уговора. На крају, треба и уочити да постоји велики број разноврсних двостранообавезних уговора, па је веома незахвално овде наметати превише уопштена решења. Готово је немогуће предвидети јединствено решење, толико флексибилно би се њиме могло удовољити приликама сваког конкретног случаја. Због тога би давање одређене ингеренције стечајном суду у овој материји било добра тема за нека будућа разматрања. Из свих наведених разлога, можда би најбоље било вратити се традиционалном решењу српског стечајног права да у случају ћутања стечајног управника важи претпоставка одустанка од двостранообавезног уговора. Поред овако постављеног посебног рока, општи рок за изјашњење није неопходан, али његово увођење не би било на одмет.

*Strahinja MARIČIĆ, M.A.*

## SOME INCONSISTENCIES IN INSOLVENCY REGULATION OF LEASE CONTRACTS

### Summary

*The paper deals with certain inconsistencies in the regulation of legal consequences of bankruptcy proceedings on leases and executory contracts, concluded before the bankruptcy took place. The main issues in this paper are: whether the special bankruptcy rules apply only to leases of real estates, or the same apply to the lease generally, regardless of whether leases are of movable or immovable things, and whether, in the absence of specific provisions on the regime of the leases in bankruptcy, general bankruptcy rules in the case of all executory contracts can be applied on lease agreements. The Serbian Insolvency Act leaves the possibility of significantly different interpretations of these provisions. The paper also points out the broad powers that the legislature granted the insolvency administrator in connection with these agreements, and then the*

*lack of limitations and the possibility of arbitrariness in the insolvency administrators exercise of those powers. Attention is drawn to the threats to the legal security, but also to the threats to some basic principles in contract law. Trying to respond to these questions, both domestic and foreign statutes have been analyzed. The conclusion is that the legislature in this area has some illogical results, so in this article, in addition to certain interpretations of provisions, some changes of the Insolvency Act have been suggested also. Through the article there are some visible motives of influence (change) that the bankruptcy law has on the non-bankruptcy law.*

**Key words:** *unique and dualistic approach, two-sided contracts, mutually unexecuted two-sided contracts, specific and general insolvency regulation, general and special deadline.*



УДК 347.921:347.736/.739 ; 347.72.04

**Марко РАДОВИЋ**

студент докторских студија Правног факултета  
Универзитета у Београду

## **ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ПОВЕРИЛАЦА УСЛЕД НЕПОСТУПАЊА ПО УСВОЈЕНОМ ПЛАНУ РЕОРГАНИЗАЦИЈЕ**

### **Резиме**

*Основни циљ овог рада садржан је у итежњи да се укаже на постојање законских недоумица позитивної стечајної права, обзнане неки практични проблеми и изнесу предлози који би могли бити од утицаја на повоување правних правина зарад правичної реулисања положая поверилаца услед неоспоуања по усвојеном плану реорјанизације. Како се на том поу сложеност правне природе усвојеног плана реорјанизације намеће као прејходно иишање, то ће оно најпре бити анализирано.*

*Размаирање овог иишања нарочито добија на значају услед чињенице да се и при најављеним изменама и доунама стечајної закона уиште не задире у иишање положая поверилаца услед неоспоуања по усвојеном плану реорјанизације.<sup>1</sup>*

**Кључне речи:** *стечај, реорјанизација, план реорјанизације, положая поверилаца.*

---

<sup>1</sup> Становиште заузето према објављеној радној верзији Нацрта Закона о изменама и доунама Закона о стечају од 27.10.2013. године. Видети: [www.privreda.gov.rs](http://www.privreda.gov.rs).

## I Уводна одређења

Реорганизација стечајног дужника,<sup>2</sup> и у предвечерје прве деценије након увођења у наш правни систем, чини узрок бројних недоумица не само у судској пракси већ и у правној теорији. Разлог томе лежи у сложености правне грађе коју овај правни институт са собом носи и збиља присутне недоречености закона о појединим питањима његовог правног дејства.<sup>3</sup>

Иначе, под реорганизацијом у стечајном поступку подразумева се укупност мера које се предузимају према инсолвентном дужнику, на основу усвојеног и потврђеног плана реорганизације, ради повољнијег намирења тражбина поверилаца него у поступку банкротства.<sup>4</sup> Из дате дефиниције може се закључити да је основни циљ реорганизације намирење од платежно неспособног дужника, које је повериоцима повољније него путем уновчења имовине у поступку банкротства.<sup>5</sup> Економски опоравак дужника је само један од начина за остварење овог циља, али чему свакако треба тежити.<sup>6</sup>

- 2 Поред реорганизације стечајног дужника или стечајне реорганизације, која је управљена на чињење промена према инсолвентном привредном друштву зарад тежње ка што повољнијем намирењу његових поверилаца у односу на поступак банкротства, ваља разликовати реорганизацију платежно способног привредног друштва, установљену зарад побољшања његовог пословног успеха.
- 3 С правом се у теорији стечајног права истиче да поступак реорганизације стечајног дужника представља вероватно најсложенији правно-економски процес уопште. Више о томе: Ј. Барбић, „Преустрој дужника у стечају“, *Зборник радова са Јодушине савештована „Актуелна пракса хрватској јосиодарсџва и љравне љраксе“*, Инжењерски биро, Загреб, 1996, стр. 13.
- 4 Слично: Н. Јовановић, „Предрасуде о стечајној реорганизацији у Србији“, *Зборник радова са III Конференције одбора љрисиџујајућих земаља INSOL Europe*, Агенција за лиценцирање стечајних управника, Београд, 2007, стр. 56. Иначе, ова дефиниција ослања се на законско наређење да се под реорганизацијом подразумева намирење поверилаца према усвојеном плану реорганизације и то редефинисањем дужничко-поверилачких односа, статусним променама дужника или на други начин који је предвиђен планом реорганизације, регулисано чл. 1 ст. 4 Закона о стечају (*Сл. љласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011 – др. закон и 71/2012 – одлука УС).
- 5 У погледу овог полазног става о циљности реорганизације постоје и другачија схватања у правној теорији, путем којих се као главни циљ стечајне реорганизације у први план истичу опстанак привредног друштва и његов економски опоравак. Истицање овог циља као главног карактеристика је, иначе, француског стечајног права. Међутим, наш правни систем ближи је америчком тумачењу циљности реорганизације, који првенствено штити повериоце, а најпосле дужника. Овај закључак јасно произлази из законског одређења нашег стечајног права, да се реорганизација спроводи ако се тиме обезбеђује повољније намирење поверилаца у односу на банкротство, а посебно ако постоје оправдани услови за наставак дужничковог пословања.
- 6 Економски опоравак дужника у пуном обиму омогуђује се путем тзв. санационог плана реорганизације. Међутим, стечајно право познаје и тзв. ликвидациони план,

Поступак реорганизације може отпочети пре, или након покретања стечајног поступка и наступања његових правних последица, што значи да је реорганизација могућа и у предстечајном поступку.<sup>7</sup> Ова могућност остварује се подношењем унапред припремљеног плана реорганизације истовремено са предлогом за покретање стечајног поступка, у случају испуњености других законом прописаних услова,<sup>8</sup> чиме се предупређује наступање правних последица стечаја. Међутим, и у случају када се покреће подношењем унапред припремљеног плана, реорганизација се може спровести само уколико подношењу плана претходи постојање стечајног разлога, обзиром да се на тај начин чини реалном опасност од наступања последица стечаја које доводе у питање извесност намирења поверилаца. Тиме се повериоци поспешују да „компромисним решењем“ установе мере реорганизације које ће омогућити боље задовољење њихових интереса, него код банкротства.<sup>9</sup> Независно од чињенице да су стечајним законом прописане одређене мере реорганизације, учесницима у поступку реорганизације се даје пуна слобода у њиховом избору.

Уколико у законом прописаном поступку он буде изгласан прописаном већином у свакој класи поверилаца,<sup>10</sup> након правноснажности решења о потврђивању усвајања плана реорганизације стечајни поступак се обуставља.<sup>11</sup> Стога, усвојени план реорганизације чини основ даљег регулисања односа учесника поступка реорганизације стечајног дужника. Од искључиво његове правне природе и законом прописаних

као и преносни план. Код ликвидационог плана реорганизације циљ је да се путем ликвидације стечајног дужника оствари повољније намирење поверилаца у односу на поступак банкротства. Његова предност у односу на банкротство огледа се у томе што он твори могућност одступања од законских правила о начину и времену намирења стечајне масе. Преносним планом се тежи опстанку само дела привредног друштва који позитивно послује, док се његов нефункционални део ликвидира. Више о врстама планова реорганизације: Група аутора, *Приручник за стечајне управнике*, Агенција за лиценцирање стечајних управника, Intermex, Београд, 2005, стр. 333.

7 В. Серјевић, „Коментар неких одредби Закона о стечајном поступку у контексту међународних извора стечајног права“, *Билтен судске праксе њирџовинских судов*, бр. 4/2007, Београд, стр. 244.

8 Закон о стечају, чл. 156–160.

9 Д. Слијепчевић, „Непоступање по усвојеном плану реорганизације“, *Билтен судске праксе њирвредних судов* Републике Србије, бр. 3/2010, стр. 285; Д. Манолева-Митровска, „Фази во реорганизацијата на стечајниот должник во правото на Република Македонија“, *Зборник Правној факултетиа у Зајребу*, бр. 2/2011, стр. 851.

10 О формирању класа поверилаца у поступку реорганизације стечајног дужника, видети: В. Радовић, „Класификовање потраживања у поступку реорганизације“, *Зборник радова „Хармонизација стечајној њрава и нови Закон о стечајном њосџујку“*, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2005, стр. 232.

11 Закон о стечају, чл. 166 ст. 2.

правних последица потврђивања плана зависна је успешност намирења потраживања поверилаца. Уколико план реорганизације буде до краја извршен, престају потраживања поверилаца утврђена планом.<sup>12</sup> Међутим, у случају када стечајни дужник не поступа по усвојеном плану реорганизације или поступа супротно плану, чиме се угрожава његово спровођење, тада настаје нови стечајни разлог који омогућава повериоцима обухваћеним планом реорганизације, као и повериоцима чија су потраживања настала пре усвајања плана а нису обухваћена планом, да поднесу предлог за покретање новог стечајног поступка.<sup>13</sup> О даљој судбини потраживања поверилаца, како обухваћених планом реорганизације, тако и повериоцима чија потраживања нису обухваћена планом, стечајни закон доста оскудно говори.

Отуда је основни циљ овог рада садржан у тежњи да се укаже на постојање законских недоумица позитивног стечајног права, обзнане неки практични проблеми и изнесу предлози који би могли бити од утицаја на попуњавање правних празнина зарад правичног регулисања положаја поверилаца услед непоступања по усвојеном плану реорганизације. Како се на том путу сложеност правне природе усвојеног плана реорганизације намеће као претходно питање, то ће и оно превасходно бити предмет разматрања.

## II Правна природа усвојеног плана реорганизације

Општу претпоставку за спровођење реорганизације стечајног дужника, било по унапред припремљеном плану било по плану поднетом у току стечајног поступка, чини израда и подношење уредног и благовременог плана реорганизације. Тим актом се може изменити обим, начин, редослед намирења поверилаца у стечајном поступку, па чак је могуће извршити статусне промене стечајног дужника, али све у циљу стварања бољих услова намирења поверилаца. У том смислу план реорганизације представља израз сагласности воља већинских поверилаца.<sup>14</sup> Међутим, специфичност усвојеног плана реорганизације

12 Закон о стечају, чл. 173.

13 Поред изнетог, подношење предлога за покретање новог стечајног поступка могућно је и у случају да је план реорганизације издејствован на преваран или незаконит начин, у складу са чл. 173 ст. 1 тач. 1 Закона о стечају. Међутим, уколико се утврди постојање овог стечајног разлога, стечајни судија ће решењем о отварању стечајног поступка одредити да се стечајни поступак спроводи банкротством стечајног дужника.

14 Како се у нашем стечајном праву не тражи дужникова сагласност као услов пуноважности плана реорганизације, то није могућно засигурно истицати да се реорганизација заснива на уговору између већинских поверилаца и стечајног дуж-

огледа се у принудном протезању његовог правног дејства и на мањинске повериоце, који су гласали против његовог усвајања, или се о његовом прихватању нису изјашњавали. Његов принудни карактер присутан је донекле и код поверилаца који су се са овим планом сагласили, јер им је слобода воље ипак помало сужена, имајући у виду положај стечајног дужника и његову платежну неспособност.<sup>15</sup>

Следом наведеног, уколико се пође од законског наређења да усвојени и решењем стечајног судије потврђени план реорганизације има снагу извршне исправе и да се сматра новим уговором за измирење потраживања која су у њему наведена, то има за последицу да се сва потраживања и права свих поверилаца, као и других лица, и обавезе стечајног дужника одређене планом, уређују искључиво према условима из плана реорганизације. Надаље из стечајног закона произлази да извршност плана реорганизације наступа са датумом правноснажности решења стечајног судије о потврђивању да је план усвојен, као и да се у исто време стечајни поступак према стечајном дужнику обуставља.

У складу са изнетим законским наређењем да се усвојени план реорганизације, са снагом извршне исправе, има сматрати новим уговором за измирење потраживања у њему наведених, у теорији права се јављају различити правци у приступу правној природи овог правног института. Један део правних теоретичара стоји на становишту да је реч о уговору, други је заступао став да је у питању судска одлука, а по трећем, мешовитом схватању, план реорганизације има природу судски одобреног уговора.<sup>16</sup> Поред ове, присутна је и теорија усвојеног плана реорганизације као судски закљученог уговора.<sup>17</sup>

Међутим, и поред чињенице да је, у складу са одредбом стечајног закона, усвојени план реорганизације извршна исправа која се има сматрати новим уговором за намирење потраживања у њему наведених, може се макар размотрити питање да ли уопште план реорганизације има правну природу уговора. Да ли се правни акт произашао вољом квалификоване већине поверилаца, којим се принудно намећу пра-

ника. Присуство воље стечајног дужника присутно је само у случају када се он појави у улози подносиоца плана, мада и у том случају право да решавају о судбини плана припада искључиво квалификованој већини поверилаца. Чак ни суд не узима учешће у закључењу овог уговора. Улога суда се своди на оцену формално-правне исправности плана, а не и на мериторну оцену да ли се изгласаним планом у најбољој мери штите интереси поверилаца. Више о томе: Н. Јовановић, *нав. дело*, стр. 55.

15 М. Васиљевић, *Компанијско право (Право привредних друштва)*, Правни факултет у Београду, Београд, 2011, стр. 557.

16 М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 557.

17 Н. Јовановић, *нав. дело*, стр. 56.

ва или обавезе мањинским повериоцима који су се том правном акту успротивили или се о њему нису изјаснили, може уопште уподобити уговору као основном извору облигационог права.<sup>18</sup>

Полазећи од уобичајене дефиниције уговора по којој се он прихвата као размена сагласних изјава воље између два или више лица, којом се заснива, мења или укида одређени правни (облигациони) однос,<sup>19</sup> и да од уговора треба разликовати тзв. закључке више лица,<sup>20</sup> на први се поглед може закључити да правна природа плана реорганизације озбиљно одудара од природе уговора. Уколико се, притом, дода да се након усвајања плана реорганизације у пракси може десити да се гласовима квалификоване већине поверилаца, повериоци који су остали у мањини доводе у неравноправан положај у односу на стање у коме би се нашли да је стечај окончан банкротством,<sup>21</sup> питање уговорне природе овог акта озбиљно се ставља под вео сумње.

Уистину, усвојени и потврђени план реорганизације неспорно твори права и обавезе његових учесника,<sup>22</sup> уређене у складу са наче-

18 О уговору као извору облигационог права: С. Перовић, *Коментар Закона о облигационим односима*, Савремена администрација, Београд, 1995, стр. 61.

19 Ј. Радишић, *Облигационо право*, Номос, Београд, 2004, стр. 70; слично: С. Перовић, *Облигационо право*, Службени лист СФРЈ, Београд, 1981, стр. 151.

20 Ј. Радишић, *нав. дело*, стр. 71. Он под тзв. закључцима више лица подразумева нпр. закључке одређених колективних тела: скупштина, управних или извршних одбора, зборовна, савета, удружења, конгреса и сл. И они у случајевима и под условима које закон прописује имају такође извесно правно дејство. Они такође, попут уговора, представљају сагласност воља више лица, али, за разлику од уговора, они не захтевају сагласност свих учесника, већ сагласност већине (просте или сложене). Закључак везује све чланове колективног тела, чак и оне који су гласали против њега и нису ни учествовали у његовом доношењу, док уговор захтева сагласност и учешће свих лица која чине уговорне стране. Кратко речено, код закључка важи принцип већине, а код уговора принцип сагласности воља свих учесника. У унутрашњем односу закључак има обележја вишестраног правног посла, док изјава воље учињена на основу закључка трећем лицу представља једнострану правну посао.

21 Д. Слијепчевић, „Заштита мањинских поверилаца у поступку реорганизације“, *Правни информатор*, бр. 10/2009, стр. 4. О својеврсном тзв. „стечајном *gerrymandering*-у“ видети: В. Радовић, *нав. pag*, стр. 233.

22 У теорији права се критички приступа ставу, у судској пракси често присутном, да је усвојени план реорганизације по својој природи једнострано обавезујући уговор. Иако се по слову стечајног закона дефинише да се по доношењу решења о потврђивању усвајања плана реорганизације, сва потраживања и права поверилаца и других лица и обавезе стечајног дужника одређене планом уређују искључиво према условима из плана, па се, сходно томе, на први поглед може закључити да усвојени план реорганизације твори на страни поверилаца само права а на страни стечајног дужника само обавезе, сложеност правне природе плана реорганизације не дозвољава да се овакво становиште прихвати. У прилог томе говори могућност

лом аутономије воље квалификоване већине поверилаца,<sup>23</sup> али извор тих облигација не представља уговор, већ посебан правни акт својствен искључиво стечајном праву, какав је усвојени и потврђени план реорганизације. Његов поступак усвајања,<sup>24</sup> обавеза потврђивања од стране стечајног судије,<sup>25</sup> дејство и према повериоцима који су се њему противили или били уздржани, па и регулисање правних последица непоступања по усвојеном плану реорганизације, знатно га удаљавају од уговорне правне природе.

Управо се из тог разлога у теорији стечајног права помиње да је план реорганизације близак принудном поравнању,<sup>26</sup> с тим што је план реорганизације знатно шири и сложенији правни институт,<sup>27</sup> па се са принудним поравнањем не може поистоветити.<sup>28</sup>

Специфичност усвојеног плана реорганизације огледа се и у његовом правном дејству. Наиме, последице усвајања плана реорганизације могу се исказати његовим материјалноправним и процесноправним дејствима.<sup>29</sup> Материјалноправна дејства усвојеног плана реорганизације зависна су од сложености његове садржинске грађе. Прихваћени план реорганизације од утицаја је како према необезбеђеним тако и обезбеђеним повериоцима, премда своја права повериоци према стечајном дужнику остварују искључиво према условима из плана реорганизације. Међутим, усвојени план реорганизације није од утицаја на потраживања поверилаца према јемцима, солидарним дужницима стечајног дужника и регресним обвезницима.<sup>30</sup> Тако би повериоци стечајног дужни-

да се усвојеним планом реорганизације намећу обавезе стечајном управнику и другим ангажованим лицима у поступку реализације усвојених мера, па и самим повериоцима. Све је то зависно од разноликости мера које се могу предвидети. Поред тога, планом реорганизације повериоци се могу обавезати на одрицање од дела својих потраживања. Просто речено, правна природа плана реорганизације знатно је сложенија.

23 Д. Слијепчевић, „Реорганизација стечајног дужника“, *Правни информатор*, бр. 4/2006, стр. 21.

24 Закон о стечају, чл. 165.

25 Закон о стечају, чл. 166 ст. 1.

26 М. Велимировић, „Какав треба да буде садржај закона о стечају“, *Правни информатор*, бр. 3/2004, стр. 29.

27 М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 557.

28 Детаљно о сличности и разликама између реорганизације и принудног поравнања видети: Н. Јовановић, *нав. дело*, стр. 52–53.

29 Д. Слијепчевић, С. Спасић, *Коментар Закона о стечајном посројуку*, Сес Месон, Београд, 2006, стр. 472.

30 У складу са одредбом чл. 1007 ст. 2 Закона о облигационим односима (*Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 49/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2002 – Уставна повеља), прописано је да смањење обавезе главног

ка од ових лица своја потраживања могли наплатити у целости.<sup>31</sup> С друге стране, његова процесноправна дејства произлазе из законског наређења да је усвојени план реорганизације извршна исправа. Тиме се ствара правна могућност да услед непоштовања услова прописаних планом, повериоци из плана реорганизације могу захтевати намирење потраживања из плана у поступку принудног извршења. По правноснажности решења о потврђивању плана стечајни поступак према стечајном дужнику се обуставља. Тиме престају све правне последице отварања стечајног поступка, а у називу стечајног дужника брише се ознака „у стечају“. Процесна дејства усвојеног плана реорганизације протежу се све до његовог извршења, обзиром да услед непоступања по усвојеном плану реорганизације или услед утврђења да је он усвојен на преваран и незаконит начин, према стечајном дужнику се може поднети предлог за покретање стечајног поступка.

При анализи правних дејстава усвојеног плана реорганизације, у теорији се може поставити и питање да ли усвојени план реорганизације производи правно дејство само међу учесницима обухваћеним планом, тзв. дејство *inter partes*, или он продукује одређене правне последице и на трећа лица.<sup>32</sup> Ово се питање нарочито чини оправданим обзиром да је у самом стечајном закону нормирано да се права и обавезе и других лица, не само поверилаца, уређују искључиво према условима из усвојеног плана.<sup>33</sup> Притом треба имати у виду да дејство плана према трећим лицима не доводи у питање постојање облигационоправне природе самог плана, обзиром да су теорији права, додуше као изузетак, познате и облигације које немају искључиво релативно правно дејство.<sup>34</sup>

Следом свега наведеног, у покушају да се изнађе одговор на питање правне природе усвојеног плана реорганизације, можда би најприкладније било приклонити се ставу да усвојени план реорганизације представља сложени правни акт својствен стечајном праву, који као израз сагласности воље квалификованих поверилаца у циљу њиховог повољнијег намирења у односу на поступак банкрутства, чија се правна

дужника у стечајном поступку или у поступку принудног поравнања не повлачи за собом и одговарајуће смањење обавезе јемца, те јемац одговара повериоцу за цео износ своје обавезе.

31 Решење Привредног апелационог суда, Пвж. 9298/2010 од 2.6.2010. године.

32 О дејству усвојеног плана реорганизације према трећим лицима говори се и у енглеском и америчком стечајном законодавству. Видети: UK Insolvency Act 1986, sections 1–7; US Bankruptcy Code, Chapter 11.

33 Закон о стечају, чл. 167 ст. 1.

34 Детаљно о апсолутном дејству облигација, као изузетку од њиховог дејства *inter partes*, видети: О. Антић, „Облигација: Правна природа, садржина и закон корелације“, *Анали правној факултету у Београду*, бр. 1/2007, стр. 24–25.



дејства принудно протежу и на повериоце који су гласали против његовог усвајања или се о његовом прихватању нису изјашњавали,<sup>35</sup> чини правни основ спровођења процеса реорганизације стечајног дужника и намирења поверилаца, и као такав има специфичну правну природу *sui generis*.

