



УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА
У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ

ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7
ISSN 0354-3501

Београд
Година XLXI

Број
1-3

2014

Главни и одговорни уредник

Мирко Васиљевић

Заменици главног и одговорног уредника

Небојша Јовановић

Мирослав Пауновић

Уредник

Вук Радовић

Редакција

Зоран Арсић, Радован Вукадиновић, Сања Данковић Степановић, Милена Ђорђевић, Татјана Јевремовић Петровић, Љубинка Ковачевић, Светислав Костић, Бранко Лубарда, Боса Ненадић, Наташа Петровић Томић, Јелена Перовић, Душан Поповић, Драгиша Слијепчевић, Александар Ћирић

Међународни издавачки савет

Šime Ivanjko (Словенија), Горан Коевски (Македонија), Витомир Поповић (БиХ – Република Српска), Марко Рајчевић (БиХ – Република Српска), Драган Радоњић (Црна Гора), Christa Jessel-Holst (Немачка), Reiner Kulms (Немачка), Mike Falke (Немачка)

Секретари

Мирјана Радовић

Јелена Лепетић

Технички секретар

Светислав Јанковић

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

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

Издавач

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ

Београд, Трг Николе Пашића 1/II

тел./факс: 3234-985

e-mail: udruzpip@eunet.rs

www.pravniciuprivredi.org.rs

Технички уредник

Јован Ђорђевић

Графичка припрема

Досије студио, Браће Недића 29, Београд

Издаје ПЕРИОДИЧНО

Штампа

„Досије студио“, Београд

ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7
ISSN 0354-3501

Београд
Година XLXI

Број
1-3

2014

САДРЖАЈ

СТРУЧНА МИШЉЕЊА

Љубодрај ПЉАКИЋ

Нека спорна питања управне и судске заштите државних
службеника 9

Јован ЂИРИЋ

Fiat iustitia – колико кошта правна држава? 18

Добросав МИЛОВАНОВИЋ, Лана ЈАНКОВИЋ

Доступност информација од јавног значаја на финансијском
тржишту 29

Тамара МИЛЕНКОВИЋ-КЕРКОВИЋ, Жељко АТАНАСКОВИЋ

Дуална природа факторинг-посла и дometri Закона
о факторингу Републике Србије 41

Соња СПАСОЈЕВИЋ

Заштита ознаке географског порекла „Prosecco“ за пенушава
вина 61

Гордана АЈНШПИЛЕР ПОПОВИЋ

„Нестанак“ повериоца у току стечајног поступка 73

Младен НИКОЛИЋ

План реорганизације као извршна исправа. 86

Ружа УРОШЕВИЋ	
Право на пореско ослобођење и на рефундацију пореза на додату вредност при куповини првог стана.	99
Весна ДАНИЛОВИЋ	
Ванбрачни партнер и рефундација пореза на додату вредност.	114
Jos UITDENAAG	
Нови систем извршења у Србији: <i>noblesse oblige</i>	125
Владимир КОЗАР	
Заштита права у поступку јавне набавке	138
Драјољуб СИМОНОВИЋ	
Нетипични облици уговора о продаји	153
Томица ДЕЛИБАШИЋ	
Даљи развој нашег концепта одговорности правних лица за кривично дело, привредни преступ и прекршај – аспект спровођења пословних и финансијских прописа.	173
Мирјана ЦУКАВАЦ	
Нови правилници Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије	188
Саша САВИЋ	
Услови за обављање делатности посредовања у промету непокретности у контексту новог закона.	201
Сандра МИЈАИЛОВИЋ, Таијана ЈОВАНИЋ	
Нормативни оквири преговарачког процеса са ЕУ са посебним освртом на улогу Народне банке Србије	213
Драјана РАДОВАНОВИЋ	
Једнака зарада жена и мушкараца за исти рад или рад исте вредности у светлу Закона о раду.	235
Славица ДИМИТРИЈЕВИЋ	
Измена уговора о раду.	246
Велисав МАРКОВИЋ	
Брисање предузетника по сили закона услед блокаде пословног рачуна.	258

Маја Б. МАТИЋ	
Обрнути факторинг – новина у домаћем законодавству	268
Биљана РЕМОВИЋ ДИМИЋ	
Судска надлежност у грађанскоправној заштити права интелектуалне својине	286
Марко ШЋЕПАНОВИЋ	
Позитивни и негативни ефекти изласка ЈП ЕПС на берзу . . .	300
Весна БИЛБИЈА	
Удаљење запосленог са рада – <i>de lege lata</i> и <i>de lege ferenda</i>	317
Најаша ЛЕКОВИЋ, Јован НИКЧЕВИЋ	
Право на принудну куповину акција („ <i>sell out</i> “) према одредбама важећег Закона о привредним друштвима	335
УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ	352

TABLE OF CONTENTS

COMMENTS

Ljubodrag PLJAKIĆ

Some Disputed Issues of Administrative and Judicial Protection
of Public Officers 9

Jovan ĆIRIĆ

Fiat iustitia – How Much does the Rule of Law Cost? 18

Dobrosav MILOVANOVIĆ, *Lana* JANKOVIĆ

Accessibility of Public Information on Financial Market 29

Tamara MILENKOVIĆ-KERKOVIĆ, *Željko* ATANASKOVIĆ

Dual Legal Nature of Factoring Contract and Achievements
of New Factoring Law in Serbia 41

Sonja SPASOJEVIĆ

Protection of Protected Geographical Indication “Prosecco” for
Sparkling Wines 61

Gordana AJNŠPILER POPOVIĆ

“Disappearance” of Creditors during the Bankruptcy
Proceedings 73

Mladen NIKOLIĆ	
The Plan of Reorganization as an Executive Document	86
Ruža UROŠEVIĆ	
The Right of Buyers of the First Apartment on Exemption from Tax and Refund of VAT	99
Vesna DANILOVIĆ	
The Common-Law Partner and Refund of Value Added Tax	114
Jos UITDEHAAG	
New Enforcement System in Serbia: <i>noblesse oblige</i>	125
Vladimir KOZAR	
Protection of Rights in Public Procurement Process.	138
Dragoljub SIMONOVIĆ	
Atypical Forms of Contract of Sale.	153
Tomica DELIBAŠIĆ	
Further Development of Our Concept of Corporate Liability for Criminal Offense, for Economic Offense and Offenses – Aspects of the Implementation of Business and Financial Regulation.	173
Mirjana CUKAVAC	
Two New Sets of Rules of Foreign Trade Court of Arbitration of Chamber of Commerce and Industry of Serbia.	188
Saša SAVIĆ	
Conditions for Conducting Intermediary Activity in Real Estate Trade in the Context of New Law.	201
Sandra MIJAILOVIĆ, Tatjana JOVANIĆ	
Normative Framework of the Negotiation Process with the EU with a Focus on the Role of the National Bank of Serbia	213
Dragana RADOVANOVIĆ	
Equal Pay for Equal Work and Work of Equal Value for Men and Women in the Labour Law.	235
Slavica DIMITRIJEVIĆ	
Change of Labor Law in Serbia.	246

Velisav MARKOVIĆ	
Closing Entrepreneurs by Operation of Law due to Business Account Blockade	258
Maja B. MATIĆ	
Reverse Factoring – Novelty to Domestic Legislation.....	268
Biljana REMOVIĆ DIMIĆ	
Civil Court Competence in Protecting IP Rights.....	286
Marko ŠĆEPANOVIĆ	
Positive and Negative Effects of Listing PE “EPS” on Stock Exchange Market	300
Vesna BILBIJA	
Suspension from Work of an Employee – <i>de lege lata</i> and <i>de lege ferenda</i>	317
Nataša LEKOVIĆ, Jovan NIKČEVIĆ	
Compulsory Purchase of Securities (“Sell out”) under the Provisions of Current Company Law in Serbia	335
INSTRUCTIONS FOR AUTHORS	352

СТРУЧНА МИШЉЕЊА

Љубодраг ПЉАКИЋ

судија Врховног касационог суда у пензији

НЕКА СПОРНА ПИТАЊА УПРАВНЕ И СУДСКЕ ЗАШТИТЕ ДРЖАВНИХ СЛУЖБЕНИКА

Резиме

Иако је Закон о државним службеницима већ девет година у примени, његова ујравна и судска пракса у појединим решењима није доследна. Због тога није ни предвидива, што ошчежава положај државних службеника како у поседу ујравне тако и, посебно судске заштите.

Аутор је кроз практичне примере у реферату указао на спорна питања заштите државних службеника на положају и полициских службеника. Посебан акценат је дао на основна питања форме доношења решења и принцип обавезности пресуде у ујравном спору, као гарант поштовања законности рада органа ујраве и Ујравној суда.

Кључне речи: *државни службеник на положају, полициски службеник, престанак рада, премештај по потреби службе, обавезност пресуда у ујравном спору.*

I Престанак рада државном службенику на положају

Закон о државним службеницима (у даљем тексту: Закон),¹ у члану 32 утврђује да се радна места државних службеника деле на положаје и извршилачка радна места, у зависности од сложености послова, овлашћења и одговорности. Утврђујући да је положај радно место на

1 Закон о државним службеницима (Службени гласник РС, бр. 79/05 и 104/09).

коме државни службеник има овлашћење и одговорности везане за вођење и усклађивање рада у државном органу, законодавац наглашава и сам значај и одговорност ове врсте државних службеника, због чега се положај стиче постављењем од Владе или другог државног органа или тела.

Закон, у члану 76–79 утврђује све разлоге за престанак рада на положају (чл. 76), укидање положаја (чл. 77), утврђује разлоге за разрешење (чл. 78), да би у члану 79 утврдио да се о престанку рада на положају доноси решење од државног органа или тела надлежног за постављење државног службеника. Решење мора да садржи разлоге због којих је рад на положају престао и датум престанка рада. Против таквог решења није дозвољена жалба, али се може покренути управни спор. Од значаја за практичну примену цитираних одредаба Закона је и чињеница да је Законом о министарствима² одредбом члана 38 предвиђено да „Министар може, у року од 45 дана од ступања на снагу овог закона, предложити Влади разрешење државног службеника на положају, уколико државни службеник на положају није остваривао резултате у свом раду“. Престанак рада Влада утврђује решењем које садржи разлоге због којих јој рад на положају престао а против решења није допуштена жалба, већ се обезбеђује судска заштита у управном спору.

Однос ова два закона у погледу престанка рада на положају је нашао примену у донетом решењу Владе чија је законитост цењена у управном спору.

1. Решење Владе о престанку рада на положају

Решењем Владе од 9.8.2012. године престао је рад на положају директору једне управе у саставу министарства са позивом на цитирану одредбу члана 38, став 1 Закона о министарствима. У образложењу решења су наведени разлози да овај државни службеник на положају није остварио одговарајуће резултате, о чему су наведени и ближи разлози, са правном поуком да може користити судску заштиту у управном спору код Управног суда.

2. Судска заштита против решења

Незадовољан решењем Владе, државни службеник на положају коме је рад престао поднео је тужбу као тужилац код Управног суда, тражећи поништај донетог решења као незаконитог. У тужби је оспорио наводе који се тичу утврђења да је био неуспешан, наводећи да његов

² Закон о министарствима (*Службени гласник РС*, бр. 72/12).

рад није оцењен у потпуности, да су дати само фрагментарни разлози који не дају праву слику о ангажовању тужиоца у раду. Доставио је и писмене доказе у корист својих тврдњи.

Посебно је нагласио да Влада није могла да примени одредбу члана 38, став 1 Закона о министарствима која је супротна одредбама члана 76-79 Закона, па је та одредба неуставна јер пропусује нове услове престанка рада лицу на положају ван оних који су Законом јасно утврђени („сви разлози“). Тражио је поништај решења као незаконитог.

3. Пресуда у управном спору

Пресудом Управног суда³ уважена је тужба тужиоца, поништено је решење Владе и предмет враћен на поновни поступак. Тужба је уважена из разлога које тужилац није навео у тужби, што чини саму суштину одлучивања у управном спору, о чему нажалост, постоји неразумевање и у самој стручној јавности.

Наиме, границе испитивања оспореног акта у управном спору су омеђене одредбом члана 41 Закона о управним споровима (у даљем тексту: ЗУС),⁴ на начин да „законитост оспореног управног акта суд испитује у границама захтева из тужбе, али при томе није везан разлозима тужбе“. Дакле, довољно је да тужилац у тужби тражи поништај решења као незаконитог што представља обавезу Суда да у целини испита законитост донетог решења по службеној дужности, без обзира на разлоге незаконитости које је тужилац изложио у тужби.