### III Положај поверилаца услед непоступања по усвојеном плану реорганизације – позитивноправна регулатива

Усвојени и решењем стечајног судије потврђени план реорганизације производи правна дејства моментом правноснажности решења о потврђивању усвајања плана реорганизације.<sup>36</sup> То је и моменат када се стечајни поступак обуставља. Након доношења правноснажног решења стечајног судије којим се потврђује унапред припремљени план реорганизације, уколико је овим планом обухваћено непостојеће потраживање или потраживање у износу који је већи од стварно постојећег, ранији стечајни дужник, повериоци обухваћени планом, као и повериоци чија су потраживања настала пре усвајања овог плана, могу у року од годину дана тужбом, противтужбом или истицањем приговора у парници оспорити такво потраживање.<sup>37</sup> Ова правна могућност односи се само на побијање дејства усвојеног унапред припремљеног плана, не и плана реорганизације усвојеног након отварања стечајног поступка према стечајном дужнику. План реорганизације усвојен у току стечајног поступка може се оспорити само од стране стечајног судије ускраћивањем потврде плана по службеној дужности или по предлогу поверилаца чији су интереси њиме повређени.<sup>38</sup> Отуда повериоци нису

35 Чињеница да са једне стране план реорганизације представља израз сагласности воље квалификоване већине поверилаца а са друге стране се његова правна дејства принудно протежу и на повериоце који су се плану супротставили или били уздржани, даје овом правном институту карактер *contradictio in adjecto*, чинећи га различитим од других сличних правних института. О томе: М. Велимировић, *Стечајно право*, Нови Сад, 2004, стр. 187; Д. Слијепчевић, С. Спасић, *нав. дело*, стр. 472.

36 Да би се план реорганизације могао усвојити морају се кумулативно испунити два законом прописана услова. Први, да предложени план реорганизације прихвате све класе на законом прописан начин. И други, да је тако прихваћени план реорганизације у складу са одредбама Закона о стечају. О томе: Д. Слијепчевић, „Непоступање по усвојеном плану реорганизације“, *Билтен судске праксе привредних судова*, бр. 3/2010, стр. 287.

37 Закон о стечају, чл. 167 ст. 5.

38 Више о томе: М. Дика, *Четвртиа новела стечајног закона*, Народне новине д.д., Загреб, 2006, стр. 56; Д. Слијепчевић, „Правне последице неизвршења плана реорганизације“, *Правни информатор*, бр. 3/2011, стр. 5. И у хрватском стечајном законодавству, попут нашег, стечајни судија може из два разлога по службеној дуж-

овлашћени да тужбом, противтужбом или приговором непосредно побијају правна дејства плана реорганизације усвојеног у току стечајног поступка, услед повреде њиховог интереса. С друге стране, иако закон о томе не говори, повериоци имају правни интерес да предузимањем поменутих процесних радњи доказују да је план реорганизације усвојен на преваран или незаконит начин.

Иначе, сложеност правне природе усвојеног плана реорганизације манифестована, између осталог, у законском наређењу да он моментом правноснажности стиче правну снагу извршне исправе, доприноси да се сва потраживања и права поверилаца и других лица, као и обавезе стечајног дужника одређене планом, уређују искључиво према условима из плана. У судској пракси се, међутим, као спорно јавља питање судбине потраживања поверилаца насталих пре отварања стечајног поступка према стечајном дужнику, али услед чињенице да у прописаном року нису благовремено пријавили своја потраживања према стечајном дужнику, иста нису обухваћена планом реорганизације усвојеним по отварању стечајног поступка.<sup>39</sup> Услед правилног расуђивања да се услед правноснажности усвојеног плана реорганизације стечајни поступак обуставља, а не закључује, утемељен је став судске праксе да и у случају статусних промена,<sup>40</sup> попут престанка постојећих и оснивања нових привредних друштава, као евентуалних мера уређених планом реорганизације код којих стечајни дужник не наставља са пословањем у облику каквом је био организован пре стечајног поступка, друштво или друштва стицаоци, као правни следбеници, поред права, сразмерно стичу и обавезе свог правног претходника, стечајног дужника, у складу са извршеном статусном променом прописаном планом реорганизације.<sup>41</sup> Отуда и у случају

ности ускратити потврду плана реорганизације. То је могуће уколико су повређени прописи о садржају плана и поступању приликом његове израде и доношења, као и о прихвату од стране поверилаца и о пристанку дужника, осим ако се ти недостаци не могу отклонити. У економску оправданост плана суд не може задирати.

39 Ово се питање не може јавити као спорно у случају унапред припремљеног плана реорганизације, обзиром да је императивном нормом стечајног закона прописано да унапред припремљени план реорганизације, поред осталих, мора садржати одредбу којом се одређује да ће потраживање поверилаца које није обухваћено одредбама плана о намирењу поверилаца бити намирено на исти начин и под istim условима као потраживање других поверилаца његове класе. Видети чл. 156 ст. 3 тач. 1 Закона о стечају.

40 Видети: Закон о привредним друштвима (*Сл. гласник РС*, бр. 36/2011 и 99/2011), чл. 483 ст. 1.

41 Овде је место истаћи да у теорији права чак постоје присталице схватања да и након престанка постојања привредног друштва као правног претходника у случају статусних промена, оно наставља да живи (*јравна фикција*) под јединственим субјективитетом са новооснованим привредним друштвом као правним следбеником. О томе: В. Круљ, *Правни режим и облици концентрација у привреди*, Бео-

када привредно друштво након усвојеног плана наставља са обављањем делатности у неизмењеној правној форми или то чини у складу са планом реорганизације одређеним статусним променама, обавезе према дужницима не престају. Напротив, оне су правно валидне према свим повериоцима, па и оним који нису обухваћени планом, обзиром да друштво стицалац постаје целокупном својом имовином солидарно одговорно са стечајним дужником за његове обавезе.<sup>42</sup> Стога, окончање стечајног поступка реорганизацијом стечајног дужника не може бити од утицаја на престанак његових обавеза према оним повериоцима чија су потраживања из било којег разлога изостављена из усвојеног плана реорганизације.<sup>43</sup> Но, како се овим повериоцима не би погодновало у односу на повериоце чија су потраживања обухваћена планом реорганизације, правилно је у судској пракси утемељено становиште да се сва њихова потраживања могу утврдити само сразмерно условима утврђеним планом.<sup>44</sup> То је свакако у складу са императивним законским наређењем којим је стечајни дужник обавезан да након усвојеног плана реорганизације све послове и радње предузима према условима из плана.<sup>45</sup>

Међутим, оно што у данашњици можда највише заокупља пажњу правне умности и предмет је бројних недоумица, јесте питање судби-

град, 1978, стр. 61. С друге стране стоје правни теоретичари који само делимично прихватају напред изложено становиште и то због евентуалне могућности вођења спорова о побијању одлука о фузији, у случају припајања. Попут: М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 531.

- 42 Д. Слијепчевић, „Правна дејства плана реорганизације на трећа лица“, *Билтен судске праксе њивредних судова*, бр. 3/2012, стр. 315. Он даље појашњава да и поред чињенице да су правне последице статусних промена прописане одредбом чл. 505 Закона о привредним друштвима, овде треба имати у виду да су исте спроведене планом реорганизације. Отуда се и начин расподеле одговорности друштва стицалоца за обавезе стечајног дужника може посебно уредити, у складу са првом тачком, првог става ове законске одредбе.
- 43 Њихово потраживање неће бити загарантовано извршном исправом, али то не значи да су због неучествовања у стечајном поступку у којем је усвојен план реорганизације исти лишени и сваке могућности намирења својих потраживања према стечајном дужнику. Дакле, разлика у односу на повериоце чија су потраживања обухваћена планом јесте само у томе што је њихово потраживање обезбеђено извршном исправом. О томе говори: Д. Слијепчевић, „Правна дејства плана реорганизације на трећа лица“, стр. 319.
- 44 Одговор утврђен на седници Одељења за привредне спорове Вишег трговинског суда од 5. и 25. октобра и 7. и 14. новембра 2006. године. (Пример: уколико се усвојеним планом реорганизације предвиди отпуст дуга од 30% од укупног потраживања хирограферних, необезбеђених поверилаца, то ће у парничном поступку свим повериоцима са сродним, основаним потраживањима која нису обухваћена планом, суд признати потраживање у проценту од 70% од укупног потраживања).
- 45 Закон о стечају, чл. 167 ст. 2.

не потраживања поверилаца привредног друштва услед непоступања по усвојеном плану реорганизације, и то како оних који су обухваћени планом тако и оних чија потраживања нису увршћена у план. Главни разлог томе јесте сложеност правне природе плана реорганизације и недореченост стечајног закона по овом правном питању. Као нарочито спорна јављају се два питања. Прво је да ли услед усвајања плана реорганизације долази до трајног редефинисања односа поверилаца обухваћених планом реорганизације. Сходно томе, уколико услед непоступања по плану, као стечајном разлогу,<sup>46</sup> дође до отварања новог стечајног поступка, да ли ће повериоцима обухваћеним планом бити у том стечајном поступку признато само потраживање које по одређењу из плана реорганизације није делимично или у целости намирено, или пак правне последице раније усвојеног плана престају, па би у том случају овим повериоцима било признато целокупно потраживање према стечајном дужнику, постојано пре редефинисања односа планом реорганизације, уколико се у моменту испитивања потраживања утврди његова основаност. Друго спорно питање односи се на положај поверилаца чија потраживања нису била обухваћена планом, те уколико дође до отварања новог стечајног поступка услед непоступања по усвојеном плану као стечајном разлогу, јавља се дилема да ли ће ови повериоци моћи пријавити своја постојећа потраживања према стечајном дужнику и да ли ће њихова потраживања у поступку испитивања потраживања од стране стечајног управника бити утврђена у целости или само према условима из плана, без обзира што планом реорганизације нису били обухваћени.

При разматрању првог спорног питања, горе наведеног, ваља поменути да се оно нарочито актуелизује у случају када по мерама предвиђеним планом реорганизације дође до делимичног отпуста дуга стечајног дужника према одређеним или свим повериоцима из плана. Отуда, полазећи од извршне снаге усвојеног и потврђеног плана, потом законског наређења да се по правноснажности решења стечајног судије о потврђивању усвојеног плана реорганизације сва потраживања и права поверилаца и других лица и обавезе стечајног дужника могу реализовати искључиво на начин и под условима прописаним планом реорганизације, као и законске претпоставке да по правноснажности усвојеног плана престају све правне последице отварања стечајног

46 Одредбом чл. 11 ст. 2 тач. 4 Закона о стечају прописано је да непоступање по усвојеном плану реорганизације чини стечајни разлог. Међутим, покретање новог стечајног поступка над истим привредним друштвом након непоступања по раније усвојеном плану реорганизације представља само правну могућност, не и обезвезу. То превасходно зависи од воље овлашћених предлагача, који у овом случају могу бити само повериоци обухваћени планом реорганизације и повериоци чија су потраживања настала пре усвајања плана а нису обухваћени планом.

поступка према дужнику, то је правилно становиште судске праксе изражено у ставу да се по правноснажности плана реорганизације гасе права поверилаца према стечајном дужнику у односу на планом уређени отпуст дуга.<sup>47</sup> У духу изнетог произлази да доношењем плана реорганизације, сходно позитивној законској регулативи, долази до трајног редефинисања односа између поверилаца и стечајног дужника, што представља један од најбитнијих аспеката доградње правног института реорганизације у односу на наше раније важеће стечајно законодавство.<sup>48</sup> На тај начин се обавезе стечајног дужника коначно своде само на преостали део потраживања поверилаца, које по плану реорганизације није било предмет отпуста дуга. Следом изнетог, по правноснажности решења о потврђивању усвојеног плана реорганизације, престају делимична или у потпуности опроштена дуговања стечајног дужника. С друге стране, дуговања стечајног дужника дефинисана планом а која нису била предмет отпуста, гасе се тек даном потпуног намирења свих обавеза предвиђених планом, обзиром да потпуно извршење плана реорганизације чини законом прописани услов за престанак дужникове обавезе регулисане према условима из плана.

Све наведено од помоћи је при доношењу закључка о правној снази усвојеног плана реорганизације чије неизвршење представља стечајни разлог за покретање новог стечајног поступка, обзиром да по овом питању закон ћути. Дакле, спорно је да ли доношењем решења о покретању новог стечајног поступка престају раније постојана правна дејства неизвршеног плана реорганизације или се у његова правна дејства не задире. При том треба имати у виду да сходно становишту позитивног стечајног законодавства правни послови и правне радње предузете по раније усвојеном плану не могу бити предмет побијања,<sup>49</sup> као и да услед већ изнете сложености правне природе плана реорганизације и указаног недостатка његове уговорне природе, исти не може у новом стечајном поступку бити третиран као двострано обавезујући уговор,<sup>50</sup> те ни по

47 Овај правни став је владајуће становиште судске праксе привредног судства а плод је фантастичне правне анализе и донетих закључака у реферату: Д. Слијепчевић, „Непоступање по усвојеном плану реорганизације“, *Билтен судске праксе привредних судова*, бр. 3/2010, стр. 293.

48 Овде је место поменути да по раније важећем законском одређењу, прописаном у чл. 137 Закона о стечајном поступку (*Сл. гласник РС*, бр. 84/04 и 85/05), учињени отпуст дуга према стечајном дужнику или на други начин редефинисани односи производили су коначно правно дејство тек са даном потпуног извршења свих обавеза прописаних усвојеним планом реорганизације. То је било могућно из разлога што је усвајањем плана реорганизације, тада долазило само до застоја поступка спровођења стечаја банкротством, а не и до обуставе истог. Извор: Решење Привредног апелационог суда, Пж. 2602/11 од 7.4.2011. године.

49 Закон о стечају, чл. 126 ст. 1 тач. 1.

50 Иако закон користи терминологију „двостранотеретни уговор“, прикладније је њиховом духу називати их „двострано обавезним уговорима“. О томе: В. Радовић,

том основу не може бити говора о могућности његовог опстанка.<sup>51</sup> Обзиром на изнето, како је у складу са императивним законским решењем усвојеном плану реорганизације дата снага извршне исправе, то је већинско становиште судске праксе, исказано у ставу да неизвршени план реорганизације остаје на правној снази и након доношења решења о покретању новог стечајног поступка због његовог неизвршења, свакако сагласно духу императивних норми позитивног стечајног закона. На тај начин у новопокренутом стечајном поступку услед непоступања по усвојеном плану реорганизације као стечајном разлогу, повериоци могу пријавити само неизмирена потраживања из раније усвојеног плана реорганизације,<sup>52</sup> а која ће бити третирана као потраживања заснована на извршној исправи.<sup>53</sup> Овај правни став доминантан је у судској пракси<sup>54</sup> и заснован је на одредбама позитивног стечајног права. Друго је питање правичности оваквог законског приступа.

Следећи логику наведеног тумачења закона ваља прићи и покушају да се да одговор на друго питање постављено као спорно, а које је управљено на судбину потраживања поверилаца која нису била обухваћена планом у случају отварања новог стечајног поступка услед непоступања по плану реорганизације као стечајном разлогу. Отуда, услед недоречености закона, као једино правично намеће се решење да се и ова потраживања, без обзира што нису обухваћена раније усвојеним планом, у поступку испитивања њихове основаности у новоствореном стечајном поступку, третирају искључиво према условима из раније усвојеног плана. Дакле, и ова потраживања би била третирана по истом принципу као и потраживања поверилаца обухваћених раније усвојеним планом реорганизације. Разлози оправдања оваквом приступу могу се тражити у сложености правне природе усвојеног плана реорганизације и законског наређења да се и потраживања других лица, поред поверилаца обухваћених планом, могу уређивати искључиво према условима из плана реорганизације. То у извесном смислу потврђује становиште да план реорганизације, као сложени правни акт, нема искључиво правно дејство *inter partes*, већ се његово дејство протеже и на трећа лица.

„Дилеме у вези са појмом неизвршених двостранообавезних уговора у стечају“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2009, стр. 430.

51 Закон о стечају, чл. 94.

52 Овакав правни став изнео је: Д. Слијепчевић, „Непоступање по усвојеном плану реорганизације“, стр. 303.

53 О правном третману пријављених потраживања заснованих на извршној исправи више: Н. Јовановић, „Оспорљивост „извршних“ потраживања у стечају“, *Билтен судске праксе привредних судова*, бр. 3/2010, стр. 267–282.

54 Већински неформалан став судија привредних судова исказан на Саветовању поводом актуелних проблема из стечајне праксе одржаном у организацији Правосудне академије, дана 12.7.2013. године у Крагујевцу.

Ваља још и додати да је овакав приступ можда и једини пут да се у складу са позитивно-правном стечајном регулативом изнађе решење којим би се онемогућило погодовање повериоцима који нису обухваћени планом реорганизације у односу на повериоце који су планом обухваћени. Ово из разлога што се на тај начин и једни и други повериоци доводе у равноправан положај, чинећи могућим да своја потраживања наплате само према условима предвиђеним планом.<sup>55</sup>

#### **IV Теоријско-правни приступ регулисању положаја поверилаца услед непоступања по усвојеном плану реорганизације**

Свакако да је становиште судске праксе, по којој се повериоцима обухваћеним планом реорганизације омогућава да своја потраживања у новоотвореном стечајном поступку услед непоступања по плану, пријаве искључиво према плану реорганизације као извршној исправи, утемељено на логици стечајног закона и императивним законским наређењима. Међутим, сасвим оправдано се, макар у правној теорији, може поставити питање да ли је овакав приступ самог законодавца правичан.

Иако судије, у све присутнијем времену законске неправичности, достојно теже остварењу основних задатака и сврхе правичности и морала у случају законске недоречености, посматраних искључиво кроз идеју природног права „...да позитивно право у конкретним случајевима доводи у склад са друштвеним схватањем праведног, отклањајући нарочито негативне последице статичности и општости правила позитивног права“,<sup>56</sup> оне су нажалост на том путу често омеђене императивним законским нормама. Стога је задатак правне теорије да, кад год је то могуће, укаже на постојање законских нелогичности и одударање за-

55 У супротном би повериоцима који нису обухваћени планом реорганизације било омогућено да пријаве потраживање према стечајном дужнику у пуном обиму, док би повериоцима обухваћеним планом било омогућено да пријаве само потраживања редефинисана планом. То и на први поглед ствара ову правну ситуацију неправичном, обзиром да би на тај начин процесна дисциплина поверилаца који су благовремено пријавили своја потраживања и ангажовали се да по плану, чак и уз редефинисање односа, део својих потраживања наплате, била санкционисана, док би, с друге стране, процесна недисциплина оних поверилаца који нису обухваћени планом чинила правну могућност за повољније намирење.

56 Наводи представљају основне постулате природног права који чине део неке врсте теоријског кодекса или теоријског Закона XII таблица нашег времена, изграђеним кроз животно дело Божидара С. Марковића, а које је детаљно описао С. Перовић у делу „Зачеци српске филозофске мисли о природном праву“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1–4, 2001, стр. 214.

кона од права и правде. Уистину, мора се признати, да код института реорганизације стечајног дужника, недореченост закона, па каткад и нека законска противуречност, узрок су превасходно сложености правне природе плана реорганизације а не лоше намере законодавца, па се у том правцу ваља водити и при критичком осврту на позитивна законска решења овог правног института.

Одсуство правичности при регулисању положаја поверилаца стечајног дужника услед неуспеха плана реорганизације, код утемељене позитивноправне законске логике, најопипљивије је при регулисању положаја поверилаца који су се дела свог потраживања према стечајном дужнику одрекли, путем отпуста дуга, све зарад њиховог повољнијег намирења него у поступку банкротства. Следећи логику позитивног стечајног закона, у случају неуспеха плана реорганизације, ови повериоци би у новоотвореном стечајном поступку могли пријавити само део свог потраживања који по усвојеном плану није наплаћен, док део потраживања од којег су се одрекли зарад вере у успешно остварење плана они не могу наплатити.

Полазећи од циљне функције усвојеног плана реорганизације која се манифестује у повољнијем намирењу поверилаца обухваћених планом у односу на поступак банкротства, напред наведена законска логика може довести до могућности настанка бројних злоупотреба и одсуства основног смисла овог правног института. Наиме, превасходни циљ процеса реорганизације стечајног дужника јесте намирење, и то оно које је повољније у односу на намирење планирано у поступку банкротства. Уколико такво намирење у реорганизацији изостане, може се поставити питање оправданости одржавања на снази одрицања учињених од оних поверилаца који су у његово остварење веровали. Опет овде ваља поменути, да сложеност правне природе плана реорганизације доприноси да се дејства ових одрицања протежу и на повериоце обухваћене планом, а који су се усвојеном плану успротивили или су од његовог усвајања били уздржани. То свакако додатно подгрева сумњу у оправданост приступа да отпуст дуга остаје на снази и у случају неуспеха плана реорганизације.

Такође, имајући у виду да по правилима позитивног стечајног права до усвајања плана реорганизације може доћи и пре истека законом прописаног рока за пријаву потраживања,<sup>57</sup> то пракса може изнедрити ситуацију да одређеним повериоцима, који су своје потраживање пријавили благовремено али опет након усвајања плана реорганизације, буде онемогућено да учествују у формирању већине и одређивању садржине плана реорганизације. Ти се повериоци практично стављају у

57 Упоредити чл. 111 ст. 5 и чл. 162 Закона о стечају.



положај да услед неусклађености самог стечајног закона буду лишени могућности учествовања у одређивању садржине плана реорганизације, односно да својим уделом потраживања учествују и у формирању евентуално другачије квалификоване већине. С друге стране, њима се невољно намећу дејства усвојеног плана од квалификоване већине, а која могу чинити и обавезу на одрицање од дела свог потраживања према стечајном дужнику.

Уз изнето, може се истаћи да поред отпуста дуга постоје и бројне практичне могућности које подгревају сумњу у правичност утемељене законске логике да услед усвајања плана реорганизације долази до трајног одрицања дела потраживања поверилаца, уколико је исто по плану дефинисано. Примера ради, може се навести могућност да се планом реорганизације предвиди мера којом би се повериоци чија су потраживања обезбеђена, разлучни повериоци, одrekli свог обезбеђења. У том случају се надаље може десити да се у класи ових поверилаца, евентуалним прегласавањем, мањинским повериоцима наметне мера по којој би били обавезни да се од свог обезбеђења одрекну иако то није било у њиховој вољи.<sup>58</sup> Следећи логику позитивног стечајног права, услед неуспеха плана и покретања новог стечајног поступка, ови повериоци би своје потраживање, након невољног одрицања од обезбеђења, могли пријавити само као необезбеђени, стечајни повериоци. То свакако рађа могућност бројних злоупотреба.

Међутим, поред наведених негативних последица ваља поменути и позитивне ефекте законског решења да моментом правноснажности усвојеног плана реорганизације долази до трајног редефинисања односа у њему регулисаних. Наиме, планом реорганизације се као мере могу предвидети, поред отпуста дуга и бројне друге. Тако се, на пример, планом могу регулисати промене правне форме, статусне промене, продаја непокретности, претварање потраживања у капитал, отпуштање запослених и сл.<sup>59</sup> Сложеност ових мера реорганизације указује да се њиховом применом не продуктују само правне последице облигационо-правне природе, већ и последице административног па и стварноправног режима.<sup>60</sup> Тако би евентуалним законским решењем да последице усвојеног плана у потпуности престају након отварања стечајног по-

58 Решење Привредног апелационог суда 1. Пвж. 88/13 од 6.2.2013. године.

59 О разноликости мера видети: Закон о стечају, чл. 157 ст. 1. Притом, ваља напоменути да се овом одредбом закона не ограничава и могућност реализовања и других мера које у закону нису изричито поменуте.