Суд је дакле, нашао да оспорено решење Владе садржи такве недостатке који доводе у питање његово постојање у правном поретку! Позвао се на одредбу члана 26, став 1 Закона о Влади⁵ којом је прописано да Влада доноси одлуке на Седници већином гласова свих чланова Владе, а ако Влада има паран број чланова одлука је донета ако је за њу гласала најмање половина чланова Владе, под условом да је за одлуку гласао и председник Владе. Списи нису садржавали записник о већању и гласању па је повређена и одредба члана 192 Закона о општем управном поступку која се тиче колегијалног одлучивања. Како нема записника Владе, не види се да је Седница и одржана, а и увод решења не садржи елементе из члана 197, став 1 Закона о општем управном поступку.

Због озбиљности наведених разлога из пресуде Суда, крајње је логично што се Суд није упуштао у кључно питање односа два закона за

3 19 У. 11775/12 од 17.10.2013. године.

4 Закон о управним споровима (*Службени гласник РС*, бр. 111/09).

5 Закон о Влади (*Службени гласник РС*, бр. 55/05 и 72/2012).

могућност примене цитиране одредбе члана 38, став 1 Закона о министарствима.

4. Уставност – законитост одредбе члана 38, став 1 Закона о министарствима

У међувремену, тужилац у вођеном управном спору је код Уставног суда покренуо питање оцене законитости – уставности одредбе члана 38, став 1 Закона о министарствима наводећи да та одредба није законита, јер је питање престанка рада на положају већ уређено Законом. Уставни суд је Закључком⁶ одбацио иницијативу за оцену уставности одредбе члана 38, став 1 Закона:

„У спроведеном претходном поступку, Уставни суд је констатовао да, сагласно одредбама члана 167 Устава, није надлежан да врши оцену међусобне усаглашености два закона, јер се ради о актима исте правне снаге, већ је надлежан да одлучује о сагласности закона и других општих аката са Уставом, општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима.“

5. Поступање по пресуди Управног суда

Поступајући по цитираној пресуди Управног суда, Влада је донела истоветно решење као и раније, којим је поново утврдила престанак рада државног службеника на положају. То решење је оспорено новом тужбом код Управног суда у којој су наведени истоветни разлози оспоравања раније донетог решења. Предмет је заведен под пословним бројем У. 2217/14 о коме није донета пресуда.

6. Правно мишљење аутора

Аутор сматра да је Управни суд у обавези да по новој тужби, уколико су отклоњени процесни разлози незаконитости ранијег решења, изнесе свој правни став о могућности примене одредбе члана 38, став 1 Закона о министарствима, будући да Уставни суд такву надлежност нема.

Аутор је мишљења да је цитираним одредбама члан 76–79 Закона у целини регулисано питање престанка рада државних службеника на положају („сви разлози“) и да сам Закон није оставио могућност регулисања тог питања касније, на други начин, новим законом. То би евентуално, могло да се решава изменама и допунама већ постојећег Закона.

6 I Уз. 796/2012 од 1.11.2012. године.

У прилог одсуства примене члана 38, став 1 Закона о министарствима говори и чињеница да је тај закон организационе природе министарстава јер је циљ закона дат у члану 1, став 1: „овим законом образују се министарства и посебне организације и утврђује њихов делокруг.“ У систематском смислу тумачења закона, одредба члана 38 се појављује као „страно тело“ овог закона које потпуно одудара од циља и смисла закона. Ограничавање примене одредбе на рок 45 дана од ступања на снагу закона, у супротности је са смислом доношења законских решења која ће се примењивати убудуће на неограђени број случајева. Ни у образложењу разлога доносиоца за доношење закона, нема разлога за уношење ове одредбе. Све речено нагиње на размишљање да се не ради о законској норми општег карактера!

Конечно, и разлози правне сигурности лица учвршћују аутора у свом ставу.

II Премештај полицијског службеника по потреби службе и коефицијент плате

У одредби члана 148 Закона о полицији⁷ под насловом „услови за премештај“ прописано је да због потребе службе полицијски службеник може бити премештен на друго радно место, у складу са његовом стручном спремом и радним способностима у истој или другој организационој јединици, истом или другом месту рада у складу са радно правним прописима и прописима о државним службеницима.

За примену овог закона значајна је одредба члана 169 којом је прописано да се на положај, дужности, права и одговорности запослених у министарству, примењују прописи о радним односима у државним органима, ако овим законом и прописима донетим на основу овог закона није друкчије одређено.

1. Решење о премештају и коефицијент плате

Првостепеним решењем надлежног органа МУП-а од 7.8.2008. године полицијском службенику, распоређеном на друго радно место по потреби службе, утврђен је коефицијент плате тог радног места. По жалби полицијског службеника који се није противио премештају, већ смањењу плате у односу на раније радно место коју је требао да прима и на радном месту на које је премештен, Жалбена комисија Владе је донела решење којим одбија жалбу истичући да полицијски службеник треба да прима коефицијент плате радног места које послове и обавља.

⁷ Закона о полицији (Службени гласник РС, бр. 101/05 и 92/11).

2. Пресуда суда у управном спору

Полицијски службеник је поднео тужбу Управном суду оспоравајући другостепено решење Жалбене комисије Владе истичући да премештај по потреби службе не сме да представља самовољу и казну за премештеног тако што би имао мању плату на новом радном месту. Закон о полицији није предвидео посебне одредбе за ову правну ситуацију, па се на основу члана 169 тог закона има применити члан 19 Закона о платама државних службеника и намештеника, која се одредба примењује на остале државне службенике.

Управни суд је пресудом⁸ уважао тужбу тужиоца прихватајући правне разлоге из тужбе, да Закон о полицији не садржи посебну одредбу за одређивање коефицијента у случају премештаја па се у тој ситуацији примењује одредба која се односи на остале државне службенике. У образложењу је изнео и следеће:

„Одредбом члана 69 Закона о полицији је прописано да се на положај, дужности, права и одговорности запослених у министарству примењују прописи о радним односима у државним органима, ако овим законом и прописима донетим на основу овог закона није друкчије одређено. Како Закон о полицији не садржи одредбе о одређивању плате, односно коефицијената полицијских службеника у случају премештаја на друго радно место, по оцени Управног суда у овом случају се има применити одредба члана 19 Закона о платама државних службеника и намештеника, која се примењује на државне службенике и намештенике у случају премештаја, а према којима државни службеник који је трајно или привремено премештен на друго радно место, које је у истом звању као радно место са кога је премештен (одговарајуће радно место) одређује се коефицијент који је имао до премештаја. Стога тужилац има право да задржи коефицијент који је имао пре премештаја, јер је премештен на одговарајуће радно место у истом звању, што произилази из решења о премештају тужиоца које је такође, донето применом одредбе Закона о државним службеницима. По оцени суда, није спорно да се по посебним прописима утврђује висина коефицијента за запослене у Министарству унутрашњих послова, али запослени у том министарству по општем пропису задржавају тако утврђени коефицијент у случају премештаја због потребе службе.“

Правни став из цитиране пресуде је кристално јасан у погледу прописа које су управни органи дужни да примене у новом поступку. Суд у пресуди није оставио никакву резерву па је уважао чињеницу да се коефицијенти за плате у МУП-у утврђују по посебним прописима,

8 9 У. 6265/10 (2008) од 25.3.2011. године.

али то не мења став Суда да полицијски службеник у случају премештаја на ново радно место задржава плату претходног радног места.

3. Поступање органа извршне власти

Прво изненађење код одлучивања у поновном поступку код првостепеног органа је било да је првостепени орган остао тврдоглав у свом ставу и донео исто решење као и први пут, иако се позвао у образложењу да је поступио по пресуди Управног суда. Следеће изненађење је став другостепеног органа који је одлучивао по жалби полицијског службеника. Тај орган је одбио жалбу као неосновану опет се позивајући да је поступио по пресуди Управног суда. Изнео је заправо, супротан став у односу на став из пресуде да се коефицијенти за плате у МУП-у одређују по посебним прописима и да је жалиоцу утврђен правилно коефицијент плате новог радног места.

4. Нова пресуда у управном спору

Врхунац изненађења (незаконитог поступања) догодио се код одлучивања по новој тужби у управном спору у истој ствари у којој је Управни суд већ заузео правни став у претходној пресуди.

Пресудом Управног суда⁹ одбијена је тужба тужиоца полицијског службеника, иако је у тужби цитирао образложење претходне пресуде, те да су се управни органи само позвали на ту пресуду, али се нису придржавали изнетог правног става.

У образложењу нове пресуде је речено и ово:

„Узимајући у обзир чињеницу да се плата запослених у Министарству унутрашњих послова не утврђује само на основу једног коефицијента који одговара звању у који је радно место разврстано, као што је то случај за друге државне службенике на које се непосредно примењује Закон о платама државних службеника и намештеника, тужени орган је оценио да се супсидијарна примена члана 19 наведеног закона има спровести уважавајући специфичности одређивања коефицијената за обрачун и исплату плате у Министарству унутрашњих послова, а које су последица примене посебних прописа. Сходно наведеном, тужени орган правилно налази да ако запослени више не ради на радном месту на коме се поједини елементи коефицијената плате различито вреднују, онда запослени не може да задржи овај коефицијент који припада оним запосленима који раде на одређеним пословима и који сагласно специфичној природи посла имају право на одговарајући прописани коефицијент.“

9 21 У. 11501/11 од 20.6.2013. године.

5. Правно мишљење аутора

У анализи претходног примера управно-судске праксе уочено је неколико озбиљних незаконитости рада органа државне управе – извршне власти и Суда – судске власти, које озбиљно стварају збуњеност код странака у поступку, а посебно доприносе ароганцији извршне власти у чему јој је судска власт помогла.

После прве пресуде донете у управном спору којом је тужба уважена, образложење пресуде је морало да буде утеловљено у нова решења управних органа што значи да је полицијском службенику, на основу изложеног јасног правног става, морао да буде утврђен коефицијент плате у висини плате радног места са кога је премештен.

Поново доношење истих решења од стране управних органа и непридржавање правног схватања из донете уважавајуће пресуде Управног суда, представља грубо кршење одредбе члана 7 став 1 и члана 69 став 2 ЗУС-а, која у новом поступку код Суда захтева кажњавање руководиоца органа, на основу члана 75, став 2 ЗУС-а. ЗУС је једини процесни закон према коме правно схватање суда из пресуде обавезује.¹⁰

Кога све обавезује пресуда донета у управном спору?

Рекосмо, управне органе. Начело самосталности органа управе из члана 11 Закона о општем управном поступку, после донете пресуде у управном спору, омеђено је разлозима из те пресуде. На тај начин оцена законитости аката извршне власти од стране друге гране власти, судске, у управном спору добија пуни смисао.

Поред управних органа, донета пресуда обавезује и сам Суд да, у поновном изјашњавању о поднетој тужби остане код донетог правног става. То је сигурност за странке, то је предвидивост пресуде која је значајна и за странке и њихове пуномоћнике.

Суд може променити изнети правни став у пресуди у два случаја: уколико је ново решење засновано на новим чињеницама које раније нису биле предмет оцене (што овде, очигледно није био случај) и уколико је седница свих судија Суда, већином гласова, променила изложени став, што би морало да стоји у образложењу нове пресуде (о чему нема података, а није ни одговорено на наводе из тужбе да су донета решења у супротности са ранијим ставом Суда). Бављењем разлозима како се коефицијенти радних места у полицији обрачунавају, на невешт начин је замагљен принцип важан за све државне службенике према коме се код премештаја по потреби службе на новом радном месту задржава плата претходног радног места. Ако тако не би било, премештај

10 Љубодраг Пљакић, „Обавезност пресуда у управном спору“, *Билтен ВСС*, бр. 3/2004.

који представља дискреционо право, остао би хир и лоша воља што не представља сврху и циљ давања дискреционих овлашћења која свој корен имају у начелу законитости из члана 5 Закона о општем управном поступку.

Остаје нада да, уколико странка поднесе уставну жалбу, да Уставни суд отклони наведену повреду због различитог поступања Суда у истој ствари – члан 6 Европске конвенције о људским правима.

Ljubodrag PLJAKIĆ

Retired Judge of the Supreme Court of Cassation

SOME DISPUTED ISSUES OF ADMINISTRATIVE AND JUDICIAL PROTECTION OF PUBLIC OFFICERS

Summary

Although the Law on Public Officers has been applied for nine years now, its administrative and court practice has not been consistent as far as some decisions are concerned. Therefore, such practice is not predictable either, which renders the position of public officers more difficult, both in the administrative and, especially, court protection procedure.

By presenting some practical examples in his paper, the author pointed to some disputed issues regarding the protection of public officers in office and police officers. Special emphasis has been laid on the basic questions of the form of enactments and on the principle of bindingness of a judgment in an administrative procedure, as a guarantee for the respect of the legality of work of administrative authorities and the Administrative Court.

Key words: *public officer in office, police officer, cessation of work, required job transfers, bindingness of a judgment in an administrative procedure.*

др Јован ЂИРИЋ
директор Института за упоредно право, Београд

FIAT IUSTITIA – КОЛИКО КОШТА ПРАВНА ДРЖАВА?