60 Тако прописивањем одређених мера може доћи до последица попут: стицања права својине новог купца на продатом делу имовине стечајног дужника; регистрације новог привредног друштва и брисања постојећег привредног друштва из регистра, у случају неких од статусних промена; потом се планом може прописати отказ уго-

ступка услед непоступања по плану, дошло до фактичке немогућности враћања у пређашње стање у погледу бројних планом регулисаних и већ спроведених мера.

Следом свега реченог, може се закључити да и поред приметне неправичности према повериоцима који су пристали на отпуст дела дуга зарад вере у успех плана, као и оних којима је услед сложености дејства плана реорганизације отпуст дуга невољно наметнут, не би био делотворан приступ да се, евентуалном изменом законског решења, регулише да у случају неуспеха плана реорганизације престају у целости његове правне последице (тзв. дејство *ex tunc*).<sup>61</sup>

Међутим, можда би било делотворно и поврх свега праведно да се у будућности, каквим изменама стечајног закона или при доношењу новог, предвиди да, у случају неуспеха плана реорганизације и покретања новог стечајног поступка, раније усвојени план буде без правног дејства само у делу који се односи на одрицање поверилаца од дела свог првобитног потраживања, попут отпуста дуга и одрицања од средстава обезбеђења свог потраживања.

На тај начин би повериоци у новом стечајном поступку могли пријавити своје целокупно и истородно потраживање према стечајном дужнику. Премда, у случају да су по раније усвојеном плану реорганизације они делимично намирени, за тај износ би њихово потраживање било умањено.

## V Закључак

План реорганизације је сложени правни акт. Специфичност његове правне природе и правних дејстава које продукује, удаљавају га од уговора као класичног извора облигационог права. Стога би можда најприкладније било приклонити се ставу да усвојени план реорганизације представља сложени правни акт својствен стечајном праву, који као израз сагласности воље квалификованих поверилаца у циљу њиховог повољнијег намирења у односу на поступак банкротства, чија се правна дејства принудно протежу и на повериоце који су гласали против његовог усвајања или се о његовом прихватању нису

вора о раду за део запослених лица и бројне друге мере, које узрокују сложене правне последице.

61 У том смислу не би било ваљано ни решење које је познавао наш раније важећи Закон о стечајном поступку, а по коме је усвајањем плана реорганизације долазило до застоја стечајног поступка, па се у случају неуспеха плана поступак настављао банкротством. Ово управо из разлога сложености мера које се у процесу стечајне реорганизације могу применити: статусне промене, продаја непокретности и сл.

изјашњавали, чини правни основ спровођења процеса реорганизације стечајног дужника и намирења поверилаца, и као такав има специфичну правну природу – *sui generis*.

Обзиром на изнето, а у складу са позитивноправним одређењем стечајног закона, усвојени план реорганизације доводи до трајног редефинисања односа између поверилаца и стечајног дужника. Његово правно дејство се не ограничава само на повериоце обухваћене планом, већ и на друга лица, превасходно на повериоце који њиме нису обухваћени. Отуда у стечајном поступку отвореном услед непоступања по усвојеном плану реорганизације као стечајном разлогу, повериоци обухваћени неуспелим планом реорганизације могу пријавити само неизмирена потраживања из раније усвојеног плана реорганизације, а која ће бити третирана као потраживања заснована на извршној исправи. Следећи логику закона, намеће се закључак да и потраживања поверилаца која нису била обухваћена раније усвојеним планом реорганизације треба да буду третирана искључиво према условима из раније усвојеног плана, чак и у случају отварања стечајног поступка услед непоступања по плану реорганизације.

Без обзира што наведени законски приступ о коначности правног дејства усвојеног плана реорганизације и у случају њеног неуспеха, може учинити неправичним положај поверилаца који су се по неуспелом плану реорганизације одрекли дела свог потраживања или његовог квалитета, сложеност процеса реорганизације наводи на закључак да би готово неизводљиво било решење по коме би услед неуспеле реорганизације раније усвојени план био у целости без правног дејства. Међутим, можда би било делотворно и поврх свега праведно да се у будућности, каквим изменама стечајног закона или при доношењу новог, предвиди да је у случају неуспеха плана реорганизације и покретања новог стечајног поступка, раније усвојени план без правног дејства само у делу који се односи на одрицање поверилаца од дела свог првобитног потраживања, попут отпуста дуга и одрицања од средстава обезбеђења свог потраживања.

**Marko RADOVIĆ**

PhD Student at the Faculty of Law, University of Belgrade

## LEGAL STATUS OF CREDITORS IN THE CASE OF NONACTING ACCORDING TO THE REORGANIZATION PLAN

### Summary

*If bankruptcy debtor is not acting according to the reorganization plan that is accepted, according to Serbian law, debtor's behavior becomes new bankruptcy reason which allows initiation of the new bankruptcy proceeding. Furthermore, the destiny of creditors' claims, covered or not covered by the reorganization plan, remains undefined mostly because bankruptcy law in Serbia is incomplete on this issue.*

*That is why the basic goal of this research is contained in the tendency to highlight some legal concerns from the current Serbian bankruptcy law perspective, to indicate important practical problems and to suggest ideas which could be significant in filling legal gaps, and all that for the sake of fair regulation of creditors status in case the debtor is not acting according to the reorganization plan. Down that road we will see that, in the first place, we have to define bankruptcy plan in all its complexity.*

**Key words:** *bankruptcy, reorganization, reorganization plan, status of creditors.*

УДК 347.426.4/.6(497.11) ; 368.212.032.5 ; 347.518

**Тодор БРАЈОВИЋ**

студент докторских академских студија Правног факултета  
Универзитета у Београду

## **НАКНАДА НЕМАТЕРИЈАЛНЕ ШТЕТЕ У СРПСКОМ ОСИГУРАЊУ ОД АУТООДГОВОРНОСТИ СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ПОЈЕДИНА РЕШЕЊА ДРЖАВА ЧЛАНИЦА ЕУ**

### **Резиме**

*Аутор се у раду бави проблемом утврђивања обима и висине накнаде која се може досудити по основу одговорности за штету коју неко лице претрпи из употребе моторног возила, у ситуацији када је повређено добро неимовинске природе – нематеријална штета. Посебна пажња у раду посвећена је неусклађености појединих законских решења – Закон о обавезном осигурању у саобраћају и Уредба о накнади штете на лицима, са највишим правним актом Уставом Републике Србије, те је у том смислу и критиковано постојеће решење као економски неоправдано и правно неодрживо. У светлу хармонизације права Републике Србије са правом Европске уније, аутор кроз упоредноправни приступ, даје анализу накнаде нематеријалне штете у поједним државама чланицама ЕУ, уз залагање да се изменом позитивне законодавства прихвати комбинација решења француској и немачкој права, изв. субјективно-објективни метод за утврђивање висине накнаде нематеријалне штете.*

**Кључне речи:** *осигурање од аутоодговорности, нематеријална штета, уредба, системи накнаде нематеријалне штете.*

## I Увод

Опште је познато да је аутомобил одавно престао да буде средство за задовољење највиших људских прохтева (средство луксуза) и постао нужно средство за живот. Данас се савремени свет не би могао замислити без моторних возила. Привреде многих земаља, зависе од успешног превоза људи и робе са једног места на друго. У свету у којем се број моторних возила толико повећао да скоро на сваког другог човека долази по једно возило, неопходно је донети правила и прописе који ће успети да помире две супротстављене тежње, да се моторна возила без великих сметњи крећу и превозе путнике и робу, и да са друге стране негативни екстерни ефекти употребе моторног возила буду сведени на минимум. Негативни екстерни ефекти се пре свега односе на повећану могућност да се моторним возилом (због чега се оно у већини права укључујући и наше сматра опасном ствари), проузрокује трећем лицу штета. Управо је штета која може настати употребом моторног возила, а која за свој предмет има неко нематеријално добро, предмет нашег рада. Сматрали смо да би било веома корисно да се обраде нематеријалне штете које могу настати при употреби моторног возила, како би се са једне стране помогло оним лицима која штету претрпе, јер врло често се у пракси поставља питање шта се подразумева под појмом нематеријалне штете која је покривена осигурањем, а са друге стране како би се поређењем са појединим решењима држава чланица ЕУ уочиле одржене сличности и разлике, те увеле одређене промене у наше позитивно право, како би ова изузетно значајна материја, била што потпуније уређена и у складу са доминантним решењима у праву ЕУ, све имајући у виду општу тенденцију хармонизовања права Републике Србије са правом ЕУ.

## II Појам и развој осигурања од аутоодговорности

Осигурање од аутоодговорности представља такву врсту имовинског осигурања којом се једно лице – уговарач осигурања обавезује другој уговорној страни – осигуравачу да плаћа одговарајућу накнаду (премију осигурања) за ризик који на себе преузима осигуравач, док се осигуравач као друга уговорна страна обавезује да накнади штету коју би претрпело треће лице ако би се остварио осигурани случај, то јест ако би из употребе моторног возила настала штета за лица или ствари у облику: смрти, нарушавања здравља, или уништења односно оштећења ствари као последица саобраћајне незгоде.

Осигурање од одговорности као облик осигурања у оквиру којег се налази и осигурање од аутоодговорности, се почиње развијати са развојем науке и технологије. Наиме, дуго је једини основ грађанске одговорности била кривица. Да би постојала обавеза за штетника да штету коју је својим поступком проузроковао накнади, према традиционалном схватању грађанске одговорности било је неопходно да је штетник крив за насталу штету.<sup>1</sup> Кривица штетника је изједначавана са обавезом да се штета накнади, то јест са одговорношћу за насталу штету. Према овом схватању сматрано је морално недопустивим да се одговорност за проузроковану штету пребаци на неког другог, који би тако уместо штетника био дужан да штету накнади.<sup>2</sup> Овакво становиште се бранило тиме да разлози правичности, али и друштвене сигурности не дозвољавају да се терет накнаде штете пребаци на другог, обзиром да се тиме негативно утиче на пажњу осигураника,<sup>3</sup> који се тиме на неки начин постиче да се непажљиво понаша, јер ће у сваком случају негативни ефекти његовог понашања погодити неког другог. То су били главни разлози који су истицани у прилог томе да не треба дозволити развој осигурања од одговорности, обзиром да се тиме подстичу појединци на немарно понашање.

Међутим, како се наука почела убрзано развијати у другој половини 19. века, тако је и расла потреба да се акценат са кривице штетника премести на питање одговорности за штету.<sup>4</sup> Наиме, број штетних догађаја се све више повећавао, а да при том човек као идејни творац машина којим су штете настајале није по традиционалном схватању грађанске одговорности био одговоран за насталу штету, обзиром да није постојала кривица,<sup>5</sup> као неопходни елемент одговорности. Тиме се дошло у ситуацију да она „правичност“ на коју су се присталице традиционалног схватања грађанске одговорности позивале као синоним за одбрану свог схватања, није заштићена на начин на који су се они позивали. Поставило се питање да ли је правично неком проузроковати штету, а онда га оставити без накнаде са позивом на то да човек није савршен, те да се ради развоја друштва као целине морају неке друштвено корисне делатности „истрпети“, па било то и на уштрб умањења нечије индивидуалне имовине.

1 Предраг Шулејић, *Осигурање од грађанске одговорности*, докторска дисертација, Београд, 1964, стр. 3.

2 П. Шулејић, *нав. дело*, стр. 3.

3 П. Шулејић, *нав. дело*, стр. 8–10.

4 R. E. Keeton, A. I. Widiss, *Insurance Law: A Guide to Fundamental Principles, Legal Doctrines and Commercial Practices*, West Publishing Co, 1988, стр. 407–409.

5 П. Шулејић, *нав. дело*, стр. 6.

Пошто је било очигледно да се мора наћи средина између потребе да настале штете буду надокнађене и потребе да се друштво развија без бојазни да ће напредак бити успорен због „страха“ да ће нечија егзистенција бити угрожена тиме што неће имати довољно средстава да проузроковану штету надокнади, те да ће због тог страха престати да корисну делатност обавља, средина је нађена у новом институту, институту осигурања од одговорности. Решење се састојало у томе да се ризици у појединим најважнијим сферама људског живота „социјализују“.<sup>6</sup> Социјализација ризика је подразумевала шире учешће државе у организацији појединих облика осигурања. Она се састојала у формирању што је могуће веће заједнице ризика, која би обухватала што је могуће већи број осигураника, тако да износи премија осигурања буду занемарљиви у односу на корист која би се осигурањем добила. Јер у избору да се рецимо одрекнемо коришћења аутомобила због страха да ћемо неком проузроковати штету, те да нећемо бити у стању да ту штету надокнадимо или плаћања занемарљивих износа премија који ће ту штету покрити ако до ње дође, а нама омогућити да без страха користимо возило, увек ћемо изабрати ову другу опцију. На овај начин је у први план стављена заштитна функција осигурања од одговорности, обзиром да се њиме штите како интереси осигураника (који се ослобађа обавезе да накнади штету која је његовом радњом настала), тако и интереси оштећеног лица коме ће сигурно штета бити надокнађена. Тако је осигурање од одговорности и са њиме посебан облик овог осигурања, осигурање од аутоодговорности, уз учешће државе,<sup>7</sup> постало незаобилазни део скоро свих модерних правних система.

Осигурање од аутоодговорности је у почетку свог настанка био добровољни облик осигурања. Наиме није постојала обавеза закључивања уговора, већ је уговор могао на основу слободно изражене воље закључити свако лице које је имало интерес да на тај начин заштити себе од ризика грађанске одговорности за штету која би могла бити нанета трећем лицу а у вези је са употребом моторног возила. Како је се развијала ауто-индустрија и како је број саобраћајних незгода постајао све већи тако се и јављала потреба да се прошири круг лица који ће имати обавезу закључивања једног оваквог уговора. Наиме друштвена заједница је постала заинтересована за овај облик осигурања, те су упоредно правно посматрано многи законодавци увели осигурање од

6 П. Шулерић, *нав. дело*, стр. 11.

7 Држава је својим законима и другим прописима учинила да ови облици осигурања буду обавезни за одређене категорије лица, те да се неке делатности не могу обављати (нпр. адвокати, нотари...) или пак моторна возила користити а да није закључен одговарајући уговор о осигурању.



аутоодговорности као вид обавезног осигурања. Тако је у скандинавским земљама, осигурање од аутоодговорности уведено као облик обавезног осигурања још пре Другог светског рата (у Данској 1920, Финској 1925, Норвешкој 1926, Шведској и Аустрији 1929, В. Британији 1930, Швајцарској 1932, Немачкој 1939). После Другог светског рата обавезно осигурање од аутоодговорности јавља се и у другим европским земљама (нпр. у Пољској 1951, Белгији 1956, Француској 1958, Чехословачкој 1964).<sup>8</sup> Циљ који се желео постићи увођењем обавезног осигурања био је да се обезбеди што је могуће шира заштита лицима која би била оштећена употребом моторног возила. Тиме ово осигурање губи првобитну сврху коју је имало, а то је заштита осигураника од грађанске одговорности, и све више представља облик осигурања који има за циљ да оштећеним лицима обезбеди додатну заштиту, тако што ће уместо једног дужника – штетника, оштећено лице добити још једног дужника који је солидарно одговоран за проузроковану штету и који је по правилу много солвентнији од штетника, те тако представља неки облик гаранције да ће штете које су настале употребом моторног возила заиста и бити покривене.

Тренд да се осигурање од аутоодговорности јавља као облик обавезног осигурања је прихваћен и од стране нашег законодавца. У нашој теорији и пракси у праву осигурања дуго је постојало мишљење да не би требало у наш систем уводити овакав облик осигурања обзиром да би се тиме постигао контра ефекат на плану туризма, јер се сматрало да би то умањило број људи који би посећивао тадашњу Југославију, то јест да би туристи уместо преко наше земље или у нашу земљу тражили алтернативне путеве преко земаља где овакав облик осигурања није обавезан, те би то могло имати негативни ефекат на економију земље која је била у фази развоја. Међутим, велики број штета које су погађале домаће држављане, а које су биле причињене од стране возила стране регистрације, те тешкоће са којима су се суочавали грађани да би те штете наплатили од страних осигураваача, имали су за последицу да овај облик осигурања постане обавезан и у нашој земљи и то доношењем Закона о осигурању имовине и лица.<sup>9</sup> Од распада Југославије на обавезно осигурање од аутоодговорности примењивани су ЗОИЛ из 1990. и ЗОИЛ из 1996. све до доношења посебног закона, Закона о обавезном осигурању у саобраћају,<sup>10</sup> којим је по први пут ова материја разграни-

8 Јасна Пак, *Право осигурања*, Универзитет Сингидунум, Београд, 2011, стр. 247.

9 Закон о осигурању имовине и лица (*Службени лист СФРЈ*, бр. 24/76; у даљем тексту: ЗОИЛ).

10 Закон о обавезном осигурању у саобраћају (*Службени гласник РС*, бр. 51/2009; у даљем тексту: ЗООС).

чена од статусног дела који је посвећен осигуравајућим организацијама, те је ова материја по први пут код нас уређена на јединствен начин, посебним законом.

### III Појам нематеријалне штете

Штета се може дефинисати као свака штетна радња којом је проузрокована повреда неког заштићеног субјективног права или правно заштићеног интереса.<sup>11</sup> Под штетном радњом се подразумева људски поступак којим се одређеном лицу – оштећенику наноси штета. Људска радња се може испољити као активно поступање супротно некој забрани наметнутој правним прописом (*commissio*) или пак пасивно пропуштање да се нешто учини што право налаже (*ommissio*). Тако, на пример, пропуштањем, штета може да настане, када организација задужена за одржавање саобраћајница пропусти да предузме радње које је била дужна предузети па услед клизавог коловоза или пак снега настане штета за одређено лице. Упоредно правно посматрано грађански закони најчешће не садрже појам штете, већ само дефинишу забрањеност таквог понашања. Слично поступа и наш законодавац који не даје дефиницију штете већ само једном уопштеном одредбом у Закону о облигационим односима<sup>12</sup> забрањује радње којима се другом може прозроковати штета, те обавезује штетника да штету надокнади лицу коме је штета проузрокована – оштећенику. Изузетак у том смислу представља аустројски Општи грађански законик који под штетом подразумева: „сваки уштрб, причињен неком у његовој имовини, правима или његовој личности“.<sup>13</sup>

Када говоримо о врстама штете, ЗОО<sup>14</sup> предвиђа да је: „Штета умањење нечије имовине (обична штета) и спречавање њеног повећања (измакла корист), као и наношење другоме физичког или психичког бола или страха (нематеријална штета).“ Дакле можемо закључити да наш законодавац познаје две врсте штета: материјалну и нематеријалну штету.

Слично као и у нашем праву и у праву Европске уније се кроз директиве покривају како штете на лицима тако и штете на стварима које

11 Здравко Петровић, Владимир Чоловић, Наташа Мрвић Петровић, *Обавезно осигурање у саобраћају и накнада штете*, Службени гласник Републике Србије, Београд, 2010, стр. 195.

12 Закон о облигационим односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89 и *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93; у даљем тексту ЗОО), чл. 16 и 154 ЗОО.

13 Према: Михајло Ступар (ур.), *Зборник грађанских законика старије Југославије*, Титоград, 1960, стр. 471.

14 ЗОО, чл. 155.

су настале употребом моторног возила. Доношењем Прве директиве,<sup>15</sup> биле су покривене само штете које су оштећена лица претрпела на својим личним добрима, док је свакој земљи остављено дискреционо право да сама одлучи да ли ће обавезним осигурањем од аутоодговорности бити покривене и штете на лицима.<sup>16</sup> Овакво решење се правдало тиме да обавезно осигурање треба да покрије штете које су више погађале оштећена лица, а то су свакако штете услед смрти, повреде тела или здравља, те да се штете на самом моторном возилу и друге штете на стварима могу покрити из добровољног осигурања. Међутим пракса је показала да овакво решење пружа недовољну имовинску заштиту и осигураницима и оштећеним лицима, обзиром да је мали број добровољно закључених уговора о осигурању који би покрили и штете на стварима, а како по правилу ове штете настају у истом штетном догађају, то је Другом директивом<sup>17</sup> покривена и штета на лицима и штета на стварима, те је тиме искључена могућност различитог правног регулисања овог веома значајног питања, обзиром да Директива безусловно уводи обавезу покрића и једне и друге штете за све државе чланице Европске уније. Као што ћемо видети у даљем делу рада, и наш законодавац је стао на становиште да се подједнако морају вредновати и имовинске и неимовинске штете, те да је у том смислу наше право у потпуности хармонизовано са правом Европске уније.

Под нематеријалном штетом се подразумева штета која настаје повредом субјективних, неимовинских права и интереса личности. У теорији се појам нематеријалне штете даје често и негативно,<sup>18</sup> па се под нематеријалном штетом подразумева сваки губитак који се не може приписати имовини, приходима или заради оштећене особе. То је штета која се још назива и моралном, за коју се у упоредном праву користе следећи заједнички изрази: *immaterielle Nachteil*, *dommage immateriel*, *non-pecuniary loss*,<sup>19</sup> где ови појмови покривају низ облика

15 Directive du Conseil du 24 avril 1972 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relative à l'assurance de la responsabilité civile résultant de la circulation des véhicules automoteurs, et au contrôle de l'obligation d'assurer cette responsabilité, OJ L. 103 од 2. маја 1972..

16 Ј. Пак, *нав. дело*, стр. 108.

17 Deuxième Directive du Conseil du 30 décembre 1983 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relative à l'assurance de la responsabilité civile résultant de la circulation des véhicules automoteurs, OJ L. 8 од 11. јануара 1984. године, чл. 1 ст. 1 Директиве.

18 Марјан Ђурковић, „Облици нематеријалне штете и критерији за одређивање накнаде“, у: *Привреда и право осигурања у транзицији*, Удружење за право осигурања Србије и Црне Горе, Палић, 2004, стр. 128.

19 М. Ђурковић, *нав. дело*, стр. 128.

штета, као што су физички болови – *physical bodily injury*, психички болови – *injury to mental health*, забринутост – *anxiety* и психички стрес – *mental distress*,<sup>20</sup> а под којом се још подразумева и повреда личних права човека, умањење животне способности, повреда психе човека, итд.<sup>21</sup> То је облик штете који се оштећеним лицима надокнађивао још у римском праву. Тако у старом римском цивилном праву налазимо доказе да је постојала заштита права на живот и телесни интегритет. Тако се у Законику XII таблица говори о *delictu iniuria*,<sup>22</sup> под којим се подразумева свака повреда туђих материјалних и личних права. Наравно остаје примедба да сврха накнаде штете није била само грађанскоправна, већ је имала и казнени значај, те циљ није био само да се оштећени доведе у оно стање у којем је био пре него што је штета наступила,<sup>23</sup> већ и да се штетник казни за понашање које је било забрањено, што свакако не умањује сазнање да су Римљани били на изузетно високом нивоу и у сфери одштетног права, обзиром да је требало доста времена после њих да се изврше прве кодификације нематеријалне штете и да се донесу прве судске одлуке са позивом на овај облик штете.<sup>24</sup>

Овај облик штете познаје и наше позитивно право, па се тако у ЗОО<sup>25</sup> предвиђа обавеза накнаде штете за:

- физичке болове;
- душевне болове због умањења животне активности;
- душевне болове због наружености;
- душевне болове због смрти блиског лица;
- душевне болове због нарочито тешког инвалидитета блиског лица;
- претрпљени страх.

Дакле, према нашем законодавцу нематеријална штета је поремећај психичке равнотеже оштећеног, који је изазван субјективним трпљењем због наношења физичког бола, психичког бола или страха, где психички болови могу бити узроковани смањењем животне актив-

20 М. Ђурковић, *нав. дело*, стр. 128.