Резиме

Постоји многа различитих дефиниција појма правне државе, а постоји такође и многа различитих предуслова који морају бити испуњени да би се у неком случају могло говорити о правној држави. Ипак, један предуслов је посебно важан, а то је стриктно и доследно поштовање закона. Односно, ако и када се у једном друштву, једној држави не поштују закони, тада се не може говорити о правној држави. Ипак, аутор овог текста сматра да стриктно и доследно поштовање и примена закона, понекад може бити контрапродуктивно и несврсно. Ово се односи чак и на оне законе који се могу сматрати сасвим праведним. Тако на пример, да би се један закон примењивао и поштовао, потребно је да и одговарајућа лоистика буде развијена. Ово се односи на већи број полицајаца, већи број инспекцијских органа, већи број техничких средстава за праћење и контролу, а односи се такође и на веће зајворске капацитете. Поставља се питање колико то кошта и да ли је сврсходније тај новац употребити за нешто друго. Осим тога, понекад примена закона може бити несврсно и контрапродуктивна и када то подразумева кажњавање великих економских субјеката, великих предузећа. На пример једно предузеће дуго година не плаћа порезе и грубо доприноси. Уколико би, одједанпут и изненада држава решила да најлати све заостале дугове тој предузећа, то би могло значити и фактичко уништење дојичној предузећа. У условима велике економске кризе, успостављање „правне државе“ донело би вишеструко неативне ефекте. Ово се такође односи и на ситуације у вези са еколошким кри-

миналијетом. Казнији једно предузеће збој еколошкој зајађења, може имати вишеструко нејативне економске и друштвене ефекте. Тако се и у њом случају, као и у неким другим ситуацијама, које аутор овој тек-ста анализира, показује да успостављање јравне државе уојшће није ни јефтино, ни једноставно.

Кључне речи: *јравна држава, сврсисходност јрава, полициско-инспекцијски капацитети, јравовременост јримене закона, казне за јравна лица, Кани, Радбрух.*

О теми правне државе писано је толико да се понекад чини како је све већ речено. Тако неки идеју „правне државе“ везују за начело законитости,¹ пре свега за то да нема ретроактивног важења кривичног закона,² за то да закони морају бити прецизно написани,³ односно нема аналогije, нарочито у кривичном праву.⁴ Други су пак идеју правне државе везивали за вишестраначку демократију⁵ и за то да се политичка власт у једној држави везује правом, правним правилима, да је право увек изнад политике,⁶ док трећи сматрају да је за идеју правне државе најважнија ствар независност судства.⁷ Постоји дакле много теоријских објашњења, но после свих наших транзиционих искустава у покушају достизања идеала правне државе, а нарочито после економске кризе и драстичног осиромашења, питање које се поставља јесте питање: да ли је „правна држава“ идеал на којем се баш по сваку цену мора инсистирати, или је понекад добро и корисно заобићи неки од постулата „правне државе“, а по систему прагматичности у којој „нужда закон мења“.

Овде се ради о познатим антиномијама правне државе, супротностима између правде, правне сигурности и сврсисходности права.⁸ Једноставно речено, оно што је сврсисходно, обично није праведно, исто као и када је реч о правној сигурности. Имајући све то у виду, јасно

1 Rainer Faipel, „The Rule of Law“, *Страни јравни живои*, бр. 2/2009.

2 Фрањо Бачић, „Државноправни постулати сувремене правне државе и њихово мјесто у сувременом кривичном праву“, *Југословенска ревија за криминологију и кривично јраво*, бр. 1/1973.

3 Зоран Стојановић, *Политика сузбијања криминалијетета*, Нови Сад, 1991.

4 Мелита Дундић, „Правна аналогија и правна држава“, *Гласник адвокатске коморе Војводине*, новембар – децембар 1991.

5 Коста Чавошки, „Партијска држава као порицање владавине права“, у: *Правна држава*, Београд, 1991.

6 Лидија Баста, *Политика у јраницама јрава*, Београд, 1984.

7 О томе у тексту код Едина Шарчевића, „Појам правне државе“, *Архив за јравне и друштвене науке*, бр. 4/1989.

8 Густав Радбрух, *Филозофија јрава*, Београд, 1980, стр. 99–100.

је како и зашто оно што се приписивало Канту, а то је изрека: „нека буде правда па макар свет пропао“ (*Fiat iustitia et pereat mundi*) је данас одбачено.⁹ Тако смо ми у наслову овог рада и употребили први део чувене сентенце: „*Fiat iustitia*“. Или, хтели смо да поставимо питање: „Нека буде правда, али по коју цену?“ Када бисмо хтели да до краја будемо цинични, ми бисмо након тог „*fiat iustitia*“, могли да додамо оно што се приписивало Јосипу Брозу: „не треба се држати закона као пијан плота!“ Некадашњи највећи син наших народа и народности, наравно није знао за Радбруха и његове антиномије између правде, правне сигурности и сврсисходности права, али је као политичар схватао значај сврсисходности и прагматичности као таквих, те је и инсистирао на томе. Или, да на други начин кажемо и то да се право налази у сталном сукобу са животном стварношћу, те „да право иде друмом, а живот шумом“.¹⁰ Ми заправо хоћемо да кажемо да свака врста догматизма и фундаментализма, тј. занемаривање практичности и сврсисходности, која је на неки начин друго име за животну реалност, може бити сасвим контрапродуктивно за општи идеал правне државе.

Има наравно оних који доказују да између привредног раста и правне државе постоји и те како тесна корелативна веза.¹¹ У том смислу се тврди и то да повећање корупције од само 1 одсто, кроз политичку нестабилност утиче на смањење економског раста за 0,72 одсто.¹² С друге стране међутим, контра-пример јесте Кина, земља у којој је корупција значајно присутна, али јој то нимало не смета да бележи врло изразити привредни раст. Пример Кине, њеног традиционалног прагматизма а по систему да није важно да ли је мачка црна или бела, већ да је важно да лови мишеве, говори о томе да преминација сврсисходности пре свега над правдом, али и над правном сигурношћу, може довести до економског раста, упркос свим теоријско-догматским постулатима.¹³

Када говоримо о идеалима правне државе морамо поменути и примере из међународног права и нарочито најновије међународне праксе (политике), где се неморал и све оно што је супротно идеалима „владавине права“ устоличава као врховно начело.¹⁴ Односно, како

9 Јер заиста каква је то правда ако свет пропадне.

10 Мирко Васиљевић, „Привреда и владавина права“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2011, стр. 19.