21 Борис Маровић, *Међународни транспорт, шпедиција, осигурање и реосигурање*, Београд, 1991, стр. 311–312.

22 М. Ђурковић, *нав. дело*, стр. 129.

23 Што представља основу модерног одштетног права, и изражава се кроз начело реституције.

24 Прве кодификације нематеријалне штете су извршене у 18. веку у Саској и Аустрији, али су прве накнаде чисто нематеријалне штете судови досудили тек у 19. веку. Наведено према: М. Ђурковић, *нав. дело*, стр. 129.

25 ЗОО, чл. 200, 201 и 203.

ности, наруженошћу, повредом угледа, части, слободе, права личности, смрћу блиског лица, као и тешким инвалидитетом брачног друга, деце и родитеља.<sup>26</sup>

## IV Начини накнаде нематеријалне штете

### 1. Уопште

Како смо већ истакли, нематеријална штета је у суштини повреда субјективних-неимовинских права и интереса неке особе. За њу је карактеристично да је оштећени осећа као штету, премда она не погађа непосредно његову имовину. Дакле, нематеријална штета се не поправља, већ се за њу даје одређена сатисфакција, која треба да оштећеном лицу пружи задовољење због губитка који је настао на његовом личном добру. Штета која се оштећеном покрива, се надокнађује на индиректан и несавршен начин, где за износ накнаде оштећени може прибавити неко добро које ће заменити оно које је непоправљиво, изгубљено или оштећено. Проблем који се са том накнадом јавља у пракси је што не постоји једноставна „формула“ одређивања те накнаде, као што је рецимо случај код материјалне штете, где увек за оштећену ствар постоји тржишна, новонабављена, вредност извршене поправке или нека друга вредност, која је објективно утврдива и процењива. Ипак, упоредно-правно се разликују два система одређивања накнаде нематеријалне штете.<sup>27</sup> Први је тзв. апстрактна или објективна метода, која узима у обзир просек, уобичајности сличних случајева, где се сви случајеви исте или сличне врсте или истих или сличних околности, уопштавају, што по правилу води законској класификацији повреда и накнада за исте (што је решење које прихватају на пример Белгија и Италија, и које прихвата у модификованом облику и наш законодавац – обзиром да, како ћемо видети у овим земљама суд није императивно везан овим класификацијама, већ је слободан, за разлику од решења предвиђеног нашим правом, да водећи се наведеном класификацијом одреди правичну новчану накнаду, све имајући у виду околности конкретног случаја).

Други је тзв. конкретна или субјективна метода, која узима у обзир све околности конкретног случаја, где се утврђују све специфичности

26 За дефиниције нематеријалне штете у нашем и упоредном праву видети: Здравко Петровић, *Осиурање моторних возила и накнада штете из саобраћајне незгоде*, Ниро „Задругар“, Сарајево, 1986, стр. 10–15.

27 Марјан Ђурковић, „Облици нематеријалне штете и критерији за одређивање накнаде“, *Привреда и право осигурања у транзицији*, Удружење за право осигурања Србије и Црне Горе, Зборник радова, Палић, 2004, стр. 135.

случаја, и где се штета оцењује *in concreto*, на темељу свих изведених доказа. Овај систем је прихваћен, између осталог у Немачкој и Аустрији.

## 2. Решење које предвиђа српско позитивно право

Доношењем Закона о обавезном осигурању у саобраћају, Србија се сврстала у ред земаља у којима се на јединствен начин регулише материја осигурања од аутоодговорности. Овим законом се између осталог регулише и питање накнаде штете на лицима,<sup>28</sup> где се предвиђа да друштво за осигурање новчану накнаду штета на лицима утврђује применом прописаних критеријума за накнаду те штете, те да Влада ближе прописује начин и критеријуме за утврђивање материјалне штете и начин и критеријуме за утврђивање нематеријалне штете, зависно од тежине телесне повреде или нарушеног здравља, односно од степена делимичне онеспособљености за рад, као и круг лица која имају право на накнаду и максимални износ накнаде за претрпљене болове услед смрти или тешког инвалидитета неког лица.

Влада Републике Србије је на основу овлашћена из чл. 26 ст. 2 ЗООС-а и чл. 43 ст. 1 Закона о Влади, донела дана 13.5.2010. године Уредбу о накнади штете на лицима,<sup>29</sup> објављена је у Службеном гласнику Републике Србије бр. 34/2010 и ступила је на снагу осмог дана од дана објављивања. Уредба се састоји се из 18 чланова.

Чланом 1 Уредбе се дефинише њен предмет регулисања, па се у њему предвиђа да се Уредбом ближе уређује начин и критеријуми за утврђивање материјалне штете и начин и критеријуми за утврђивање нематеријалне штете, зависно од тежине телесне повреде или нарушеног здравља, односно од степена делимичне онеспособљености за рад, као и круг лица која имају право на накнаду и максимални износ накнаде за претрпљене болове услед смрти или тешког инвалидитета неког лица.

Чланом 2 се одређује основ за новчану накнаду, па се предвиђа да је основ за новчану накнаду за материјалну и нематеријалну штету постојање повреде телесног интегритета неког лица, изражено у контузијама и нагњечењу неког дела тела, оштећењу или губитку појединих делова тела, трајном нарушењу здравља или смрти лица.

Од чл. 3 закључно са чл. 9 дефинише се појам материјалне штете, те се предвиђају критеријуми за процену висине штете које треба применити приликом доношења одлуке колику штету треба надокнадити.

28 ЗООС, чл. 26.

29 Уредба о накнади штете на лицима (Службени гласник РС, бр. 34/2010; у даљем тексту Уредба).

Од чл. 10 закључно са чл. 16 се дефинише појам нематеријалне штете, врсте нематеријалне штете, те се за сваки облик штете предвиђају максимални износи који могу бити досуђени независно од конкретне ситуације.<sup>30</sup>

Чланом 17 се предвиђа да се висина накнаде за претрпљену нематеријалну штету обрачунава у динарској противвредности по средњем курсу Народне банке Србије на дан исплате накнаде штете.

Чланом 18 се предвиђа да Уредба ступа на снагу осмог дана од дана објављивања у Службеном гласнику Републике Србије.

Дакле, сумарном анализом Уредбе можемо закључити да је предмет њеног регулисања материјална и нематеријална штета која може настати употребом моторног возила, да се дефинишу услови за накнаду ове штете и сваки од облика штете појединачно, те да се предвиђају код нематеријалне штете максимални износи који се могу досудити за претрпљену штету.

### 3. Место Уредбе у систему правних аката

Подзаконски акти представљају посебну категорију општих аката различитих по називу, доносиоцима и правној природи. То су општи правни акти ниже правне снаге од закона.<sup>31</sup> Правна снага подразумева меру утицаја коју један правни акт има на друге акте. У том смислу, акт ниже правне снаге мора да буде сагласан са актом више правне снаге, као што сви закони и други општи правни акти донети у Републици Србији морају бити сагласни са Уставом Републике Србије, тако и сви подзаконски акти морају бити у складу са законом (хијерархија извора права).

Подзаконски акти могу бити:

- Уредбе,
- Одлуке,
- Правилници,

30 Тако се на пример чл. 15 ст. 3 Уредбе предвиђају максимални износи за претрпљене душевне болове због смрти блиског лица у следећим износима: 1. за случај смрти супружника или ванбрачног партнера износ од 5.000,00 евра, 2. за случај смрти детета 7.000,00 евра, 3. за случај губитка плода (фетуса) 2.000,00 евра, 4. за случај смрти родитеља– малолетном детету износ од 6.000,00 евра, 5. за случај смрти родитеља (*йунолејном лицу*, подвукао аутор) износ од 5.000,00 евра, 6. за случај смрти брата или сестре 3.000,00 евра, с тим да се у случају смрти оба родитеља максимални износи удвостручавају.

31 Радомир Лукић, Будимир Кошутећ, *Увод у право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009, стр. 176–179.

- Наредбе и
- Упутства.

Као подзаконске опште правне акте, Влада доноси уредбе и одлуке, док Министарства и посебне организације доносе правилнике, наредбе и упутства. Уредбе доноси Влада, њима се подробније разрађује однос уређен законом, у складу са сврхом и циљем закона. Потреба за њиховим доношењем произлази из општости и недовољне одређености законских одредби. Стога, Уредба представља изведени, а не самостални акт,<sup>32</sup> па се њима друштвени односи регулишу секундарно и деривативно (такозване несамосталне извршне уредбе). Оне се могу доносити на основу генералног уставног или посебног законског овлашћења.<sup>33</sup>

Дакле можемо закључити да је у систему општих правних аката, Уредба о накнади штете на лицима, којом се ближе предвиђају критеријуми за накнаду нематеријалне штете, и која је предмет анализе овог рада, по својој правној снази испод Устава и Закона, те спада у такозване несамосталне извршне уредбе, дакле донета је на основу посебног законског овлашћења (Закона о обавезном осигурању у саобраћају), којим је Влади Републике Србије дато право да кроз Уредбу ближе пропише начин и критеријуме за утврђивање материјалне штете и начин и критеријуме за утврђивање нематеријалне штете, зависно од тежине телесне повреде или нарушеног здравља, односно од степена делимичне онеспособљености за рад, као и круг лица која имају право на накнаду и максимални износ накнаде за претрпљене болове услед смрти или тешког инвалидитета неког лица.

#### 4. Критика постојећег решења

Наш законодавац се, како ће мо то видети у даљем делу рада, приклонио решењу које је доминатно у праву ЕУ, а то је да се унапред за сваки вид нематеријалне штете, предвиде максимални износи накнаде и услови под којим се ти износи могу досудити (то је такозвани систем таблица – објективни систем за процену висине претрпљене нематеријалне штете).<sup>34</sup> Овакво решење, иако има и своје позитивне стране, које се пре свега огледају у правној извесности у погледу висине

32 Изузетак су друштвени односи који се регулишу првобитно и оригинерно, то су такозване аутономне уредбе, које заправо представљају законе чији доносилац није законодавно тело него орган извршне власти. Више видети код: Ратко Марковић, *Уставно право и јолићичке институције*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2008, стр. 340.

33 Р. Марковић, *нав. дело*, стр. 341.

34 Више о систему таблица за процену висине нематеријалне штете видети код Ненад Терзић, „Табеларни системи накнаде нематеријалне штете“, *Измена Закона о*



не штете које оштећено лице може очекивати, пре него што се упусти у било какав облик спора, као и у погледу уједначавања судске праксе, те спречавања да судови у истој или сличној ситуацији различито поступају, али је спорно са становишта највишег правног акта – Устава Републике Србије.

Наиме, Уставом Републике Србије се предвиђа да су судови самостални и независни у свом раду, и суде на основу устава, закона и других општих аката, када је то предвиђено законом, општеприхваћених правила међународног права и потврђених међународних уговора, те да уређење власти почива на подели на законодавну, извршну и судску власт, да се однос три гране власти заснива на равнотежи и међусобној контроли, те да је судска власт независна.<sup>35</sup>

У претходном делу рада смо показали, кроз анализу места Уредбе у систему општих правних аката, да се она налази у хијерархији извора права испод устава и закона, те да је донета од стране Владе на основу посебног законског овлашћења из чл. 26 ст. 2 Закона о обавезном осигурању у саобраћају (што значи да се ради о самосталној извршној уредби). Такође, познато је да је у модерном праву осигурања кроз примену научних закона математике и статистике, ризик од остварења осигураног случаја престао за осигуравајућу организацију да буде случајни догађај, већ да се кроз теорију вероватноће и закона великих бројева може са великом тачношћу утврдити правилности у наступању одређеног догађаја који се може назвати осигураним случајем, те да је за осигуравајуће организације ризик постао нешто што се редовно догађа и што се може предвидети скоро до нивоа правилности.

На основу ових математичких и статистичких метода, осигуравајуће организације су у стању да прецизно утврде висину премије осигурања, која је довољна да покрије све штете које могу настати у периоду који су уговором о осигурању покривене, уз могућност да разлику између наплаћених премија и свих штета које су у једној години наступиле (што за осигуравајуће организације предстваља добит у пословању) уложе у осавременењевање и развој осигурања или на неки други начин.

Зато се и поставило питање у овом раду да ли је Уредба о накнади штете на лицима у складу са природом уговора о осигурању од аутоодговорности, те да ли је она у складу са Уставом Републике Србије?

Наиме, већ смо видели да се Уставом прокламује независност и самосталност судске власти, те да одлуке о накнади нематеријалне штете треба да буду донете на основу свих околности случаја, поготово имајући

*иарничном йосћууку, накнада шћейће и осіурање*, Удружење за одшлетно право Београд, Београд, 2008, стр. 152.

35 Устав Републике Србије (Службени гласник РС, бр. 98/2006).

у виду да накнада буде правична и да се њоме не погодује тежњама које нису спојиве са њеном сврхом. Мишљења смо, поготово имајући у виду начин на који се заснива пословање данашње осигуравајуће организације, те правну природу уговора о осигурању од аутоодговорности, да је део Уредбе који се односи на накнаду нематеријалне штете супротан Уставу Републике Србије, обзиром да није јасно на основу чега су у Уредби дефинисани максимални износи накнаде која може бити досуђена за поједину ситуацију,<sup>36</sup> те како Суд може да буде самосталан у доношењу одлуке, ако и независно од конкретне ситуације мора да доуди одређени износ који је Уредбом предвиђен.<sup>37</sup>

Мишљења смо, да је наведена Уредба донета пре свега под утицајем осигуравајућих организација, које су путем да је тако назовемо „тарифе“ за новчану накнаду нематеријалне штете, добиле још прецизније критеријуме да применом пре свега актуарске математике и статистике у потпуности из уговора о осигурању изузму сваки елемент алеаторности, те тиме себе довеле у потпуно неједнак положај у односу на осигуранике, обзиром да за њих више осигуравајућа делатност не носи никакав ризик, јер су у стању да са доследном применом „тарифе“ од стране судова, да без могућности било каквог одступања, предвиде висину премије осигурања и тиме себи обезбеде сигурну добит. Дакле, Уредба оваква каква данас постоји (изузев дела који се односи на материјалну штету, где су критеријуми за процену штете објективно постављени), нема за сврху прецизирање закона, што би требало да јој буде основни циљ, већ има позадину у монополском деловању осигуравајућих организација, које су користећи то што су много јачи учесници на тржишту од осигураника, успеле да издејствују акт који ће неизвесност у њиховом пословању у потпуности неутралисати, те им омогућити да без икакве бојазни преузимају све ризике (не постоји *ризик пословања*, подвукао аутор), и за себе прибављају екстра добит, а све на рачун својих осигураника.

Зато не постоји економска и правна оправданост, а поготово нужност постојања једне овакве Уредбе, све имајући у виду прокламовану независност судске власти при доношењу одлука, а све како се не би дешавало да на папиру имамо независне судске органе, а да у пракси ти

36 За ближе критеријуме које би суд морао имати у виду приликом доношења одлуке о висини накнаде штете видети код: Предраг Трифуновић, „Накнада неимовинске штете због смрти блиског лица“, *Правни животи*, бр. 10/1998, стр. 896–900.

37 На пример, није јасно зашто је бол родитеља услед смрти детета већи од бола детета услед смрти родитеља, па се у првом случају као максимални износ штете предвиђа 7.000,00 евра, а у другој ситуацији се као максимални износи предвиђају 6.000,00 односно 5.000,00 евра, у зависности да ли се ради о малолетном или пунолетном детету.

исти „независни“ органи морају да доносе пресуде које су већ одштампане од осигуравајућих организација.

## 5. Решења појединих држава чланица ЕУ

Земље које су прихватиле тзв. објективни систем накнаде нематеријалне штете су Италија и Француска.

### а) Италија

У италијанском праву, разликујемо две фазе накнаде нематеријане штете. Прва фаза се односи на период од доношења италијанског Грађанског законика (*Codice civile*) из 1942. године па до 1979. године, када је се судска пракса залагала за признавањем тзв. биолошке штете (*il danno biologico*), и када је нематеријална штета признавана у ограниченом обиму кроз тзв. моралну штету (*un danno morale*) којом су били обухваћени болови, страх и забринутост, и друга фаза од доношења пресуде Уставног суда Италије од 30.6.1986. године, којом је уставни суд признао биолошку штету. Биолошка штета се јавља као резултат повреде права на живот и здравље, она је штета по самом себи и за њу се не тражи постојање последице. Судови су, пре ове одлуке досуђивали само оне штете које су се могле утврдити економским параметрима, дакле постојале су само материјалне штете.<sup>38</sup> Наведеном пресудом у италијанско право, са позивом на то да је психички интегритет човека фундаментално добро сваке особе и да је као такво неодвојиво од човека, уводи се и неимовинска штета. Тако да се данас при доношењу одлука разликују три врсте штета:<sup>39</sup>

1) Биолошка штета (*il danno biologico*) која је неодвојиво повезана са штетним и опасним догађајем. Она је *danno evento*, дакле штета по самој себи. Постоји увек када је неком лицу проузрокована штета повредом права на живот или телесног интегритета, она се претпоставља, дакле није потребно доказивати и постојање последице, довољно је доказати модалитет повреде да би она била досуђена. Биолошка штета обухвата:<sup>40</sup> привремену неспособност за обављање свакодневних активности (привремена биолошка штета), трајна неспособност која утиче на

38 Моралне штете су се могле досудити само ако је испуњен и један додатни услов, који се односи на то да је штета настала као последица кривичног дела, те да је се доказала узрочно последична веза између учињеног кривичног дела и наступеле последице у виду трпљења физичких и психичких болова, забринутости.

39 М. Ђурковић, „Облици нематеријалне штете и критерији за одређивање накнаде“, стр. 136.

40 *Ibidem*.

психофизички интегритет повређене особе (трајна биолошка штета), естетска штета, социјална штета и сл.

2) Морална штета (*il danno morale*) која је везана за субјективни осећај жртве, за разлику од биолошке штете, морална штета је *danno consequenza*,<sup>41</sup> дакле за њену накнаду је потребно доказати да постоје последице у виду психичког или физичког бола.

3) Имовинска штета, која се јавља као последица губитка зараде због смањене способности зарађивања.

Приликом процене висине накнаде у зависности од тога ко врши процену разликују се четири главне методе:<sup>42</sup> а) метода која за полазиште узима просечан национални доходак (судови Милана и Рима), б) метода која за основицу узима троструки износ мировине коју даје социјално осигурање, в) метода бода, која за сваки степен неспособности даје економску вредност (судови Пизе), г) метода чистог обрачуна по слободној судској оцени, по начелу правичности. Дакле, у италијанском праву, не постоји, јединствен критеријум за процену висине штете коју треба накнадити, већ је судска пракса различита у зависности који је суд надлежан за доношење одлуке. Ипак, су у пракси доминатне две методе, прва тзв. метода бода, која се састоји у томе да се унапред састави табела (класификација) степена неспособности (инвалидности), године, старости и пол оштећеног лица, где свака од ових категорија носи одређене бодове, па се бодови међусобно сабирају и на крају множе са унапред утврђеном вредношћу једног бода, чиме се покушава постићи максимални ефекат објективности, кроз елиминисање сваке специфичности коју са собом носи сваки конкретни случај. Недостатак оваквог система се огледа у недостатку једне таблице неспособности, па се дешава да у различитим судовима за исто или слично оштећење разлике у накнади штете буду и до три пута веће/мање у зависности од табеле која је примењена. Друга често коришћена метода јесте метода чистог обрачуна по слободној судској оцени *ex aequo*, која се примењује најчешће за мање телесне повреде, као коректив високих накнада, до којих се долази применом методе боде. Морална штета се досуђује у одређеном проценту од биолошке штете, где се висина процента креће од 15 до 30% у зависности од суда који доноси одлуку.

### б) Француска

Француски грађански законик (*Code civile*), предвиђа у члану 1382, накнаду свеукупне штете, дакле како материјалне тако и нема-

41 *Ibidem*.

42 М. Ђурковић, *Међународна карија осигурања моторног возила*, „Croatia osiguranje“ d.d., Загреб, 1990, стр. 173.

теријалне. Нематеријална штета, обухвата неколико подврста од којих су најважније:

- 1) Морална штета у случају привремене/трајне неспособности за рад – која обухвата болове, патње и све неугодности које се јављају при обављању редовних активности (бављење спортом, разни хобији и томе слично).
- 2) Моралне штете у случају губитка – код ових штета се посебно води рачуна о старости оштећеног, породичном статусу (удата-неудата, ожењен-нежењен), околности смрти, постојање заједнице живота.
- 3) Естетска штета – се одређује према скали од један до седам, где се посебно води рачуна о месту повреде, полу оштећеног, делатношћу којом се оштећени бави. Скала према којој се одређује износ накнаде коју треба досудити обухвата следеће нивое озледа: минималне, врло лагане, лагане, средње, тешке, врло тешке и изазивају гађење. Сама висина накнаде зависи у највећој мери од класификације естетског наружења од стране вештака, те је неопходно да вештак осим класификације, да детаљан опис штете, са фотографијама, како би суд мога да стекне бољи увид у тежину настале повреде.
- 4) Афективна штета – ради се о штети која се изузетно досуђује уском кругу лица који трпе штету због патње блиског лица. Штета се досуђује само у ситуацијама када је патња оштећеног лица последица неке тешке повреде, која има предзнаке смртог исхода и кад постоји изузетна блискост лица које је претрпело штету и лица која трпе афективну штету.

Независно о ком облику штете говорили, француско право познаје тзв. Оријентационе табеле (*Le tableau indikatif*), које нису обавезујуће за суд, којима се предвиђају оквирне висине накнаде штете, за сваку горе-наведену подврсту нематеријалне штете, чија је сврха да уједначе судску праксу, да подстакну осигураваче на брзо решавање штета и тиме да растерете суд од многобројних парница, да упознају оштећене са реалним износима који могу очекивати, да помогну судијама у оним ситуацијама када је не могуће утврдити висину штете у конкретном случају. Оно што је важно истаћи за оријентационе таблице, јесте да оне *не њредсџављају законско решење* (подвукао аутор), те се оне не могу примењивати нити на било који начин обавезивати суд и задирати у његову сувереност, ако је *in concreto*, могуће утврдити постојање штете и њену висину.

Најважније земље са субјективном метод за одређивање висине накнаде нематеријалне штете су Немачка и Аустрија.

## в) Немачка

Немачки грађански законик у параграфима 253 и 847, регулише право на накнаду нематеријалне штете, тзв. (*Schmerzensgeld*). Под нематеријалном штетом се најчешће подразумевају претрпљени физички и психички болови, сви видови естетске штете, штета због нарушених друштвених односа, губитак сексуалне моћи. Сврха нематеријалне штете се схвата двоструко: 1) тзв. функција изједначавања положаја оштећеног након незгоде са положајем пре незгоде (*Ausgleichsfunktion*) и 2) функција задовољења (*Genugtuungsfunktion*). Накнада за нематеријалну штету се досуђује само ако је оштећени заиста трпео психичке или физичке болове. За разлику од права Француске и Италије, у немачком праву не постоје било какви законом или неким другим актом дефинисани критеријуми за одређивање висине накнаде нематеријалне штете. Овде се висина накнаде одређује тзв. методом правичности, која подразумева да судови приликом доношења одлуке морају узети у обзир све околности неког случаја, а нарочито: трајне последице, ожиљци, потребе будуће обраде, посебне потребе, опасност по живот, старост повређеног, стање здравља пре незгоде. Приликом процене висине накнаде значајну улогу има претходна судска пракса, која се често сабира и чија се решења објављују.<sup>43</sup>

## i) Аустрија

Аустријски грађански законик, у параграфима 1325 и 1332, регулише питање нематеријалне штете, на један прилично рестриктиван начин. Наиме, њиме се предвиђа само накнада за претрпљене болове у случају телесне повреде или наружења, с тим да се по основу наружења може тражити и материјална штета, по основу пропуштених прилика (*мисли се на њословне йрилике*, подвукао аутор), у будућности. Прили-

43 Занимљива је једна судска одлука, која можда и најбоље показује предности субјективне методе при одређивању висине накнаде нематеријалне штете. Наиме, предмет спора је била нематеријална штета коју је претрпео мушкарац, стар 65 година, која је настала преломом лобање, отвореним преломом обе потколенице, где је оштећени био две недеље у смртној опасности, месец дана на интензивној нези, након неког времена су му ампутиране обе ноге изнад колена, пет месеци болничког лечења, шест месеци у центру за рехабилитацију, трајно је упућен на туђу негу и помоћ, а суд му је на име накнаде досудио износ од 175.000,00 ДМ, са образложењем да се ради о особи у поодмаклој доби, која за разлику од млађих особа није изложена многобројним сметњама везаним за такве повреде, као што су губитак повољне прилике за склапање брака, планирање породице, напредовање на послу, те да ће оштећени краће време трпети последице повреде него што би то био случај са млађом особом са истим повредама. Наведено према: М. Ђурковић, „Облици нематеријалне штете и критерији за одређивање накнаде“, стр. 147.