11 Александар Мојашевић, „Импликације владавине права на привредни раст“, *Теме*, бр. 4/2013.

12 Pak Hung Mo, „Corruption and Economic Growth“, *Journal of Comparative Economics*, Vol. 29, No. 1/2001. стр. 66–79.

13 М. Васиљевић, *нав. чланак*, стр. 20–25.

14 Радмила Накарада, „Случај Космета – јединствена произвољност“, *Социолошки истраживања*, бр. 3/2007, стр. 356.

би то стајало на насловној страници „Политике“ од 4. марта 2014. у извештају са конференције за штампу Владимира Путина. „Путин: Ако може КиМ, може и Крим.“¹⁵

У вези са тим, са међународном праксом, политиком, сврсисходношћу, прагматизмом, морамо овде поменути и тзв. прљав јновац, односно оно што називамо „прање новца“. Поједине државе, у том смислу ће доспевати, с времена на времена, на својеврсни стуб срама због тога што служе као одредиште, дестинација прљавог новца, што привлачећи стране инвестиције, привлаче и прљав новац. Потпуно се занемарује тзв. приватно банкарство, које је измишљено управо у САД и тамо доживело процват, а које то „приватно банкарство“ представља нешто што је идеано за „прање новца“.¹⁶ „Прљав новац“ међутим често се налази у темељу моћи и економског успеха многих земаља.¹⁷

Једна друга ствар овде такође изазива посебну пажњу. Да би држава функционисала, односно да би се закони примењивали, потребно је да држава има и своје одговарајуће капацитете који омогућавају спровођење закона. Хоћемо да кажемо следеће: одговарајући закон на пример каже да је потребно током зимских месеци, ставити зимске гуме на возила. Уколико саобраћајна полиција из различитих разлога сасвим ретко контролише да ли возачи поштују ову одредбу, онда ће та одредба остати „мртво слово на папиру“ и тиме ће се урушити идеали правне државе. Потребно је дакле да полиција што више и што чешће спроводи контролу да ли се овај и још неки други прописи и закони поштују и примењују и то је нешто што на први поглед уопште није спорно. Али, то не значи ништа друго, него запослити још много полицајаца и набавити нова патролна возила и сваку другу инспекцијску и техничку логику. Нове радаре, који ће контролисати да ли возачи поштују ограничења брзине, нове инспекторе који ће контролисати да ли се у малим трговинским и угоститељским објектима уредно издају фискални рачуни. Све то међутим има своју цену, све то кошта, па се према томе може рећи да и стриктно и доследно поштовање права, идеала правне државе, и те како кошта, као што ми уосталом и тврдимо у наслову овог рада. Ако се више новца одвоји за борбу против корупције и криминалитета уопште, онда остаје мање за неке друге друштвене потребе.¹⁸

15 Доступно на адреси: www.poitika.rs/rubrike/Svet/Putin-U-Ukrajini-izveden-neustavni.puc.lt.html, 20.4.2014.

16 Доступно на адреси: www.emg.rs/vesti/srbija/37846.html, 20.4.2014.

17 Џејмс Петрас, „Прљав новац у темељу раста Сједињених Америчких Држава“, доступно на www.mondialisation.ca/index.php?context=va&aid=12569, 20.4.2014.

18 Борис Беговић, „Економска теорија генералне превенције: основна питања“, *Critica*, бр. 1/2010, стр. 50-64.

Ствари се овде не завршавају: хајде да претпоставимо и замислимо идеалну ситуацију, да полиција и инспектори успеју да спроведу „нулту тачку толеранције према криминалитету (корупцији)“ и да сваки учинилац неког кривичног дела буде откривен и процесуиран. Значи ли то да треба повећати број тужилаца и судија и на крају крајева шта радити са свим тим осуђенима, односно да ли ће се на крају завршити све тако што ће се зидати нови затворски капацитети за смештај свих осуђених? Осим што ти нови затвори коштају, поставља се и питање да ли се идеал правне државе на крају своди на све већи број осуђених и све пуније затворе.

Замислимо у том смислу још једну ситуацију, а која се тиче корупције у здравству, која је заиста веома присутна. Може се на пример радити о једном искусном хирургу, или акушеру у једном мањем провинцијском месту. Дотични је добар лекар, али склон корупцији, тј. склон томе да приликом сваке уградње вештачког кука, или сваког порођаја наплаћује корупцију од по пар стотина евра од својих пацијената. Шта је паметно урадити у таквом случају? Ухапсити дотичног лекара, специјалисту, осудити га на неколико година затвора и изрећи му меру безбедности „забране вршења позива, делатности или дужности“? За друштво, нарочито за једну малу локалну средину била би већа штета лишити се неког врсног стручњака, него толерисати његову корупцију. Чак и ако пођемо од тога да се корупција може економски израчунати, односно да повећање корупције доноси директне и индиректне економске штете, врло би се лако могло израчунати да би била већа штета школованог и успешног стручњака ухапсити и чекати док се нови, млади стручњак не ишколује и не обучи да замени старог, корумпираног, ухапшеног. Ова врста проблема се посебно мултипликује ако и када је појава корупције у здравству посебно узела маха, па у таквој ситуацији да би борба против корупције имала успеха, треба заправо „десетковати“ лекаре, тј. ухапсити велики број лекара и тиме заиста у озбиљној мери довести у питање систем функционисања здравствене заштите. Тако је на пример извесни доктор из Шапца добио 6 месеци условна на 2 године, а Апелациони суд му је „повисио“ санкцију за узимање мита на 8 месеци условно на три године. Слично је било и у неким другим случајевима и то управо када је реч о шабачким лекарима.¹⁹ Пошто наравно не можете баш све корумпиране (лекаре) да похапсите, онда се јавља проблем селективности, егземпларности, једном речју неправедности у политици борбе против корупције.²⁰

19 О различитим случајевима корупције у здравству може се прочитати у тексту на интернет адреси: www.naslovi.net/2013-08-09/vecernje-novosti/sudovi-imaju-dvostruki-arsin-prema-lekarima/6684094nene, 20.4.2014.

20 Јован Ђирић, „Егземпларно кажњавање“, *Crimen*, бр. 1/2012, стр. 21–38.