ком оцене висине накнаде, суд мора имати у виду све околности случаја, где се посебна пажња обраћа на тежину повреде, интензитет, трајање и врсту болова, утицај на здравље, губитак животне радости. Слично као и у немачком праву, не постоје никакве службене табеле, нити законска решења којом би се предвидели максимални износи који би били обавезни за суд, а накнада се досуђује у једном укупном износу и то у облику капиталне исплате или у форми ренте.

## V Закључак

У претходном делу рада, кроз анализу решења коју је понудио српски законодавац, могли смо да приметимо да је српско позитивно право у материји накнаде нематеријалне штете, која је настала као последица употребе моторног возила, приближило свим оним земљама ЕУ које су усвојиле објективни (апстрактни) метод при процени висине те накнаде, обзиром да су Уредбом о накнади штете на лицима, предвиђени критеријуми, услови и максимални износи накнаде по овом основу. Позитивни ефекти оваквог решења огледају се у уједначавању судске праксе, у огромном подстицају на осигураваче да брзо решавају штете и тиме да растерете суд од многобројних парница, у упознавању оштећених са реалним износима које могу очекивати, те у крајној линији у помоћи судијама у оним ситуацијама када је немогуће утврдити висину штете у конкретном случају. Међутим, ово решење не представља „чисту“ објективну методу, обзиром да за разлику од рецимо права Француске, где постоје Оријентационе таблице, чија сврха није да ограничи судију, већ управо супротно, да му олакша утврђивање висине у оним ситуацијама када је то немогуће или је скопчано са великим тешкоћама, код нас постоји модификована објективна метода, у виду општеобавезујуће Уредбе, где циљ није дати судији препоруку (помоћи му када се на други начин висина накнаде не може одредити), већ је циљ, да му се ограничи сувереност на плану одлучивања, што је неприхватљиво са становишта Устава као највишег правног акта и усвојене поделе власти, о чему је већ било речи у претходном делу рада.

Мишљења смо да би највише нашем правном систему, одговарала мешавина субјективне и објективне методе (субјективно-објективна метода) за процену висине накнаде нематеријалне штете, обзиром да би на тај начин био решен проблем претерано неједнаке судске праксе за исте или сличне ситуације са једне стране, а са друге судови би и даље имали једини право да иду и изнад препоручених максималних износа, у зависности од конкретног случаја и разлога правичности, а које

решење би највише одговарало немачком моделу накнаде нематеријалне штете (максимални износи би морали бити као у Француској само оријентационог типа и користили би се само изузетно кад се на други начин а према околностима конкретног случаја накнада не би могла утврдити на други начин).

**Todor BRAJOVIĆ**

PhD Student at Faculty of Law, University of Belgrade

## NON-PECUNIARY DAMAGES IN SERBIAN MOTOR THIRD PARTY LIABILITY INSURANCE WITH SPECIAL EMPHASIS ON INDIVIDUAL SOLUTIONS OF EU MEMBER STATES

### Summary

*The author deals with the problem of determining the scope and amount of compensation that can be awarded on the basis of liability which a person suffers from a motor vehicle in circumstances where the violated good is non-proprietary in nature – non-pecuniary damage. Particular attention is paid to the non-compliance of certain legislation: Law on Compulsory Traffic Insurance and Regulation on compensation of persons, with the highest legal act of the Constitution of the Republic of Serbia, and in this sense the existing solution is criticized as economically unjustified and legally untenable. In light of harmonization of the Republic of Serbia with the European Union, the comparative approach provides the analysis of non-pecuniary damages in certain EU Member States with a commitment to changing the current legislation to accept a combination of solutions in France and Germany, subjective-objective method for determining the amount of non-pecuniary damage.*

**Key words:** *motor third party liability insurance, non-pecuniary damage, regulation, the regulation systems of non-pecuniary damage.*



---

# СТРУЧНА МИШЉЕЊА

---

др *Велисав* МАРКОВИЋ  
доцент Пословног факултета Ваљево, Универзитет Сингидунум  
Београд

## УГОВОР О СТРУЧНОМ УСАВРШАВАЊУ И ПОРЕСКА ЕВАЗИЈА

### Резиме

*Стручно усавршавање представља подизање нивоа знања и способности у одређеној струци. Може се вршити пре зайослења и као право и обавеза из радног односа. Када се сироводи пре зайослења ангажовано лице није у радном односу и уговором о стручном усавршавању се не мора усвојавати обавеза исплате новчане накнаде. Законом о раду Републике Србије није ограничено трајање уговора о стручном усавршавању осим уколико трајање специјализације није одређено посебним прописима. Одсуство одредби о ограничењу дужине трајања уговорног односа користи несавесни послодавци који овај уговор користе да би прикрили рад на црно. У раду аутор приказује како се у пракси злоупотреба примена уговора о стручном усавршавању ради избегавања пореских обавеза. Ради се о законитој пореској евазији кроз нелегитимно минимизовање пореске обавезе. Препорука је да се у уједној и судској пракси препоручи трајање уговора о стручном усавршавању не призна за потребе опорезивања јер се ради о симулованом правном послу што значи да би требало опорезовати дисимуловани посао, као и да се изменама Закона о раду ограничи дужина трајања уговора о стручном усавршавању и измени његов порески режим.*

**Кључне речи:** *рад ван радног односа, уговор о стручном усавршавању, пореска евазија.*

## I Увод

Као облик рада ван радног односа Законом о раду<sup>1</sup> Републике Србије уређено је стручно оспособљавање и усавршавање. Према одредби члана 201 Закона о раду, уговор о стручном оспособљавању и усавршавању послодавац може да закључи:

- 1) са незапосленим лицем, ради обављања приправничког стажа и полагања стручног испита, кад је то законом, односно правилником предвиђено као посебан услов за самостални рад у струци;
- 2) са лицем које жели да се стручно усаврши и стекне посебна знања и способности за рад у својој струци, односно да обави специјализацију, за време утврђено програмом усавршавања, односно специјализације.<sup>2</sup>

Стручно оспособљавање и усавршавање се може реализовати пре запослења путем школовања и путем практичног рада и запослених као право и обавеза из радног односа.

У раду је приказано стручно оспособљавање и усавршавање које се обавља пре запослења.

Законом о раду Републике Србије није ограничено трајање уговора о стручном усавршавању осим уколико трајање специјализације није одређено посебним прописима.

На основу уговора о стручном усавршавању не може се извршити преображај у радни однос на неодређено време.<sup>3</sup> Ову чињеница као

1 *Сл. гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005 и 54/2009.

2 Закон о раду Републике Српске, *Сл. гласник РС*, бр. 55/07 у члану 25 прописује да послодавац може лице које тражи запослење, уз његову сагласност, као и радника у радном односу, упутити на допунско оспособљавање за руковање средствима рада и средствима заштите на раду ако је то неопходно за безбједно руковање тим средствима и за њихово намјенско коришћење. О трајању и начину спровођења допунског оспособљавања одлучује послодавац. Закон о раду Црне Горе, *Сл. лист ЦГ*, бр. 49/2008, 59/2011 и 66/2012, не познаје стручно оспособљавање без заснивања радног односа. Закон о раду Хрватске, *Народне новине*, бр. 149/09, 61/11, 82/12, 72/13 познаје стручно оспособљавање приправника без заснивања радног односа које може трајати најдуже колико траје приправнички стаж, односно најдуже годину дана ако законом није друкчије одређено.

3 „Уговор о стручном оспособљавању и усавршавању није основ за заснивање радног односа на неодређено време а ако је то лице наставило да ради по истеку рока на који је тај уговор био закључен презумпција прерастања радног односа на неодређено време настала би даном ступања на рад по истеку рока из уговора о стручном оспособљавању и усавршавању“, из пресуде Врховног касационог суда Србије, Рев. 143/10 од 8.4.2010. године, *Правни информатор*, бр. 7–8/2010, *Intermex*, Београд.

и одсуство одредби о ограничењу дужине трајања уговорног односа користе несавесни послодавци који овај уговор користе да би прикрили рад на црно. Тако се уговор о стручном усавршавању злоупотребљава, као симуловани правни посао, да би се избегло заснивање радног односа и плаћање пореских обавеза.

У раду је приказано на конкретном примеру како се врши злоупотреба овог института са циљем да се државни органи активирају и примене прописе јер правна држава и владавина права постоје само ако се прописи доследно примењују на све случајеве без изузетка. Ово посебно са аспекта плаћања пореских обавеза јер је функционисање државе немогуће замислити без пореза. Порески обвезници могу да организују своје пословање тако да избегну порез прибегавајући разним правним конструкцијама. Пореска евазија може бити законита и незаконита. У конкретном случају ради се о законитој пореској евазији кроз нелегитимно минимизовање пореске обавезе које аутор у раду образлаже и даје препоруке за решење.

## II Појам уговора о стручном оспособљавању и усавршавању

Из наведених одредби члана 201 Закона о раду може се закључити да је уговор о стручном оспособљавању и усавршавању сагласност воља послодавца са једне стране и незапосленог лица са друге стране, ради обављања приправничког стажа и полагања стручног испита незапосленог лица, кад је то законом, односно правилником предвиђено као посебан услов за самостални рад у струци, као и сагласност воља послодавца и лица које жели да се стручно усаврши и стекне посебна знања и способности за рад у својој струци, односно да обави специјализацију, за време утврђено програмом усавршавања, односно специјализације.

Закон о раду не даје дефиницију шта је стручно оспособљавање, а шта стручно усавршавање. У теорији су разграничени ови појмови.

*Стручно образовање* представља процес стицања знања, стручних и радних способности, умећа и навика путем школовања или практичним радом. То је процес стицања одређеног степена школске спреме (средњи, виши, високи степен) у одређеној струци.

*Стручно оспособљавање*, по правилу, представља стицање одговарајућих знања, радних способности и вештина, после школовања, како би се лице оспособило за самосталан рад у струци (нпр. приправници).

*Стручно усавршавање* представља подизање нивоа знања и способности у одређеној струци (нпр. специјализација).<sup>4</sup>

4 Види: Предраг Јовановић, *Радно право*, Правни факултет Нови Сад, 2012, стр. 272.

Уговор о стручном оспособљавању и усавршавању закључује се у писаном облику.

Послодавац треба да донесе програм стручног усавршавања којим се утврђују врста, начин и време трајања стручног усавршавања, односно специјализације и провера стеченог знања. Послодавац може да обезбеди лицу на стручном оспособљавању и усавршавању новчану накнаду и друга права, у складу са законом, општим актом или уговором о стручном оспособљавању и усавршавању. Новчана накнада не сматра се зарадом у смислу Закона о раду, а према одредбама прописа који уређују плаћање пореза и доприноса, накнада има третман уговорене накнаде.

Поред Закона о раду, стручно оспособљавање и усавршавање уређено је и посебним прописима за државне службенике, у области здравства и социјалне заштите, судства, војске и сл.

## 1. Стручно оспособљавање

Уговор о стручном оспособљавању се закључује за оспособљавање за самосталан рад у струци – приправнички стаж. Услови за закључење уговора о стручном оспособљавању за самосталан рад у струци су да се он закључује са незапосленим лицем у својству приправника и да је то законом, односно правилником предвиђено као посебан услов за самосталан рад у струци.

Да би послодавац са одређеним лицем закључио уговор о стручном оспособљавању, потребно је да се ради о пословима за које су законом или правилником о организацији и систематизацији послова код послодавца (члан 24 Закона о раду), предвиђено обављање приправничког стажа и полагање приправничког испита за лица која поседују одређени степен и врсту стручне спреме, а немају радног искуства.<sup>5</sup>

За бројне делатности приправнички стаж је уређен као обавезан, као што су, на пример: здравство, социјална заштита, судство и др. По правилу се за обављање приправничког стажа заснива радни однос али се исти може обављати и без заснивања радног односа.

Одредбом члана 106а Закона о државним службеницима<sup>6</sup> са незапосленим лицем руководиоца може закључити уговор о стручном оспособљавању без накнаде, ради стручног оспособљавања, односно стицања радног искуства и услова за полагање државног стручног испита. Овим законом ограничено је трајање стручног оспособљавања

5 Из Мишљења Министарства рада и социјалне политике Републике Србије, бр. 011-00-287/2011-02 од 13.4.2011. године.

6 Сл. гласник РС, бр. 79/2005, 81/2005, 83/2005, 64/2007, 67/2007, 116/2008, 104/2009.

и то за лица са средњим образовањем најдуже шест месеци, за лица са високим образовањем најдуже годину дана.

Одредбама Закона о здравственој заштити<sup>7</sup> између осталог уређено је волонтерско обављање приправничког стажа као облика рада ван радног односа. Сходно одредбама члана 178 овог закона приправнички стаж може се обављати и у облику волонтерског рада, као рад ван радног односа. Обавеза обављања приправничког стажа прописана је и за здравствене раднике и за здравствене сараднике. Здравствена установа, односно приватна пракса може (а не мора) лицу са којим закључи уговор о волонтерском раду да обезбеди накнаду за рад и друга права у складу са законом и другим општим актима.

Законом о социјалној заштити,<sup>8</sup> одредбама члана 142 став 2, прописано је да приправнички стаж могу обављати и стручни радници и стручни сарадници који су ангажовани у својству волонтера, као рад ван радног односа. Приправнички стаж изводи се по утврђеном програму ради стручног оспособљавања за самосталан рад у установи социјалне заштите и код пружаоца услуге социјалне заштите, под непосредним надзором стручног радника односно стручног сарадника (ментора) који има најмање пет година радног искуства у социјалној заштити.

Према одредбама члана 67 Закона о уређењу судова<sup>9</sup> дипломирани правник може ради стицања услова за полагање правосудног испита бити примљен на обуку у суд без заснивања радног односа (волонтер).

## 2. Стручно усавршавање

Стручно усавршавање је подизање нивоа знања и способности у одређеној струци. Уговор о стручном усавршавању послодавац може да закључи са лицем које жели да се стручно усаврши и стекне посебна знања и способности за рад у својој струци, односно обави специјализацију, за време утврђено програмом усавршавања, односно специјализације.

Стручно усавршавање ради стицања посебних знања и специјализација потребни су за поједине делатности и послове а не генерално за све послове. Усавршавање могу обављати лица запослена код једног послодавца, а код њега немају могућности за то, а могу и незапослена лица. Уобичајено је, на пример, спровођење специјализације у здравственим установама у којима лекар са завршеним факултетом и приправничким стажом специјализира неку област медицине.

7 *Сл. гласник РС*, бр. 107/2005, 72/2009, 88/2010, 99/2010, 57/2011, 119/2012, 45/2013.

8 *Сл. гласник РС*, бр. 24/2011.

9 *Сл. гласник РС*, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011, 78/2011, 101/2011.

Стручно усавршавање се обавља у складу са програмом који је дужан да донесе послодавац. Програмом се утврђују врста, начин и време трајања стручног усавршавања и провера стеченог знања.

Законом о раду није прописана садржина уговора о стручном усавршавању, већ је то остављено уговорним странама.

Сматрамо да уговор о стручном усавршавању треба нарочито да садржи: податке о уговорним странама, предмет стручног усавршавања, рок на који се закључује уговор, права и обавезе уговорних страна према програму стручног усавршавања, разлози за отказ пре истека уговора и отказни рок, а могу се уговорити: новчана накнада за време стручног усавршавања и друга права лица које се усавршава. За разлику од стручног оспособљавања за самосталан рад, које, сходно члану 47 Закона о раду, не би могло да траје дуже од припрвничког стажа, период стручног усавршавања није прописан Законом о раду, већ се утврђује програмом стручног усавршавања, при чему време стручног усавршавања треба да одговара времену потребном за спровођење програма стручног усавршавања. Ако посебним законом није другачије прописано, мишљења смо да би стручно усавршавање могло да траје најдуже годину дана, сходно времену које је законом прописано као максимално време за стручно оспособљавање за самосталан рад. Пошто су услови за обављање одређених послова утврђују, по правилу, правилником о унутрашњој организацији и систематизацији послова, то се захтеви у погледу степена и врсте образовања утврђују тим актом, ако законом нису прописани посебни услови за рад на одређеним пословима. Правилником се, поред захтева у погледу врсте и степена образовања, утврђују и други посебни услови за рад на одређеним пословима (нпр. радно искуство, посебна знања и способности и др.).<sup>10</sup>

### **III Порески третман уговора о стручном оспособљавању и усавршавању**

Порески третман уговора о стручном оспособљавању и усавршавању зависи од тога да ли је уговором предвиђена исплата накнаде или не. Уколико уговором није предвиђена исплата накнаде лице са којим је закључен уговор има право на обавезно социјално осигурање за случај повреде на раду и професионалне болести.

Ако лице ангажовано по уговору о стручном оспособљавању и усавршавању не остварује уговорену накнаду за рад послодавац је дужан да плати:

<sup>10</sup> Мишљење Министарства рада, запошљавања и социјалне политике бр. 011-00-399/2012-02 од 6.2.2013. године.

- 1) Допринос за пензијско и инвалидско осигурање за случај инвалидности и телесног оштећења проузрокованих повредом на раду или професионалном болешћу по стопи од 4%.

Права за случај инвалидности и телесног оштећења проузрокованих повредом на раду или професионалном болешћу остварују лица која се налазе на стручном оспособљавању.<sup>11</sup> Лице на стручном оспособљавању и усавршавању је физичко лице које, у складу са законом којим се уређује рад, обавља рад по основу уговора о стручном оспособљавању и усавршавању или другог уговора, без заснивања радног односа.<sup>12</sup>

Обвезници доприноса за ПИО за случај инвалидности и телесног оштећења по основу повреде на раду и професионалне болести и доприноса за здравствено осигурање за случај повреде на раду и професионалне болести, у случајевима утврђеним законом је послодавац у складу са законом којим се уређује рад за лица на стручном оспособљавању и усавршавању.<sup>13</sup> Основица доприноса је најнижа месечна основица доприноса.

- 2) Послодавац је дужан да плати и допринос за здравствено осигурање за случај повреде на раду и професионалне болести по стопи од 2%.<sup>14</sup>

Ако лице ангажовано по уговору о стручном оспособљавању и усавршавању остварује уговорену накнаду за рад послодавац је дужан да плати:

- 1) порез на друге приходе по стопи од 20% на бруто основицу умањену за 20% нормираних трошкова;<sup>15</sup>
- 2) допринос за пензијско и инвалидско осигурање за случај инвалидности и телесног оштећења проузрокованих повредом на раду или професионалном болешћу по стопи од 4% на најнижу месечну основицу доприноса, односно уговорену

11 Закон о пензијском и инвалидском осигурању, *Сл. гласник РС*, бр. 34/2003, 64/2004, 84/2004, 85/2005, 101/2005, 63/2006, 5/2009, 107/2009, 101/2010, 93/2012, 62/2013, чл. 17 ст. 1 тач. 2.

12 Закон о доприносима за обавезно социјално осигурање, *Сл. гласник РС*, бр. 84/2004, 61/2005, 62/2006, 7/2008, 5/2009, 7/2009, 3/2010, 4/2011, 52/2011, 101/2011, 7/2012, 8/2013, 47/2013, чл. 6 тач. 9а.

13 Закон о доприносима за обавезно социјално осигурање, чл. 11 тач. 4а.

14 Закон о доприносима за обавезно социјално осигурање, чл. 47.

15 Закон о порезу на доходак грађана, *Сл. гласник РС*, бр. 24/2001, 80/2002, 135/2004, 62/2006, 65/2006, 10/2007, 7/2008, 7/2009, 31/2009, 44/2009, 3/2010, 18/2010, 4/2011, 50/2011, 91/2011 (Одлука Уставног суда), 7/2012, 93/2012, 114/2012 (Одлука Уставног суда), 8/2013, 47/2013, 48/2013, чл. 85.

накнаду ако се остварује и ако је виша од најниже месечне основице доприноса;

- 3) допринос за здравствено осигурање по стопи од 12,3 % на исту основицу на коју се плаћа поре на доходак грађана, уколико лице са којим је закључен уговор није осигурано по другом основу.

Очигледно су укупне пореске обавезе лица ангажованих по уговору о стручном оспособљавању и усавршавању далеко мање од лица у радном односу.<sup>16</sup>

#### **IV Злоупотреба уговора о стручном усавршавању у пракси**

Уговором о стручном оспособљавању и усавршавању може бити без накнаде или са накнадом. У пракси, плаћање накнаде по овом уговору је правило, и то по цени радног сата која је нижа од цене радног сата минималне зараде.

Правна празнина, односно одсуство одредби о ограничењу дужине трајања уговора о стручном усавршавању користе несавесни послодавци да би се заштитили од санкција због ангажовања радне снаге без уговора о раду (рад на црно). Према мишљењу Министарства рада и социјалне политике трајање стручног оспособљавања треба да буде временски ограничено како не би дошло до злоупотребе закона. Уколико је реч о пословима тесара, зидара, машиниста и др. стручно усавршавање за обављање наведених послова не може се вршити у периоду од неколико грађевинских сезона.<sup>17</sup>

Међутим, у пракси се широко злоупотребљава овај правни институт ради прикривања рада на црно и сада више хиљада лица ради по основу овог уговора без остваривања права из радног односа, а са друге стране без плаћања прописаних пореза и доприноса од стране послодаваца.

Тако, на пример, привредно друштво П.Г. ангажује лица по уговору о стручном оспособљавању и усавршавању за обезбеђење објеката Пореске управе у Србији. При томе ангажована лица плаћа по 80 динара по сату. Лица су била ангажована годину дана. У току рада Инспекција

16 На зараде се плаћају доприноси за обавезно ПИО по стопи од 24%, за обавезно здравствено осигурање по стопи 12,3% и за осигурање за случај незапослености по стопи 1,5% као и порез на зараде по стопи 10%, Закон о доприносима за обавезно социјално осигурање, чл. 44 и Закон о порезу на доходак грађана, чл. 16.

17 Мишљење Министарства рада и социјалне политике Републике Србије 011-00-0023/2008-02 од 11.4.2008. године.