Ово је иначе увек проблем када се нађете на почетку неке кампање. Годинама, или деценијама толеришете неку појаву кршења, непоштовања закона, а онда сасвим изненада треба започети са супротном праксом. Протеком времена проблеми се само гомилају, умножавају. На пример, проблем „дивљих“ нехигијенских ромских насеља, понекад чак у самим централним градским зонама. Лако је уконити једну, две, или три склепане учерице, онда када тек никну. Проблем међутим настаје када никне читаво насеље од пар стотина таквих кућерака. Уклонити читаво насеље тада већ постаје прави, не само економски и социјални, већ и политички проблем са међународним импликацијама: тада се јављају бројне међународне организације које изражавају своју забринутост због (не)поштовања права националних мањина. Када се не реагује одмах на почетку, касније се ствари само додатно усложњавају и тада је осим других ствари, осим закона, потребно мењати и навике и менталитет људи.

Готово да би се могло рећи да је за успостављање правне државе важно не само то да се закони поштују, примењују, већ да се примењују правовремено, односно важан је „тајминг“, тј. важно је када, у ком тренутку се закони примењују. Свако закашњење у примени закона, у поштовању закона, може бити на свој начин кобно. Замислимо у том смислу један велики привредни субјект у једној, малој, локалној средини, комбинат, предузеће које запошљава више стотина, или више хиљада људи. Дотични привредни субјект међутим годинама није плаћао порезе и остале доприносе држави, као ни струју и друге сличне дажбине. Неко је некада пропустио и попустио пред захтевом да им буде опроштено, а онда се дуг нагомилавао и достигао врло велике размере. Наравно да се у једном тренутку мора поставити питање, шта радити и како даље? Наплатити све неплаћене порезе и рачуне, јер порези се морају плаћати уколико желимо да успоставимо правну државу и поштовање закона. Али, тиме ћемо врло вероватно учинити да дотични субјект практично буде ликвидан и добићемо то да радници остану без посла и хиљаде породица доспе у изразите егзистенцијалне проблеме, а да држава након свега више неће ни имати од кога да наплаћује порезе и друге дажбине. Ако је цена успостављања поштовања закона то да људи масовно остају без посла и да долази до ликвидације великих привредних субјеката, онда је та цена превисока и без обзира на сва оправдања и образожења типа „шок терапија“, то је нешто што политичари, али и не само политичари, већ уопште свако ко рационално, прагматично размишља, неће моћи да прихвати – то да зарад апстрактних идеала правне државе, људи остану без посла, држава без прихода, а целокупно друштво буде доведено на руб егзистенције.

Слична ствар је на пример и са плаћањем или неплаћањем струје. Ви можете да кажете да сваком оном који не плаћа струју треба искључити даље снабдевање струјом. Са становишта апстрактних идеала правне државе и Кантове поставке „*Fiat iustitia*“, ово уопште није спорно, јер ако и када се закони не поштују, то угрожава опште функционисање идеала правне државе и води у општу анархију. У том смислу, уопште није спорно да свима онима који не плаћају струју, треба „исећи струју“. Али, шта да се ради уколико је реч о болници, или школи, или пак једном већем насељу, односно већем броју приватних потрошача. Хоће ли то довести до неких других још много већих проблема, чак и здравствене природе, јер недостатак струје повлачи за собом многе хигијенске, здравствене проблеме. Треба ли се дакле и даље круто „држати права као пијан плота“, или ипак сврсисходност и прагматизам у овом случају треба да имају предност. На пример рећи, тј. прописати седеће: „држава, тј. електродистрибуција, опрашта 50 одсто дуга својим дужницима.“ Онима који плате на време, или мало пре времена, та иста електродистрибуција, даће одговарајући попуст од 5 одсто, а онима који годинама не плаћају, држава ће на крају опростити, или све или 50 одсто. Па ви сад плаћајте рачуне и поштујте правила уопште, законе и право. Идеал реда и правне државе је овде потпуно угрожен, а идеал анархије и безакоња је победио. Када год се покрене иницијатива за легализацију било чега, било којег претходног незаконитог понашања, градње, било ношења оружја, могу се појавити слични проблеми, као и када је реч о на пример екологији.

Замислимо у том смислу један велики привредни субјект у једној малој, локалној средини. Дотични субјект запошљава неколико стотина, неколико хиљада људи и практично издржава ту локалну средину, коју међутим у исто време озбиљно еколошки загађује. Шта предузети, нарочито ако и када је загађење учестало и великих је размера? Да ли треба на крају изрећи и најтежу санкцију. престанак рада дотичног правног лица? Шта ће се тиме постићи, – смањење буџетског прихода и давања за здравство, школство, културу, па и саме инспекцијске о правосудне органе? Да ли је скупље то, или толерисати одређени степен еколошког загађења, односно одређени степен непоштовања закона? У ствари да ли може постојати „мало непоштовање закона“, да ли се непоштовање закона може и сме толерисати до одређеног нивоа и степена, или свако непоштовање закона, па макар оно било и сасвим мало, делује као лош, заразни пример који води свеопштем дерогирању идеје правне државе, идеје да се закони морају поштовати? Да ли је ово нека врста крајње нужде? Јер, најједноставније речено, инвестиције су потребне да би држава постала довољно богата да може да финансира све активности

које јој се стављају у надлежност. Сиромашна друштва и државе стога немају шансе да на одговарајући начин финансирају, између осталих, пројекте у заштити животне средине.²¹

У вези са еколошким проблемима, можда би се могло рећи и то да је то тема која се на неки начин вештачки намеће земљама у развоју, тј. да данашње инсистирање на екологији и еколошким проблемима долази из развијених земаља, које на овај начин уствари покушавају да успоре технолошки и економски развој и раст земаља „трећег света“. До јуче, док је то био у њиовом економском интересу, није се толико инсистирало на екологији, како је то случај данас када нове земље, „земље трећег света“ треба да овладају новим технологијама и покрену свој економски развој.²²

Када се говори о правној држави уопште, онда се посебна пажња мора обратити и на величину тржишта, тј. величину земље у којој треба да се успостави правна држава. Теоријски узев, а нарочито из перспективе САД, слободно тржиште и поштовање закона јесу „алфа и омега“ онога што називамо „правна држава“, али... Писац ових редова се нашао у помало необичној ситуацији да није могао да објасни једном свом рођаку, Американцу, како и зашто у тој Србији, лифт у његовој згради нема ко да оправда, јер у згради у којој он живи станује свега неколико људи, углавном пензионера са скромним примањима, а оправка лифта кошта више око 15.000 долара. Американца је зачуђено запитао: „А откуда ти људи у тој згради, како су они дошли у посед станова чије одржавање и реконструкцију, практично не могу да финансијски поднесу.“ Објашњење би било исувише компликовано и дугачко и за тог Американца, па чак и за оне који живе у Србији, те ми овде не желимо да се тиме бавимо, јер би читав један чланак за то био недовољан. Ипак, једно је јасно, када бисмо стриктно и доследно применили логику тог Американца, ми бисмо врло брзо дошли у ситуацију која би заиста била са једне стране одраз „чистих рачуна“, што је нужно за успостављање правне државе. Али, са друге стране би огроман број припадника дојучерашње средње класе, професора, лекара, правника, инжењера, продавао своје станове „будзашто“ и живео у полускеланим уцерицама у ромским насељима. У полупразним становима на елитним

21 Рачуна се наине да ће Србија у складу са европским стандардима и својим европским путем, до 2030. године, морати да потроши преко 10 милијарди евра. О томе Милош Живковић, Марко Миленковић, „Значај процене утицаја за урбанистичко планирање“, у: Александра Чавошки и Ана Кнежевић-Бојовић (уредници), *Екологија и право*, Институт за упоредно право и Правни факултет Универзитета УНИОН, Београд, 2012 стр. 189.