рада је вршила контролу и констатовала да су запослени затечени да раде по основу уговора о стручном оспособљавању и усавршавању; да су затечени запослени наведени уговор потписали 18.6.2012. године, а после 20 година рада на истим пословима обезбеђења за који су закључили уговор о стручном усавршавању; да лица не знају зашто треба да се усавршавају за те послове које већ дуго раде и имају положене стручне испите.<sup>18</sup> У записнику о контроли се не наводи да ли постоји програм стручног усавршавања, ко га спроводи и сл. Инспекција рада је записник о извршеној контроли доставила месно надлежној инспекцији по седишту привредног друштва у Б. али ништа није предузето. Контролисана лица и данас раде по уговору о стручном усавршавању. Само после годину дана нови уговор, поново до годину дана, је закључен са другим привредним друштвом Г.М. које је подизвођач друштву П.Г. Овде наглашавам да је друштво П.Г. добило послове обезбеђења Пореске управе путем јавног тендера на коме је дало понуду по цени радног сата која је нижа од цене минималне зараде са припадајућим порезима и доприносима. На жалбу учесника на тендеру Управа за јавне набавке је заузела став да понуђач може дати понуду по цени нижој од минималне цене коштања радне снаге ако има закључене друге послове на којима остварује профит којим може да покрије губитак у који свесно иде. Међутим, очигледно је да привредно друштво П.Г. не иде у губитак јер злоупотребом уговора о стручном усавршавању који користи као симуловани правни посао ипак остварује добит.

У овом конкретном случају уговор о стручном усавршавању представља симуловани правни посао. Симуловање је пример намерне несагласности унутрашње и изјављене воље и таква пословна операција која се састоји из два уговора међусобно повезана заједничким вануговорним заобилазним циљем. Суштина симулованих уговора је у намери изигравања (заобилажења) закона, према томе, у крајњој линији, у противправном понашању.<sup>19</sup> Жеља странака је да се избегне примена прописа на прикривени (дисимулован) уговор у овом случају уговор о раду.

## V Пореска евазија

Пореска евазија може бити законита и незаконита. Незаконита пореска евазија обухвата оне поступке пореског обвезника усмерене

18 Записник Министарства рада и социјалне политике, Инспектората за рад, Одељења инспекције рада за Колубарски управни округ 380 бр. 021-00722/12-04 од 30.7.2012. године.

19 Види више: Јожеф Салма, *Облигационо право*, Научна књига, Београд, 1988, стр. 233–234.

на избегавање плаћања пореза којима се крши порески закон. Законита пореска евазија постоји када порески обвезник умањује пореску обавезу, не кршећи при том пореске прописе. Она се јавља у два вида, и то као:

- легитимно минимизовање пореске обавезе (нпр. у виду уздржавања од потрошње опорезованих производа, супституције оштрије опорезованог артикла блаже опорезованим, и сл.); и
- нелегитимно минимизовање пореске обавезе – неприхватљиво у смислу да иако није прекршен закон, долази до онемогућавања остваривања циљева ради којих је донет.

Основно обележје „неприхватљиве“ законите пореске евазије је у томе да се ради о покушају пореског дужника да смањи пореску обавезу на ниво који је нижи од нивоа који је законодавац намеравао да постигне, имајући у виду дати бруто доходак и дате посебне околности.<sup>20</sup>

У конкретном случају, закључивањем уговора о стручном усавршавању на наведени начин, мишљења сам да се ради о законитој пореској евазији нелегитимним минимизовањем пореске обавезе. Овој пореској евазији се може супротставити тумачење према економској суштини, односно решење се може потражити у доктрини да је суштина важнија од форме или у ослањању на економску интерпретацију, односно у грађанскоправним концептима ништавости симулованих правних послова, односно изигравања закона.

Овде је релевантно начело фактицитета, прописано чланом 9. Закона о пореском поступку и пореској администрацији.<sup>21</sup> Оно садржи три правила.

Прво, прокламован је принцип да се пореске чињенице утврђују према њиховој економској суштини.<sup>22</sup>

Друго, ако се симулованим правним послом прикрива неки други правни посао, за утврђивање пореске обавезе основу чини дисимуловани правни посао.

Треће, Пореска управа је дужна да утврди пореску обавезу у случају када су, на прописима супротан начин, остварени приходи, односно стечена имовина.

У конкретном случају уговор о стручном усавршавању представља симулован правни посао којим се прикрива неки други правни посао

20 Види: Дејан Поповић, *Пореско право*, Правни факултет у Београду, 2011, стр. 45.

21 *Сл. гласник РС*, бр. 80/2002, 84/2002, 23/2003, 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005, 62/2006, 61/2007, 20/2009, 72/2009, 53/2010, 101/2011, 2/2012, 93/2012, 47/2013.

22 На пример, у пресуди Врховног суда Србије У. 120/04 од 23.2.2006. године суд се позвао на правило да се пореске чињенице утврђују према њиховој економској суштини.

(уговор о раду). Симуловани уговор се закључује привидно али покрива неки други уговор (дисимуловани).<sup>23</sup> Симулација је апсолутна ако је закључен привидни уговор ради заобилажења прописа, преваре трећих лица или ради каквог другог циља, а релативна ако се привидним уговором прикрива неки други уговор.<sup>24</sup> У том случају за утврђивање пореске обавезе основу чини дисимуловани правни посао.

Околност да је са становишта приватног права симуловани правни посао ништав, нема последица на терену пореског права. Пореска управа ће, са ослоном на начело фактицитета, опорезовати дисимуловани правни посао.<sup>25</sup>

## VI Закључак

Злоупотреба у примени уговора о стручном усавршавању ради избегавања пореских обавеза представља закониту пореску евазију кроз нелегитимно минимизовање пореске обавезе. Препорука је да се у управној и судској пракси претерано трајање уговора о стручном усавршавању не призна за потребе опорезивања јер се ради о симулованом правном послу што значи да би требало опорезовати дисимуловани правни посао (уговор о раду). Пореска управа при спровођењу пореских прописа и наплате пореза по принципу тзв. нулте толеранције, како се медијски декларише, треба да пође од своје куће, односно од контроле плаћања пореза пореских обвезника који раде за њене потребе. У конкретном случају Пореска управа избором најјефтинијег понуђача са ценом услуга обезбеђења испод минималне цене коштања чини уштеду у својим трошковима, а са друге стране, неопорезивањем дисимулованог правног посла, чини много већу штету умањењем прихода буџета. Поред тога, доприноси нелојалној конкуренцији на тржишту услуга обезбеђења а посебно максималном економском искоришћавању лица која раде без заснивања радног односа и по цени рада нижој од минималне цене рада.

Препорука је и да се изменама Закона о раду ограничи дужина трајања уговора о стручном усавршавању и измени његов порески третман, односно да се накнада коју примају лица на стручном оспособљавању и усавршавању опорезује као зарада.

23 Види: Илија Бабић, *Облигационо право – ојшњи гео*, Факултет за европске правно-политичке студије Нови Сад и ЈП Службени гласник Београд, 2009, стр. 119.

24 Види: Милош Ведриш, Петар Кларић, *Основе имовинској права*, Народне новине и Правни факултет Загреб, 1989, стр. 111.

25 Д. Поповић, *нав. дело*, стр. 52.

**Velisav MARKOVIĆ, PhD**  
Assistant Professor at the Faculty of Business Valjevo, University of  
Belgrade – Singidunum

## CONTRACT ON PROFESSIONAL DEVELOPMENT AND TAX EVASION

### Summary

*Professional development includes improvement of knowledge and skills in a particular profession. It can be done prior to employment as a right and an obligation that stems from employment contract. When conducting before employment contract conclusion, engaged person is not officially employed and contract on professional development does not necessarily produce an obligation to pay any compensation. Labor law of the Republic of Serbia has no limits in terms of duration of the contract on professional development, unless a limit has been set by special regulation in a particular profession. The absence of limits in terms of duration of the contract often brings to abuse by unscrupulous employers who use this contract to conceal illegal work. The author shows how, in practice, abuse of the contract on professional development has been used for tax evasion. It is a lawful tax evasion through illegitimate minimization of tax liability. It is recommended that in administration and courts practice, too long lasting contracts on professional development should not be recognized for tax purposes, because it is a simulated legal business, which means that dissimulated legal business should actually be taxed. By amendments to Labor law, duration of the contract on professional development should be limited and its tax regime should be altered.*

**Key words:** *work without employment contract, contract on professional development, tax evasion.*

**Нашаа ЛАЛОВИЋ МАРИЋ**  
адвокат

## ПРИКРИВЕН ПОВРАЋАЈ УЛОГА

### Резиме

*Правило о забрани повраћаја улога члановима друштва, сходно коме вршење исцлаја, односно радњи које за последицу имају исцлаје од стране друштва, у користи чланова исцлаја, мимо закона, по нејркишним условима, исцлаји у свим развијеним правним системима, укључују и наш. Ипак, у пракси српских судова, правило о забрањеном повраћају улога се тумачи врло рескриптивно, губећи тиме свој смисао, суштинску и циљ због кога је исцлаје уведено у наш правни систем, остварајући тиме простиор за бројне злоупотребе друштва од стране чланова исцлаја, кроз различите форме прикривеног повраћаја улога, чиме се наноси велика штета, не само друштву, већ и поверицима исцлаја.*

**Кључне речи:** улог, забрана враћања улога, прикривен повраћај улога.

### I Увод

Норма о забрани повраћаја улога члановима друштва постоји у нашем законодавству, у сличном облику, већ готово две деценије. Ипак, тумачење предметне норме, те примена исте у пракси од стране привредних субјеката и судова, не иде даље од пуког цитирања исте, услед чега дата норма постаје неефикасна и обесмишљена, а бројни ништави правни послови, који почивају на забрањеном повраћају улога, у пракси постепено постају редован и општеприхваћен облик привредног

пословања, иако штетан како по друштва из којих се незаконито извлачи улог, тако и по повериоце истог.

## II Појам забрањеног повраћаја улога

Сходно члану 60 Закона о привредним друштвима Републике Србије из 2011. године,<sup>1</sup> члан привредног друштва нема право на повраћај улога или пак право на камату на улог, који је уплатио, односно унео у друштво, те му друштво не сме вратити тај улог, нити предузимати радње у циљу повраћаја истог.

Наиме, од момента уношења улога у капитал друштва, исти постаје имовина друштва, а члан губи сва права *на* истом, укључујући и право на повраћај улога, било директно, повраћајем средстава која су уложена у капитал друштва, било индиректно, предузимањем радњи које имају за циљ потенцијално „извлачење“ средстава из имовине тог друштва (зависног друштва члана), од ког „извлачења средстава“ користи има само члан, али не и друштво. Ово мишљење је, бар декларативно, потврђено и у пракси српских судова.<sup>2</sup>

Уношењем улога у капитал друштва, члан стиче одређена права *по основу* тако уложеног улога, који постаје имовина друштва, у која, између осталог, спадају и имовинска права члана, те одређена права на исплате, која укључују и право на учешће у добити, право на исплату накнаде у случају повлачења и поништаја удела или стицања сопствених удела, право на исплату ликвидационог вишка и право на учешће у деоби стечајне масе, а која права су изричито прописана у закону. Стога, мимо имовинских права утврђених законом, тј. мимо исплата које Закон о привредним друштвима експлицитно дозвољава, члан нема било каква додатна права на исплате од стране друштва по основу улога, те му таква права друштво не сме ни давати. То је најзад и прописано ставом 2 члана 60 Закона о привредним друштвима, сходно коме плаћања од стране привредног друштва члановима, по основу цене за стицање сопствених удела, као и друга плаћања, која се врше у складу са Зако-

1 Закон о привредним друштвима (Службени гласник РС, бр. 36/2011 и 99/2011).

2 Сходно Пресуди Вишег привредног суда у Београду, Пж. 4969/96 од 25. децембра 1996. године, средства која неко лице уложи као оснивач, моментом настанка правног лица, престају да буду имовина оснивача и прелазе у имовину новооснованог правног субјекта, па оснивач нема право на повраћај уложених средстава. Сходно Пресуди Вишег привредног суда у Београду, Пж. 2801/95 од 27. јуна 1995. године, оснивачи банке не могу повлачити средства уложена у оснивачки капитал банке, нити се та средства могу компензовати са потраживањима банке према оснивачима.

ном о привредним друштвима, немају карактер, те се самим тим ни не сматрају враћањем улога члановима друштва.

Овако решење је предвиђено и у упоредном законодавству. Тако, на пример, словеначки Закон о привредним друштвима, чланом 227 прописује, између осталог, да се улози не смеју враћати, нити се на њих може обрачунавати камата, те одређује, као и Закон о привредним друштвима, да се исплата добити или пак плаћање које је последица стицања сопствених удела не сматрају враћањем улога.<sup>3</sup>

### III Облици забрањеног враћања улога у пракси

Повраћај улога, који је забрањен горе цитираном нормом Закона о привредним друштвима, не представља само фактички повраћај уложених новчаних или неновчаних улога (нпр. дизање новчаних средстава са рачуна друштва), већ предузимање сваке радње на терет имовине (зависног) друштва, мимо тржишних услова и случајева прописаних законом, у корист чланова (и/или са њим повезаних лица). Овај други облик забрањеног повраћаја улога познат је у пракси свих европско-континенталних законодавстава као тзв. „прикривен повраћај улога“.

Тако приступање дугу, давање залога, хипотека, гаранција и других средстава обезбеђења, преузимање дуга и слични правни послови, које друштво предузима у корист свог члана (и/или са њим повезаних лица), без економске или друге користи за само друштво, те мимо тржишних услова, представљају јасне примере забрањеног, прикривеног повраћаја улога, те су као такви правни послови/радње, у свим модерним законодавствима, укључујући и наше, санкционисани ништавошћу.

Наиме, иако се члану, на основу горе наведених правних послова, не врши директан повраћај улога, друштво врши радње, које могу имати за циљ и последицу вршење исплате, у неком тренутку у будућности, од стране друштва, а за обавезе члана, које исплате, уколико се догоде, немају основ у Закону о привредним друштвима, те имају карактер прикривеног повраћаја улога члану, који је забрањен.

Стога, већ само закључење горе поменутих уговора представља радњу која је забрањена законом, обзиром да је реализација исте у пракси забрањена, имајући у виду да има за резултат исплату од стране друштва, у корист члана, а која није дозвољена Законом о привредним друштвима.

Ипак, горе наведене мандаторне норме Закона о привредним друштвима се у пракси српских судова, нажалост, врло рестриктивно и

3 Zakon o gospodarskih družbah (*Uradni list*, бр. 42/2006 и др).

не-циљно тумаче, услед чега прикривени облици забрањеног повраћаја улога остају несанкционисани, те уговори о приступању дугу, о давању јемства, о преузимању испуњења, уговори о залози и хипотеци, а које закључују друштва у корист својих чланова, без користи за себе и мимо тржишних услова, иако ништави према слову закона, ипак неретко бивају, несанкционисањем, фактички оснажени од стране судова у споровима који се воде зарад утврђивања ништавости истих.

#### IV Упоредно право – пример Словеније

О различитим облицима прикривеног повраћаја улога постоје бројни радови у упоредном законодавству, које је сагласно у томе да давање средстава обезбеђења од стране зависног друштва матичном, или са њим повезаном лицу, представља један од најфлагрантнијих примера забрањеног повраћаја улога у пракси.

Тако се у упоредном праву, прикривеним повраћајем улога сматра, како давање средстава обезбеђења од стране зависног друштва матичном друштву као члану, а за обавезе матичног друштва према трећим лицима, под условима под којим дата средства обезбеђења не би била дата трећим лицима, тако и сама евентуална исплата по тако датим средствима обезбеђења.<sup>4</sup>

Горе поменуто је потврђено и у упоредно-правној судској пракси. Тако, сходно пресуди словеначког Вишег суда 1257/2010, забрана повраћаја улога је установљена зарад заштите имовине друштва и поверилаца друштва, а све исплате из имовине друштва, осим исплата дивиденди, су забрањене и третирају се као забрањен повраћај улога. Исто важи, сходно датој пресуди, и за сва изведена плаћања, која смањују имовину друштва, без стварне вредности по друштво.<sup>5</sup>

#### V Закључак

Норма члана 60 Закона о привредним друштвима прописује да друштво не може вршити повраћај уплаћених, односно унетих улога члановима, нити им може плаћати камату на оно што су уложили у друштво, прописујући експлицитно које исплате члановима се не сматрају забрањеним повраћајем улога.

4 Aleš Kobal, *Varstvo premoženja delniške družbe – korporacijskopравни vidiki prikritiv prenosov premoženja (prikritih isplačil dobička)*, Podjetje in delo – 2008.

5 Odločba Višjega sodišča RS: VSL Sodba I Cpg. 1257/2010, тачке 13 и 16.



Судска пракса словенацких судова јасно показује на који начин се готово идентична правна норма тумачи у окружењу.

Дакле, иако горе цитирана норма Закона о привредним друштвима, не даје примере забрањених повраћаја улога, циљ норме је јасан – друштво не може вршити исплате члановима, уколико исте нису прописане Законом о привредним друштвима. Ово је јасно како из литерарног, тако и из циљног тумачења дате норме, имајући у виду да се може претпоставити да, приликом прописивања забране повраћаја улога, законодавац није имао у виду само забрану члану да буквално подигне свој новчани улог у оснивачки капитал свог зависног друштва из банке. Томе у прилог говори и чињеница да је законодавац јасно одредио које исплате члановима се не сматрају забрањеним повраћајем улога, имплицитно тиме забрањујући све остале исплате члановима од стране друштва.

Стога, закључење било ког правног посла, односно уговора у корист члана друштва по нетржишним условима, или пак закључење уговора које друштво не би закључило у корист другог лица које није члан истог, представља забрањен повраћај улога, који је санкциониран ништавошћу.

Имајући у виду тренутно рестриктивно и нецеловито тумачење предметне правне норме у пракси српских судова, остаје нада да ће дата норма Закона о привредним друштвима почети храбрије да се примењује у пракси, поготову имајући у виду њен крајње штетан карактер по пословање друштава на терет чије имовине чланови извлаче улог, као и по повериоце истог. У супротном, иста ће остати без ефекта – још једно мртво слово на папиру.

**Nataša LALOVIĆ MARIĆ**  
**Attorney-at-Law**

## **PROHIBITED PAYMENTS TO SHAREHOLDERS**

### **Summary**

*Payments to shareholders in a disguised form and/or execution of actions aimed at and resulting in such payments, contrary to the market terms and the applicable regulations are prohibited in all developed legal systems, including ours. However, the implementation of this rule in practice is rather poor. Namely, its interpretation by Serbian courts is very restrictive and not*

*teleological, making it thereby inefficient and practically meaningless. As a result of this, shareholders often violate their shareholding status in companies through different forms of disguised collection of prohibited payments, damaging thereby not only such companies, but also their creditors.*

**Key words:** *contribution, prohibited payments to shareholders, disguised payments to shareholders.*

*Андреја ВРАЖАЛИЋ*  
адвокат у Београду

## РЕЖИМ ОДГОВОРНОСТИ ПРОДАВЦА У КОНТЕКСТУ УГОВОРА О ПРОДАЈИ УДЕЛА/ АКЦИЈА (SPA) И УГОВОРА О ПРОДАЈИ ИМОВИНСКЕ ЦЕЛИНЕ (APA)

### Резиме

*Режим одговорности продавца за недостигатке је један од кључних елемената правног промета, а значај ње одговорности расте са вредношћу ствари која се продаје. Постоји значајна разлика у режимима одговорности продавца који су предвиђени уговорима уведеним по узору на страну праксу (одговорност утврђена изјавама и гаранцијама продавца) и режимима одговорности продавца предвиђеним нашим правом, а са којима сваки уговорни режим мора да буде усклађен. Нарочито је нејасно какав је режим одговорности продавца у случају изјава и гаранција које не померају под јасне законске режиме одговорности за материјалне и правне недостигатке. У случају нејасноће под који законски режим померају одређене изјаве и гаранције продавца као најизлездније решење се нуди примена аутономије воље странака и једнаке вредности давања. Међутим, будући да је у пракси куцач често уознаји са проблемима предмета продаје, та начела морају бити ограничена начелом савесности и поштености.*

**Кључне речи:** *недостигац, изјаве и гаранције, проблем, ризик, свеобухватно испитивање.*

## I Увод

SPA и APA су термини из стране праксе, и означавају уговоре о продаји удела/акција (*Share Purchase Agreement – SPA*) и уговоре о продаји имовинске целине (*Asset Purchase Agreement – APA*) (у даљем тексту: „транзакциони уговори“). Ови уговори се закључују приликом продаје каквог вреднијег привредног друштва или имовинске целине, и стога су релативно комплексни и детаљни, могу имати стотине и стотине страна, и често представљају застрашујући приказ за младе приправнике.

Транзакциони уговори су производ страног права и праксе и релативно су нови у нашем правном промету. Наравно, поставља се питање усклађености тих уговора са нашим правом, а нарочито, усклађеност режима одговорности продавца.

Дакле, какав је режим одговорности продавца по тим уговорима?

## II Режим одговорности за недостатке у транзакционим уговорима

Суштински елемент режима одговорности продавца у транзакционим уговорима су изјаве и гаранције (*Representations and Warranties*) продавца (у даљем тексту: „гаранције“). Гаранције продавца представљају, у неку руку, претпоставке под којима купац купује неко привредно друштво или имовинску целину.

Гледано са пословне стране, те гаранције продавца или претпоставке купца су изузетно значајан део транзакционих уговора, пошто је вредност предмета тих уговора обично изузетно велика и зависи од много фактора.<sup>1</sup> Сасвим је логично да ће купац бити много опрезнији и желети да се више заштити уколико купује нешто што је вредно. Тада ће купац тражити од продавца гаранције да привредно друштво које је предмет продаје (у даљем тексту: „циљно друштво“) има добре и дугорочне односе са клијентима, да су зграде прописно изграђене и да имају све дозволе, да циљно друштво није тужено, итд.

Укратко, продавац гарантује нешто купцу. Уколико се гаранција испостави као нетачна, или буде прекршена, а услед тога купац или циљно друштво претрпе губитак, односно умањење добити, материјалну штету, трошак, итд., продавац надокнађује тај губитак.

У пракси су се усталиле одређене врсте изјава и гаранција у вези са уделима/акцијама у циљном друштву и у његовим зависним друшт-

1 Пословање друштва, вредност имовине, права над друштвом или имовином, дуговања, постојање или мањак дозвола или одобрења, итд.

вима, пореским стварима, уговорима, опремом, судским споровима, итд. Додатно, некад се уносе и посебне изјаве и гаранције које су у вези са проблемима који су пронађени током свеобухватног испитивања друштва или имовинске целине која је предмет продаје, о чему ћемо писати нешто опширније.

Међутим, како се такав уговорни режим одговорности продавца уклапа са законским режимом одговорности за недостатке код уговора о продаји?

### III Законски режим одговорности продавца

Трансакциони уговори потпадају под режим уговора о продаји, како је дефинисан Законом о облигационим односима<sup>2</sup> (даље у тексту: „ЗОО“). За неке елементе могу бити меродавни и други закони. Сходно томе, и режим одговорности продавца предвиђен таквим уговорима мора да буде подведен под правила о одговорности за недостатке код уговора о продаји.

Погледајмо одговорност продавца као појам: у трансакционим уговорима, она је под јединственим правним режимом. Постоје изјаве и гаранције које се тичу појединих група одлика или ризика као што је наведено; али је режим одговорности јединствен – продавац надокнађује купцу све губитке који настану ако се одређена гаранција испостави као нетачна.

Међутим, овакав режим одговорности је у једном погледу суштински стран нашем праву. Наиме, ЗОО садржи потпуно другачији режим одговорности продавца код уговора о продаји, у зависности од тога да ли је реч о материјалним недостацима или о правним недостацима (евикција).

ЗОО не садржи прецизне дефиниције појмова *материјалних* недостатака. Он предвиђа случајеве када се сматра да недостатак постоји (ствар нема потребна или уговорена својства, итд...).

Кад је реч о *правним* недостацима, ствар је донекле јаснија, јер закон прописује да „Продавац одговара ако на *ипродатој ствари* постоји неко *иправо ипрећеи* које искључује, умањује или ограничава *куичево иправо...*“, те да „Продавац неког другог права *ипарнишује да оно ипостоји* и да нема правних сметњи за његово остварење“<sup>3</sup>.

2 Службени листи СФРЈ, бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989, 57/1989; Службени листи СРЈ, бр. 31/1993, 22/1999, 23/1999, 35/1999, 44/1999.

3 ЗОО, чл. 508.

Уколико се продају удео, акција или нека машина, ЗОО предвиђа заштиту купца уколико неко трећи оспори власништво над тим уделом, акцијом или машином (одговорност продавца за правне недостатке), или уколико је та машина у неисправном стању (одговорност продавца за материјалне недостатке). Било какав уговорни режим одговорности продавца за материјалне и правне недостатке мора да буде усклађен са законским.

Али који режим одговорности продавца се примењује уколико је неисправна опрема друштва чији се удели продају? Који режим одговорности за недостатке се примењује уколико постоји право трећег на уделима у зависним друштвима циљног друштва? Да ли се ту ради о одговорности за материјалне или правне недостатке, или о нечему трећем?

#### IV „Остали“ недостаци

Без обзира на чињеницу да гаранције за „остале“ недостатке не потпадају јасно под режим одговорности за материјалне или правне недостатке, оне би требале да буду у потпуности прихватљиве за, и у складу са, ЗОО. Оне представљају уговарање особина или карактеристика ствари која се продаје, те имају за циљ да обезбеде корисну државину. У пракси, те изјаве и гаранције штите начело једнаке вредности давања.

У недостатку јасних одредби које би нас упутиле на правни режим који се примењује, постоје три могућа решења:

- примена одредби о материјалним недостацима,
- примена одредби о правним недостацима, и
- примена начела аутономије воље странака и једнаке вредности давања.

Постоји одређена аргументација за примену прва два решења, међутим, постоје и снажни противаргументи.

Режим одговорности за материјалне недостатке је у неким елементима практично идентичан режиму одговорности из трансакционих уговора. Закон садржи одредбу по којој *„недостатак постоји ако ствар нема својства и одлике које су изричито или ћрећујно уговорене односно ћройисане“*,<sup>4</sup> што се може шире тумачити у смислу да гаранције продавца практично дефинишу одлике ствари и путем указивања на то да предметна ствар нема одређене недостатке.

4 ЗОО, чл. 479 ст. 1 тач. 3.

У погледу материјалних недостатака, питање је да ли је реч *материјални* значи само *физички* или се може тумачити и шире?<sup>5</sup> У случају широког тумачења овог појма, и примене овог режима на „остале“ гаранције испало би да је право трећег на уделу зависног друштва, дакле нешто што је правни недостатак, у ствари материјални недостатак друштва које је предмет продаје.

Додатно, домет одговорности за правне недостатке је много јасније дефинисан: „Продавац одговара *ако на његовој ствари* постоји неко право трећег.“<sup>6</sup> Право трећег над уделима или акцијама зависног друштва никако не сужава или искључује *право* на уделима или акцијама циљног друштва, мада свакако може да сузи *користи* који нови власник има од тог права. Надаље, тешко је замислити примену правила о правним недостацима у случају да су машине продатог друштва неисправне.

На крају се као најизгледније решење нуди примена аутономије воље странака и једнаке вредности давања. По томе, уговорне стране би смеле да се договоре да продавац одговара за све недостатке на ствари, за које је прихватио да одговара, а у трансакционим уговорима се често продавци обавезују да одговарају за много тога. А понекад и за превише.

## V Шта ако купац зна?

Трансакциони уговори се не закључују „тек тако“. Купац свакако нема намеру да за нешто плати X милиона евра пре него што се о томе добро обавести. Како би се обавестио, он захтева да му продавац допусти да изврши свеобухватно испитивање предмета продаје.

„Свеобухватно испитивање“ (*Due Dilligence*) је поступак који је наш правни промет примио из стране праксе, а који је најлакше упоредити са систематским прегледом: одређено привредно друштво или имовинска целина се прегледа, бележе основне карактеристике и проблеми, и све се то уноси у извештај – здравствени картон. Постоје различите врсте свеобухватног испитивања, и за ову причу није пресудно да ли се ради о правном, финансијском, производном, оперативном, или каквом другом свеобухватном испитивању. Свеобухватно испитивање се најчешће спроводи од стране купца пре куповине одређеног вреднијег привредног друштва или имовинске целине, мада је могуће да буде спроведено и од стране продавца. Како ћемо видети, свеобухватно испитивање од стране купца може да изазове значајне правне последице.

5 Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић, *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд, 1980, стр. 68 – појам материјалног недостатка се упоређује са појмовима: мана робе, физички недостатак ствари, физичка мана.

6 ЗОО, чл. 508 ст. 1.

Током свеобухватног испитивања купац може да сазна да циљно друштво није баш тако сјајно како се чини из продавчевог проспекта: тужено је у низу спорова, његове акције су заложене, или није плаћало плате запосленима последња три месеца. Или да имовинска целина коју жели да купи није у добром стању – дотрајала опрема, земљиште је под хипотеком, итд. За сада ћемо ове ствари за које смо дознали током свеобухватног испитивања назвати „проблемима“. Касније ћемо се вратити на то шта су ти „проблеми“ по закону.

Дакле, уколико ови проблеми не одврате купца од куповине (што се често дешава!) тај купац може да проба да, због тих проблема, спусти цену. То често није лако, јер није могуће увек израчунати штету коју ти проблеми могу да изазову, па следствено томе, за колико треба да се смањи цена. Додатно, стање може да се измени након писања свеобухватног извештаја, јер се он припрема пре почетка озбиљних преговора, који могу да потрају. У таквим околностима, уговорне стране прибегавају одложним (док се проблем не разреши) или раскидним (ако штета настане) условима (*Condition Preceden / Subsequent*) или гаранцијама продавца.

Међутим, купац зна да проблеми постоје. Ако бисмо повукли знак једнакости између „проблема“ и „недостатка“, онда продавац не одговара за оне проблеме које је открио купцу током свеобухватног испитивања. По томе би испало да је купац употребио дужну пажњу, извршио свеобухватно испитивање и обавестио се о предмету куповине, и на крају због тога био у неповољнијем положају него да је нешто купио без провере. Да ли је то заиста тако?

## VI Проблем – недостатак, или...?

На први поглед, стоји повлачење знака једнакости између проблема откривеног током свеобухватног испитивања и недостатка како је он дефинисан у ЗОО. Ми смо заиста сазнали за недостатке у случају да смо током свеобухватног испитивања сазнали да неко треће лице, а не продавац, има право на уделима циљног друштва (правни недостатак), или да се срушила кућа, или покварила роба коју смо желели да купимо (материјални недостатак).

Ствар је мало другачија у случају да знамо да неко треће лице оспорава регистровано власништво продавца над уделима у циљном друштву. Овде више не причамо о недостатку у смислу ЗОО, него о *ризик*у да недостатак настане. Посебна је прича уколико знамо да је циљном друштву тужбом оспорено право на неки битан жиг – ту је реч о ризику да настане недостатак само у случају да је продавац уговором гарантовао да има право на тај жиг.



Међутим, и знање за ризике може утицати на одговорност продавца – одговорност за правне недостатке је делимично ограничена уколико купац зна за могућност да ствар буде одузета или његово право смањено или ограничено (дакле, упознат је са ризиком). Стога постоје три могућности у режиму одговорности за правне недостатке:

- купац зна за правни недостатак,<sup>7</sup> у ком случају продавац не одговара. Додатно, продавац не одговара уколико купац изричито пристане на недостатак;
- купац зна за могућност да правни недостатак настане, у ком случају продавац одговара, али није дужан да надокнади штету,<sup>8</sup> и
- купац није обавештен о било каквом недостатку, нити је пристао да купи ствар са таквим недостатком у ком случају продавац одговара у потпуности – купац може да тражи ослобођење ствари од недостатка, смањење цене, раскид уговора, а и накнаду штете.

У делу одговорности за материјалне недостатке ЗОО нигде се изричито не помиње какве су последице чињенице да су такви ризици били познати купцу, мада јасно прописује да продавац одговара за недостатке који су последица узрока који су постојали пре преласка ризика на купца.<sup>9</sup>

## VII Утицај знања купца на „остале“ гаранције

Уколико прихватимо уско тумачење појмова материјалних и правних недостатака, не постоји спреман правни режим који би могао да се примени на одговорност продавца за „остале“ недостатке. Тада би се примењивала начела аутономије воље странака и једнаке вредности давања, по коме би важио режим који договоре уговорне стране.

Међутим, то не треба тумачити у смислу да су уговорне стране слободне да уговоре било какве гаранције. Нарочито је проблематично уколико је купац свестан да ствар нема одређена својства или има неке „остале“ недостатке, а инсистира да продавац гарантује да та својства постоје или да ти недостаци не постоје. То би било противно начелу савесности и поштења, а и логици постојећих режима одговорности за материјалне и правне недостатке.

Једина друга алтернатива је „проширење“ режима одговорности за правне недостатке на остале гаранције. Међутим, режим правних

7 ЗОО, чл. 508 ст. 1.

8 ЗОО, чл. 510 ст. 4.

9 ЗОО, чл. 478 ст. 2.

недостатака санкционише купца који је свестан ризика – такав купац нема право да оствари накнаду штете.

У случају примене режима одговорности за правне недостатке, поставља се питање како да се квалификују последице „осталих“ недостатака.

Може се стати на гледиште да „остали“ недостаци могу само да проузрокују штету, не и да униште продату ствар или умање купчево право на продатој ствари, као материјални или правни недостаци. Уколико би се режим одговорност за правне недостатке применио на „остале“ гаранције, такве гаранције у пракси не би производеле никакво дејство, јер купац не би имао право на накнаду штете будући да је након извршеног свеобухватног испитивања постао свестан ризика.

Друга могућност је да се тумачи да „остали“ недостаци, наравно, могу да проузрокују штету, али и да умање вредност ствари, тј. да умање корисну државину због које је купац платио одређену цену. У том случају, уколико је купац свестан ризика, он не би имао право на накнаду штете, али би имао право на повраћај цене, јер није могао да оствари корист од купљене ствари, а за коју корист му је продавац гарантовао.

## VIII Закључак

У трансакционим уговорима за које је меродавно српско право, уговорне стране нису слободне да самостално уређују режим одговорности за недостатке. За недостатке на уделима или акцијама друштва које је предмет продаје, или за недостатке (било правне, било материјалне/физичке) опреме или машина које се продају важиће правила одговорности за недостатке предвиђена ЗОО-ом. У складу са тим, продавац неће одговарати за правне или материјалне недостатке са којима је купац могао да се упозна током спровођења свеобухватног испитивања, што је уобичајен корак пре закључења трансакционих уговора. На другој страни, када је реч о одговорности продавца за „остале“ или „уговорне“ недостатке, коју је он прихватио путем гаранција датих купцу,<sup>10</sup> спорно је да ли би могли да се примењују режими одговорности за материјалне или правне недостатке предвиђени у ЗОО. Међутим, мора се узети у обзир и начело савесности и поштења и логику законских режима одговорности за недостатке, а нарочито принцип да продавац не одговара за недостатке који су познати купцу.

На крају, постоји и питање знања купца за ризик да недостаци настану. Такво знање спречава купца да потражује накнаду штете у

10 Попут оних да продато друштво није тужени у било ком поступку, да је опрема продатог друштва у исправном стању, да нема дуговања према запосленима, итд.

случају да настане правни недостатак. ЗОО не уређује питање знања за ризик да настане материјални недостатак, будући да то није ни логично – какве последице може имати наше сазнање да нека роба *може* да се поквари? Поставља се питање режима који би се примењивао у случају знања купца да постоји ризик да настану неки „остали“ или уговорни недостаци. Једна могућност је примена начела слободне воље странака и једнаке вредности давања, по којима би уговорне стране слободно уређивале своје односе, и по којем би купац одговарао уколико ти недостаци настану, а друга могућност је сходна примена режима одговорности за правне недостатке, по коме купац не би имао право да тражи надокнаду штете ако је био свестан могућности да конкретни недостатак настане.

**Andreja VRAŽALIĆ**  
Attorney at Law, Belgrade

## **SELLERS' LIABILITY REGIME WITH REGARD TO SHARE PURCHASE AGREEMENT (SPA) AND ASSET PURCHASE AGREEMENT (APA)**

### **Summary**

*The regime applied to the liability of the seller for defects is one of the key elements of legal transactions, and the importance of that liability increases with the value of the property being sold. There are significant differences between the regimes of liability of the seller imposed by contracts imported from foreign legal practice (liability defined by representations and warranties of the seller) and statutory liability regimes, with which any contractual liability regime must be harmonized. It is especially unclear what liability regime applies in case of representations and warranties that do not fall under the clear-cut statutory regimes of liability for material (physical) and legal defects. In case of uncertainty which statutory regime applies to specific representations and warranties, the logical solution would be the application of the free will and fairness standards. However, since in practice the buyer is often familiar with the issues or problems of the property being sold, those standards must be limited by the good faith standard.*

**Key words:** *defect, representations and warranties, issue/problem, risk, due diligence.*

---

# ПРИЛОЗИ

---

др Љубинка КОВАЧЕВИЋ  
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

## РАДНО И СОЦИЈАЛНО ПРАВО

### Новелирани правни оквир за запошљавање лица са инвалидитетом

1. У Републици Србији живи између 700.000 и 800.000 лица са инвалидитетом, приближно 300.000 њих је старије од 15 и млађе од 65 година, док је свега 13% ових лица запослено. Тако ниска стопа запослености лица са инвалидитетом може се објаснити различитим чиниоцима, укључујући њихово недовољно образовање (више од 50% ових лица завршило је само основну школу), односно посредну дискриминацију у области образовања и запошљавања, али и њихов страх од губитка социјалних престаџа због закључења уговора о раду. *Законом о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом* (2009) афирмисано је запошљавање лица са инвалидитетом на отвореном тржишту, под општим условима или уз прилагођавање радног места њиховим потребама, док је „заштићено“ запошљавање, по правилу, резервисано за лица која, због тежине инвалидитета, на први начин не могу да задовоље своју потребу за економском сигурношћу. По узору на одговарајуће стандарде Уједињених нација, Међународне организације рада и Савета Европе и упоредна искуства, српски законодавац је предвидео више мера за равноправно учешће лица са инвалидитетом у тржишту рада и повећање њихове запослености, попут професионалне рехабилитације, обавезе примереног прилагођавања радног места потребама и могућностима лица са инвалидитетом, мера активне политике запошљавања и квоте за запошљавање лица са инвалидитетом. Примена потоње мере је, притом, скопчана са посебним

изазовима, будући да њоме законодавац ограничава широка овлашћења којима послодавац располаже у поступку запошљавања, у складу са гаранцијом слободе предузетништва, управљачким овлашћењима која проистичу из својине на средствима за рад, и чињеницом да се уговор о раду закључује *intuitu personae*. Законодавац, наиме, обавезује све послодавце са најмање 20 запослених да закључе уговор о раду са одређеним бројем лица са инвалидитетом,<sup>1</sup> с тим што се, поред непосредног запошљавања, ова обавеза сматра испуњеном и у још два случаја: а) ако послодавац учествује у финансирању зарада лица са инвалидитетом запослених у социјалном предузећу или предузећу за професионалну рехабилитацију и запошљавање особа са инвалидитетом; б) ако послодавац извршава финансијске обавезе из различитих уговора које закључују ова предузећа.<sup>2</sup> Послодавац који из било ког разлога не би запослио потребан број лица са инвалидитетом имао је обавезу да, поред казне утврђене одредбама Закона, уплати и пенале у висини троструког износа минималне зараде за свако лице које није запослио.

2. Иако је од ступања на снагу Закона о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом, стопа запослености лица са инвалидитетом незнатно повећана, значајан број ових радника је и даље без посла, између осталог и стога што су послодавци

1 Закон о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом (*Службени гласник РС*, бр. 36/2009 и 32/2013), члан 24. Ваља се подсетити да су, попут сличних решења у Аустрији, Италији, Немачкој, Пољској и Француској, и у нашој држави прве квоте за запошљавање лица са инвалидитетом биле установљене непосредно након Првог светског рата, у складу са идејом о дужности државе да обештети лица која подносе нарочиту жртву које су други чланови друштва поштеђени (вид. Ђорђе Тасић, *Одговорности државе: њо њринцију једнакости ти те-рејша*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 1996). Тако је одредбама Инвалидског закона од 4. јула 1929. године (*Службене новине Краљевине СХС*, бр. 161/LXVI) била предвиђена обавеза општина и других самоуправних тела да запосле ратне инвалиде са пребивалиштем на њиховој територији, а највише до 10% укупног броја запослених у одређеном самоуправном телу, док су предузећа која запошљавају више од 50 радника и пољопривредна добра површине преко 100 хектара била дужна да запосле ратне инвалиде VI–IX групе сразмерно економској снази предузећа или добра, али не преко 5% од укупног броја „стално запослених радника“ (§ 26, ст. 2–3). Субјекти ове обавезе кажњавани су за њено неиспуњење новчаном казном која је уплаћивана у Народни инвалидски фонд. За анализу наведених законских одредаба видети у: Александар Микулић, „Инвалидски закон из 1929.“, *Војни инвалид*, бр. 18/1997, стр. 79–83; Нагаша Мрвић-Петровић, Предраг Вукасовић, Љубинка Ковачевић, „Развој правне заштите војних инвалида у Србији од 1863. године до данас“, у: Александар Микулић *et al.* (ур.), *Правна заштитица војних инвалида и њородица њоинулих райника са збирком њројиса*, Књига 1, Удружење ратних и мирнодопских војних инвалида Србије, Београд, 2003, стр. 52–54.

2 Закон о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом (*Службени гласник РС*, бр. 36/2009 и 32/2013), чл. 26–27.

тежили да на сваки начин „заобиђу“ обавезу запошљавања, али и вршили притисак на своје (постојеће) запослене да се пријављују као лица са инвалидитетом.<sup>3</sup> Такође, у пракси су се појавили и одређени проблеми у вези са применом појединих законских одредаба, због чега је средином 2013. године овај закон измењен. Најзначајнија новина везана је за отклањање недоумица које су постојале у вези са *међусобним односом различитих начина извршења обавезе запошљавања лица са инвалидитетом*. Ово тим пре што су послодавци који нису извршили обавезу запошљавања могли да уплате пенале до 30. дана у месецу, док се обавеза запошљавања извршавала до петог дана у месецу, тако да се у пракси поставило и питање момента од када послодавац пада у доцњу. Од тог момента примењиване су и одредбе пореског законодавства, тако да је у поступку контроле, Пореска управа овим послодавцима наплаћивала и пенале и казне. Новелом Закона је, стога, укинута одредба која се односи на обавезу плаћања пенала,<sup>4</sup> док је за послодавца који не запосли потребни број лица са инвалидитетом утврђена обавеза уплате износа од 50% просечне зараде по запосленом у Републици Србији. Осим тога, измене Закона биле су неопходне и због потребе усклађивања његових одредаба са правилима о додели државне помоћи и то у вези са правом послодавца на рефундацију примерених трошкова прилагођавања пословног простора, прилагођавања или набавке опреме и рачунских програма које користе радници са инвалидитетом и изградње или ширења привредног субјекта, као и трошкова запошљавања особља само за време док пружају помоћ радницима са инвалидитетом.<sup>5</sup> Такође, државна помоћ за запошљавање лица са инвалидитетом може бити додељена и у облику субвенција за зараде лица са инвалидитетом без радног искуства са којим послодавац закључи уговор о раду на неодређено време, као и у облику субвенција зарада запослених у предузећима за про-

3 Од почетка примене овог закона запослило се више од 7.000 лица са инвалидитетом, док се пре његовог доношења годишње запошљавало између 200 и 300 лица са инвалидитетом. Тако је, примера ради, у 2011. години на евиденцији Националне службе за запошљавање било пријављено 18.555 лица са инвалидитетом, запослено је 4.370 ових лица, док је за 5.133 лица извршена процена радне способности.

4 Процењује се да та измена неће имати значајније финансијске ефекте на средства Буџетског фонда за професионалну рехабилитацију и подстицање запошљавања особа са инвалидитетом, јер су средства остварена наплатом пенала представљала свега 1% укупних прихода овог фонда. Објашњење Предлога закона о измени Закона о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом, стр. 3.

5 Уредба о правилима за доделу државне помоћи (*Службени гласник РС*, бр. 13/2010, 100/2011 и 91/2012), чл. 28. Видети: Правилник о начину и критеријумима за споровођење мера активне политике запошљавања (*Службени гласник РС*, бр. 12/2012 и 20/2013), чл. 116–119.

фесионалну рехабилитацију и запошљавање особа са инвалидитетом.<sup>6</sup> Осим тога, законске одредбе су усаглашене и са Стратегијом развоја званичне статистике Републике Србије и то у погледу податка на основу којих се израчунавају износи који чине предмет алтернативних обавеза послодавца.

3. Новела Закона о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом је, дакле, усмерена на постизање *равношеже између различитих облика извршавања обавезе запошљавања*, јер би у супротном, сви остали начини извршавања ове обавезе били исплативији у односу на закључивање уговора о раду са лицима са инвалидитетом. Притом, ваља имати у виду да је, након Другог светског рата, у већем броју европских држава, квотни систем био прихваћен као важна мера за запошљавање лица са инвалидитетом, али да, постоје и државе у којима квотни систем никада није заживео (Данска, Финска, Шведска, Португалија) или је, због скромних резултата, напуштен у корист законодавства о забрани дискриминације.<sup>7</sup> Упориште за

6 За анализу меродавних одредаба хетерономних извора права видети у: Тајјана Пријић, „Подстицање запошљавања особа са инвалидитетом применом правила о додели државне помоћи“, *Право и њиврега*, бр. 1–3/2013, стр. 124–131; о контроли и додели државне помоћи за запошљавање лица са инвалидитетом у државама чланицама Европске уније видети у: Delia Ferri, Mel Marquis, „Inroads to social inclusion in Europe’s social market economy: The case of state aid supporting employment of workers with disabilities“, *European Journal of Legal Studies*, бр. 2/2011, стр. 44–73, <http://hdl.handle.net/1814/20177>, 12.10.2013.

7 Упоредноправно посматрано, квотни систем може задобити један од следећих облика: а) облик законске обавезе запошљавања, која је запрећена санкцијом; б) облик законске препоруке запошљавања; в) облик законске обавезе запошљавања, која није праћена делотворном санкцијом. Први облик квотног система (енгл. *quota-levy system*), тако, подразумева обавезу послодавца који запошљавају одређени број запослених (он варира од 20 запослених у Мађарској и Немачкој до 50 запослених у Шпанији) да запосле један минимални број лица са инвалидитетом, који, по правилу, износи 1% за послодавце са највише 35 запослених, 2% за послодавце који запошљавају од 36 до 50 запослених и 7% за послодавце са више од 50 запослених. У већини држава, повреда ове обавезе санкционисана је новчаном казном, док се тако прикупљена средства могу користити искључиво за побољшање положаја лица са инвалидитетом. Поред овог облика, квотни систем може задобити и облик законске препоруке (не и обавезе) за запошљавање лица са инвалидитетом (Холандија) или облик законске обавезе без делотворне санкције (*lex imperfecta*), који је био примењен у Великој Британији од 1944. до 1995. године, будући да Законом о запошљавању лица са инвалидитетом од 1944. године (*Disabled Persons / Employment / Act*) није била предвиђена санкција за послодавца који не запосли потребан број регистрованих лица са инвалидитетом. Послодавци су, уместо тога, могли да буду кажњени само у случају запошљавања нерегистрованих лица, ако иначе немају у радном односу довољан број лица са инвалидитетом или ако запошљавањем нерегистрованог лица нарушавају правило о учешћу запослених са инвалидитетом у укупном броју запослених. Lisa Waddington, „Reassessing the

неповољне прогнозе о примени обавезне квоте запошљавања лица са инвалидитетом може се препознати и у искуствима држава са којима делимо заједничку правну традицију (Хрватска, Босна и Херцеговина),<sup>8</sup> али и у искуствима неких држава чланица Европске уније, где примена квота није дала значајније и трајније резултате.<sup>9</sup> То нарочито важи за периоде економских криза, јер се, због економских тешкоћа и релативно ниске новачне казне, послодавци пре одлучују за плаћање казни него за запошљавање лица са инвалидитетом.<sup>10</sup> Премда упоредна искуства говоре да повећање висине пенала није нужно праћено већим процентом запошљавања лица са инвалидитетом, постоји уверење да се масовније запошљавање ове категорије радника може очекивати само ако висина пенала достигне износ при којем би послодавцима било јефтиније да запошљавају лица са инвалидитетом него да плаћају казне.<sup>11</sup> Стога, за разлику од домаћег решења, које подразумева укидање пенала за неиспуњавање квоте за запошљавање лица са инвалидитетом, у упоредном праву преовлађује тренд поштравања санкција за неиспуњавање обавезе запошљавања утврђеног броја лица са инвалидитетом.<sup>12</sup>

4. За разлику од квота за запошљавање, законска новела од 8. априла 2013. године није имала за предмет послодавчеву обавезу прилагођавања раног места могућностима и потребама лица са инвалидитетом.<sup>13</sup> Чини

employment of people with disabilities in Europe: From quotas to anti-discrimination laws“, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 18, 1996, стр. 62–101.

8 Михаил Арандаренко, „Нови закони о запошљавању“, *Фокус*, јул 2009, стр. 19.

9 Arthur O'Reilly, *The right to decent work of persons with disabilities*, International Labour Office, Geneva, 2007, стр. 96.

10 L. Waddington, „Reassessing the employment of people with disabilities in Europe: From quotas to anti-discrimination laws“, стр. 69.

11 *Ibid.*

12 Најскорији пример таквог решења налазимо у Руској федерацији, где су, у складу са изменама прописа о квоти за запошљавање лица са инвалидитетом, троструко увећане казне за неиспуњење обавезе запошљавања потребног броја лица са инвалидитетом (Федеральный закон от 23 февраля 2013 г. N 11-ФЗ „О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросу квотирования рабочих мест для инвалидов“, Собрание законодательства Российской Федерации, 2013, N 8, ст. 717). Elena Serebriakova, „Actualités juridiques internationales – Fédération de Russie“, *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, број 1/2013, стр. 113.

13 За анализу стране судске праксе од значаја за разумевање стандарда „разумно прилагођавање“ видети у: Jackie Davies, „A cuckoo in the nest? A ‘range of reasonable responses’, justification and the Disability Discrimination Act 1995“, *Industrial Law Journal*, број 3/2003, стр. 164–184; Pauline Huges, „Disability discrimination and the duty to make reasonable adjustments: recent developments“, *Industrial Law Journal*, број 4/2004, стр. 358–366; Lisa Waddington, „When it is reasonable for Europeans to be confused: Understanding when a disability accommodations is ‘reasonable’ from a



се да ће примена одредаба Закона које се односе на ову законску обавезу у извесној мери зависити и од умешности наших судија, који се налазе пред изузетно деликатним и нимало лаким задатком повлачења њених контура.<sup>14</sup> Иако би се, на први поглед, могло закључити да су редовни (уобичајени) услови рада само наизглед неутрални, ако доводе лица са инвалидитетом у неповољнији положај у односу на друге кандидате за запослење и запослене, захтев за прилагођавањем превазилази забрану посредне дискриминације, јер претпоставља обавезу предузимања неопходних мера како би се задовољиле посебне потребе лица са инвалидитетом.<sup>15</sup> Тиме се овај захтев приближава позитивној дискриминацији, али ни то не би била његова тачна квалификација, зато што прилагођавање обухвата уклањање препрека које спречавају лица са потребним радним способностима да учествују у тржишту рада.<sup>16</sup> За разлику од позитивне дискриминације, разумно прилагођавање, наиме, нема за циљ стварање могућности тамо где она иначе не би постојала, већ служи да се уклоне препреке на местима која су до сада биле неприступачна лицима са инвалидитетом.<sup>17</sup> У том смислу, прилагођавање не представља допуштени изузетак од забране дискриминације, већ, управо, примену начела једнакости (тј. захтева да се према различитим стварима мора поступати различито). Разумно прилагођавање се разликује од позитивне дискриминације и по својој усмерености ка појединцу, будући да обавеза разумног прилагођавања не претпоставља само заштиту одређене, посебно осетљиве, категорије лица, већ и уважавање специфичних потреба и могућности одређеног лица из те категорије.<sup>18</sup> Законодавац, стога, не утврђује исцрпну листу потребних прилагођавања, већ се прилагођавању прибегава онда када је то неоп-

comparative perspective“, *Comparative Labour Law & Policy Journal*, vol. 29, 2007–2008, стр. 317–340.

- 14 Наш законодавац квалификује као дискриминацију због инвалидитета „одбијање да се изврши техничка адаптација радног места која омогућује ефикасан рад особе са инвалидитетом, ако трошкови адаптације не падају на терет послодавца или нису несразмерни у односу на добит коју послодавац остварује запошљавањем особе са инвалидитетом“. Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом (*Службени гласник РС*, бр. 33/06), чл. 22, тач. 4.
- 15 Simon Deakin, Gillian S Morris, *Labour law*, fourth edition, Hart Publishing, Oxford, 2005, стр. 717.
- 16 Marc De Vos, *Beyond formal equality: Positive action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, European Commission, Luxembourg, 2007, стр. 33.
- 17 Jeff Kenner, *EU employment law: From Rome to Amsterdam and beyond*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2003, стр. 412.
- 18 Љубинка Ковачевић, „Запошљавање лица са инвалидитетом“, у: Дренка Вуковић, Михаил Арандаренко (прир.), *Социјалне реформе – садржај и резултати*, Факултет политичких наука Универзитета у Београду, Београд, 2011, стр. 203.

ходно с обзиром на специфичности одређеног посла и резултате процене потреба и могућности одређеног лица.

Ипак, захтеви за прилагођавањем не могу бити неограничени, већ послодавац може да одбије захтеве који се односе на неразумно прилагођавање, што је још један стандард чије значење треба избрусити у судској пракси. Већина аутора верује да обавеза разумног прилагођавања значи *обавезу предузимања радњи које послодавцу неће створити прешеране трошкове, тешкоће или проблеме*.<sup>19</sup> Али, то није и једино тумачење садржаја ове обавезе, већ се она у законодавству неких држава разуме као захтев за *делотворним прилагођавањем*, које лицу са инвалидитетом треба да *стварно* омогући обављање послова за послодавца.<sup>20</sup> Овај критеријум претходи захтеву да прилагођавање не ствара прекомерне тешкоће, али и појашњава сложени поступак утврђивања (не)постојања обавезе прилагођавања у сваком конкретном случају.<sup>21</sup> Најзначајну предност критеријума делотворности, притом, чини то што се захтев за прилагођавањем везује за стварну могућност запошљавања и рада лица са инвалидитетом код одређеног послодавца. Тек ако је такво прилагођавање могуће, биће оправдано и питање шта одређене промене послова или услова рада значе за послодавца. У одговору на потоње питање нарочито би требало узети у обзир одређене чињенице које се тичу послодавца, попут његове величине, врсте делатности и финансијског стања. Осим тога, требало би размотрити и могућност рефундације трошкова прилагођавања, утицај прилагођавања на укупан производни процес, време на које је лице са инвалидитетом засновало радни однос, као и укупан број лица са инвалидитетом која раде за одређеног послодавца. Ако се, након одговарајућих процена, покаже да

19 Lisa Waddington, Anna Lawson, *Disability and non-discrimination law in the European Union. An analysis of disability discrimination law within and beyond the employment field*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2009, стр. 26.

20 *Ibid.*

21 Тако се, примера ради, у холандском праву, постојање обавезе делотворног прилагођавања проверава у сваком конкретном случају, путем теста који се заснива на критеријумима подесности и неопходности, израженим кроз два питања: а) да ли прилагођавање омогућава лицу са инвалидитетом да обавља посао; б) да ли је прилагођавање нужно за обављање посла? Тек ако се на оба питања може одговорити позитивно, прелази се на процену (не)сразмерности терета који послодавац трпи због прилагођавања. Слична решења постоје и у ирском (Employment Equality Act, део 16) и француском законодавству (Code du travail, чл. L. 323-9-1), и то, у виду обавезе делотворног прилагођавања (*effective accommodation*), односно обавезе предузимања прикладних мера (*mesures appropriées*). Lisa Waddington, „When it is reasonable for Europeans to be confused: Understanding when a disability accommodations is ‘reasonable’ from a comparative perspective“, *Comparative Labour Law & Policy Journal*, vol. 29, 2007–2008, стр. 330–334.

производи несразмеран терет, прилагођавање се не може сматрати разумним, док се послодавчево одбијање да изврши такво прилагођавање не може квалификовати као дискриминација. Те квалификације неће бити ни ако је прилагођавање ирелевантно за обављање поверених послова, чак и ако производи минималне трошкове за послодавца и претпоставља његово незнатно ангажовање. И супротно, захтев за прилагођавањем треба сматрати разумним ако је оно нужно за обављање поверених послова и стварно омогућава лицу са инвалидитетом њихово обављање, не суочавајући послодавца са претераним тешкоћама.<sup>22</sup> Чини се да би ова појашњења могла послужити и домаћој судској пракси као инспирација или модел приликом откривања садржаја стандарда разумног прилагођавања радних места потребама лица са инвалидитетом.

5. Борба против незапослености лица са инвалидитетом не завршава се усвајањем новеле Закона о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом, посебно ако се имају у виду економски проблеми са којима се суочавају послодавци у Републици Србији. Чини се да би тој борби могло допринети и утврђивање *шире кайалоа алтиернативних обавеза послодавца*, попут обезбеђивања обуке за лица са инвалидитетом, запошљавања приправника са инвалидитетом и увођења плана за запошљавање.<sup>23</sup> Осим тога, ваља уочити да на делотворност квоте за запошљавање утиче и *круи лица* на које се она односи, због чега упоредно право познаје примере резервисања ове мере позитивне дискриминације само за особе са тежим инвалидитетом.<sup>24</sup> Потоње решење чини се прихватљивим, будући да се утврђивање обавезе запошљавања у односу на лица са било којом врстом инвалидитета, у пракси, редовно своди на запошљавање лица са незнатним ограничењима, која не би имала значајније тешкоће да пронађу и задрже запослење и без примене квоте. Истовремено, постоји потреба за

22 Лице које захтева прилагођавање (кандидат за запослење или запослени) треба да покаже да је квалификован за обављање одређеног посла, да ће, уз прилагођавање, моћи (безбедно) да обавља основне функције одређеног посла и да је послодавац свестан његових потреба. Обавеза прилагођавања би, отуд, могла бити дерогирана само ако послодавац није био свестан потребе за прилагођавањем и ако делотворно прилагођавање није било могуће уопште или без несразмерних трошкова. International Labour Organization, *Achieving equal employment opportunities for people with disabilities through legislation: Guidelines*, revised edition, International Labour Office, Geneva, 2007, стр. 31–32.

23 *Ibid.*, стр. 38.

24 Ограничавање обавезе запошљавања само на лица са тежим инвалидитетом чини се оправданим у случајевима када квотни систем има за циљ лакше запошљавање лица која се суочавају са највећим проблемима на тржишту рада. И супротно, потреба да се смањи број корисника социјалних престација говори у прилог утврђивању опште обавезе запошљавања лица са инвалидитетом.

осмишљавањем *деловних програма професионалне рехабилитације* и обезбеђивањем шире подршке за њихово спровођење, будући да професионална рехабилитација значајно унапређује могућност лица са инвалидитетом да пронађу и очувају запослење на отвореном тржишту, као и да остварују више зараде, што су користи које значајно надилазе трошкове програма професионалне рехабилитације.<sup>25</sup> Такође, може се приметити да у Србији недостаје целовита сарадња са социјалним партнерима, нарочито, у погледу осмишљавања *мера за очување запослења лица са инвалидитетом*, будући да је запошљавање тек први корак у њиховој професионалној и социјалној интеграцији.

И, најзад, може се очекивати да би проблему незапослености лица са инвалидитетом могло допринети и усвајање *Предлога закона о социјалном предузетништву и запошљавању у социјалним предузећима*, који је Влада Републике Србије утврдила априла 2013. године, а који има за циљ, између осталог, и стварање нових могућности за решавање социјалних, економских и других проблема лица са инвалидитетом.<sup>26</sup> Остваривање тог циља нарочито подразумева оснивање социјалних предузећа ради запошљавања лица са инвалидитетом и обављања послова ради задовољавања њихових потреба, као и потреба других лица којима је неопходна помоћ и подршка за савладавање социјалних, материјалних и животних тешкоћа.<sup>27</sup> Ово тим пре што се

25 Predrag Bejaković *et al.*, „Iskustva odabranih zemalja u profesionalnoj (radnoj) rehabilitaciji“, *Revija za socijalnu politiku*, бр. 1/2013, стр. 75–87. Вид.: International Labour Conference, 86th Session, *Vocational rehabilitation and employment of disabled persons*, International Labour Office, Geneva, 1998.

26 Текст Предлога Владе Републике Србије од 24. априла 2013. године доступан је на интернет адреси: [http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi\\_zakona/1688-13.pdf](http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/1688-13.pdf); за његов приказ видети у: Татјана Пријић, „Социјално предузетништво – садашњост и изазови“, *Радно и социјално право*, бр. 1/2013, стр. 301–313.

27 Ваља имати у виду да у теорији и пракси не постоји јединствено схватање социјалног предузећа, али да се може уочити неколико обележја социјалних предузећа, која чине битне елементе овог правног појма у свим европским државама, и поред међусобно врло различитих законских решења. Тако се, најпре, може квалификовати то што делатност социјалног предузећа није искључиво или претежно усмерена на стварање добити, због чега се остварени вишкови не расподељују власницима предузећа, већ се обавезно улажу у социјално предузеће. Поред претежно социјалног циља, социјално предузеће одликује и разноврсност правних облика у којима може бити основано (задруге, друштва за узајамно осигурање, фондације, компаније и др.), будући да социјално предузеће не представља нови, посебан правни облик, нити нову, посебну врсту организације, већ правну категорију, која обухвата најразличитије организације, независно од њихове организационе структуре. И, најзад, као важна обележја социјалних предузећа треба уочити и производњу роба и пружање услуга које служе превасходно јавном интересу или задовољавању потреба корисника, као и интензивну партиципацију запослених и

средства од остварене добити социјалних предузећа морају улагати у очување и повећање броја радних места, унапређење услова рада, те оспособљавање и усавршавање запослених у социјалним предузећима.

---

корисника, и то најмање у погледу питања која се непосредно тичу услова рада и квалитета роба и услуга које социјално предузеће производи, односно пружа. European Economic and Social Committee, *Opinion on social entrepreneurship and social enterprise*, Brussels, 26 October 2011, став 3.1.2. О проблему дефинисања социјалног предузећа и могућим дефиницијама овог појма видети у: Jacques Defourny, Marthe Nyssen, „Defining social enterprise“, у: Marthe Nyssen (ed.), *Social enterprise: At the crossroads of market, public policies and civil society*, Routledge, London/New York, 2006, стр. 3–13.

## 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

*а) 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

а) Књиге се цитирају на следећи начин:

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

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

Roy Goode, *Commercial Law*, 3<sup>rd</sup> edition, London, 2004, стр. 429.

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

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

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

в) Књига коју је неко лице приредило као уредник се цитира тако што се након његовог имена и презимена у загради наводи ознака „уредник“ или скраћеница „ур.“, односно одговарајућа ознака на језику на ком је књига објављена.

*Пример:* Мирко Васиљевић (уредник), *Акционарска друштва, берзе и акције*, Београд, 2006, стр. 27.

Fidelis Oditah (editor), *The Future for the Global Securities Market*, Oxford, 1996, стр. 74.

Heinz-Dieter Assmann, Rolf A. Schütze (Hrsg.), *Handbuch des Kapitalanlagerechts*, München, 1990, стр. 55.

- г) Када се цитира једна књига одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, након чега се додаје скраћеница *нав. дело* курзивом, потом стр. и број стране.

*Пример:* М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 102.

R. Goode, *нав. дело*, стр. 431.

- д) Када се цитира више књига истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, након чега се наводи пун наслов књиге курзивом, потом стр. и број стране.

*Пример:* Н. Јовановић, *Емисија вредносних папира*, стр. 107.

## 2. Чланци

- а) Чланци се цитирају на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, назив часописа курзивом, број и година издања, скраћеница стр., број стране.

*Пример:* Зоран Арсић, „Учешће у скупштини акционарског друштва“, *Право и привреда*, бр. 1–4/2005, стр. 23.

Klaus J. Hopt, „Aktionärskreis und Vorstandsneutralität“, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, Nr. 4/1993, стр. 535.

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

*Пример:* Бошко Живковић, Катарина Вељовић, „Квалитет корпоративног управљања и тржиште корпоративне контроле у условима транзиције“, *Право и привреда*, бр. 1–4/2005, стр. 43.

Michael C. Jensen, William H. Meckling, „Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure“, *Journal of Financial Economics*, Vol. 3, 1976, стр. 307.



- в) Када се цитира један чланак одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, након чега се додаје скраћеница *нав. чланак* курзивом, потом стр. и број стране.

*Пример:* В. Радовић, *нав. чланак*, стр. 164.

- г) Када се цитира више чланака истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, отворени наводници, пун наслов чланка, затворени наводници, потом стр. и број стране.

*Пример:* В. Радовић, „Стечајни исплатни редови“, стр. 184.

- д) Рад, односно чланак објављен у оквиру зборника радова или књиге, коју је неко друго лице приредило као уредник, се цитира на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, ознака „у:“, име уредника, презиме уредника, назив зборника радова, односно књиге, евентуално редни број издања, место издања, година издања, скраћеница „стр.“, број стране.

*Пример:* Небојша Јовановић, „Отварање и затварање привредних друштава“, у: Мирко Васиљевић (уредник), *Акционарска друштва, берзе и акције*, Београд, 2006, стр. 307.

### 3. Прописи

- а) Прописи се цитирају на следећи начин:

пун назив прописа, отворена заграда, гласило у коме је пропис објављен курзивом, број гласила и година објављивања, затворена заграда, скраћеница чл., ст., тач., односно пар. и број одредбе.

*Пример:* Закон о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 125/2004), чл. 15.

- б) Ако ће наведени закон поново бити цитиран у раду, приликом првог цитирања се после броја гласила и године објављивања наводи скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати.

*Пример:* Закон о регистрацији привредних субјеката (*Службени гласник РС*, бр. 55/2004 и 61/2005; даље у фуснотама: ЗРПС), чл. 3 ст. 1.

- в) Члан, став и тачка прописа означава се скраћеницама чл., ст. и тач., а параграф скраћеницом пар.

*Пример:* чл. 24 ст. 1 тач. 5 или пар. 14.

- г) Приликом поновљеног цитирања одређеног прописа наводи се његов пун назив, односно скраћеница уведена приликом првог цитирања, скраћеница чл., ст., тач. или пар. и број одредбе.

*Пример:* Закон о привредним друштвима, чл. 7.  
ЗРПС, чл. 25.

- д) Прописи на страном језику се цитирају на следећи начин:

пун назив прописа преведен на српски језик, година објављивања, односно усвајања, отворена заграда, пун назив прописа на оригиналном језику курзивом, евентуално скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати, затворена заграда, скраћеница чл., ст., тач. или пар. и број одредбе.

*Пример:* немачки Трговачки законик из 1897. године (*Handelsgesetzbuch*), пар. 29.  
британски Компанијски закон из 2006. године (*Companies Act*; даље у фуснотама: СА), чл. 67.

- ђ) Прописи Европске уније се цитирају на начин прописан Приручником за превођење правних аката Европске уније из 2009. године, који је доступан на сајту Канцеларије Владе Републике Србије за европске интеграције ([www.seio.gov.rs](http://www.seio.gov.rs)).

#### 4. Извори са Интернета

- а) Извори са Интернета се цитирају на следећи начин:

име и презиме аутора, односно организације која је припремила текст, назив текста, евентуално место и година објављивања, ознака „доступно на адреси:“, адреса Интернет странице курзивом, датум приступа страници, евентуално скраћеница „стр.“ и број стране.

*Пример:* Giovannini Group, Cross-Border Clearing and Settlement Arrangements in the European Union, Brussels, 2001, доступно на адреси: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/financial-markets/docs/clearing/first\\_giovannini\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/financial-markets/docs/clearing/first_giovannini_report_en.pdf), 21.10.2008, стр. 18.

- б) Приликом поновљеног цитирања извора са Интернета наводи се прво слово имена аутора са тачком и презиме аутора, односно назив

---

организације која је припреmila текст, и назив текста, а евентуално и скраћеница „стр.“ и број стране.

*Пример:* Giovannini Group, Cross-Border Clearing and Settlement Arrangements in the European Union, стр. 6.



**УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ**

**И**

**ЧАСОПИС „ПРАВО И ПРИВРЕДА“**

**организују Двадесеттрећи сусрет  
правника у привреди Србије  
са уобичајеним тематским областима**

**Време: 21–23. мај 2014. године**

**Место: Врњачка Бања – конгресни центар хотела „ЗВЕЗДА“**

**Уредник Сусрета: проф. др Мирко Васиљевић**

CIP – Каталогизација у публикацији  
Народна библиотека Србије, Београд

347.7

ПРАВО и привреда : часопис за привредноправну теорију и праксу / главни и одговорни уредник Мирко Васиљевић. – Год. 31, бр. 1/2 (1993) – . – Београд : Удружење правника у привреди Србије, 1993– (Београд : Досије студио). – 24 cm

Тромесечно. – Је наставак: Privredno pravni priručnik = ISSN 0032-9002

ISSN 0354-3501 = Право и привреда

COBISS.SR-ID 101774343



## ЧЛАНЦИ:

*Владимир Савковић*

На раскршћу „тврдог“ и „меког“ права – савремени регулаторни оквири корпоративног управљања

*Анета Спаић, Милош Нововић*

Порези: Европске банке у заштити америчких интереса

*Урош Живковић*

Проблем тумачења клаузуле најповлашћеније нације у праву страних улагања и праву Републике Србије

*Марија Величковић*

Подстицај развоја предузетника, микро, малих и средњих правних лица путем јавних набавки у Европској унији и Републици Србији

*Страхиња Маричић*

Неке недоследности у стечајноправној регулативи уговора о закупу

*Марко Радовић*

Правни положај поверилаца услед непоступања по усвојеном плану реорганизације

*Тодор Брајовић*

Накнада нематеријалне штете у српском осигурању од аутоодговорности са посебним освртом на поједина решења држава чланица ЕУ

---

### Претплата за 2014. 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: 205-174837-56, Комерцијална банка, уз назнаку:

Претплата за часопис „Право и привреда“