22 Богате и развијене земље развиле су своју економију у периоду када се на заштиту околине није много полагало, па су могле да акумулирају богатство без изаздатака за ове сврхе. М. Живковић, М. Миленковић, *нав. чланак*, стр. 190.

локацијама, живели би дојушерашњи шверцери и дилери. Ако је то цена успостављања правне државе, ако је то цена успостављања кантовске правде („*Fiat iustitia et pereat mundi*“), ми овде ипак гласамо за оно бровско да се закона не треба држати као пијан плота. Односно, речено на један другачији начин, нико заиста не може имати ништа против правне државе, али, успостављање правне државе, обично је и скупо и болно, те у том смислу није нимало чудно што се за то успостављање везују и појмови као што су „шок терапија“, или макар „транзиција“, а што је све синоним за нешто што је за највећи број грађана врло непријатно. Осим тога, сама недовољна величина тржишта у Србији не дозвољава успостављање функционисања слободног тржишта и његових законитости. У том смислу, овде треба рећи да је конкуренција на пример оно што „убија“ корупцију. У условима слободних тржишних односа, мало је простора за различите злоупотребе и манипулације.²³ У Србији је међутим тржиште мало, па је самим тим и неприкладно за успешно спровођење анти-монополских правила о заштити конкуренције.²⁴

Овде уствари треба рећи и неколико речи о корупцији, феномену који је у свему супротност идеалу правне државе, чак у ствари његова кочница. У том смислу, може се констатовати да је савремени друштвени живот све више нормиран, те да он у ствари подстиче грађане да заобилазе компликоване прописе и процедуру, односно да савремени живот подстиче корупцију.²⁵ Борба против корупције, тј. борба за успостављање правне државе, обично захтева компликоване механизме и процедуре. То наравно може доносити бројне и скупе проблеме. О чему се ради? Између осталог и о проблематици јавних набавки. Сме ли нека важна установа да касни и да има проблема у свом функционисању због компликованих и дуготрајних процедура јавних набавки. На пример у болници се не оперишу пацијенти зато што процедура јавних набавки захтева одређени застој, или пак филхармонија не може да држи концерте зато што није испоштована процедура јавних набавки музичких инструмената. Наравно свима је јасно колико је тако нешто бесмислено, а у ствари се ради о инсистирању на догматско-фундаменталистичком принципу правне државе, на занемаривању сврсисходности (и прагматичности) права, без чега, „правна држава“ постаје нешто што више оптерећује и кошта него што доноси користи. „Изем ти и јавне набавке и правну државу, ако ја због свега тога не могу да оперишем пацијенте“,

23 Christopher Bliss, Rafael Di Tella, „Does Competition Kill Corruption“, *Journal of Political Economy*, No. 5/1997, доступно на адреси: www.jstor.org/pss/2138905, 20.4.2014.

24 Марија Здравковић, „Role, Significance and Enforcement of Competition Law in Serbia as a Small Market Economy“, *Сѝрани љравни живоѝ*, бр. 3/2009, стр. 205–220.

25 Михаел Бок, „О узроцима корупције и њеној неминовности у савременом друштву“, у: Јован Ђирић (уредник), *Борба љроѝив коруѝицие – искуѝива и љоређења*, Институт за упоредно право, Београд, 2013, стр. 11.

рећи ће просечан лекар – хирург, а музичар у филхармонији ће рећи то исто када се сусретне са поквареним и дотрајалим инструментима на којима не може да музицира. Треба у ствари овде рећи да су још стари Римљани говорили да претерани нормативизам доводи до корупције, макар само по систему: „*summum ius, summa iniuria*.“

Процедуре дакле, макар по систему „време је новац“, коштају, а не доносе неку опипљиву, непосредну материјалну корист и економски раст. Тешко је наравно оповргавати значај и опште вредности идеала правне државе, али, треба бити на чисто: и правна држава кошта и понекад се може стећи утисак да је прагматичније, корисније, сврсисходније, заобићи по неку процедуру и не придржавати се закона баш „као пијан плота“. Ако ништа друго, треба бити начисто такође и са тим да прелазак на постулате „правне државе“ на „ред и закон“, а након дужевремене анархије, нереда и безакоња, ипак кошта и то најчешће врло много. О томе смо ми заправо овде желели да кажемо неколико речи у тренутку када се сви готово једногласно и једноумно слажу са тим да је правна држава неприкосновена вредност сама по себи. Значи ли то да треба приватити максимум „нека буде правда па макар свет пропао“. Какви су међутим и тај свет и та правда, ако се све заврши пропашћу?

Jovan ĆIRIĆ, PhD

Director of the Institute of Comparative Law, Belgrade

FIAT IUSTITIA – HOW MUCH DOES THE RULE OF LAW COST?

Summary

There are various definitions of rule of law, and also there are a lot of different prerequisites that have to be fulfilled in order to speak of rule of law. However, one prerequisite is particularly important – strict and consistent compliance with the law. That is, if and when in one society, one state, laws are not obeyed, we cannot speak of the rule of law. Still, author of this text believes that strict and consistent compliance with the law and its enforcement sometimes can be contra productive and pointless. This applies even for the laws that can be considered equitable. For instance, in order for one law to be enforced and obeyed, it is necessary to develop adequate logistics. This refers to greater amount of police officers and inspection bodies, technical equipment for monitoring and control, and also increased prison capacities. We can ask ourselves

how much does this cost and whether it is more useful to utilise these funds for different purposes. Apart from that, sometimes enforcement of law can be pointless and contra productive when it concerns sanctioning of large economic entities, i.e. big companies. Let us take, for example that one enterprise has not paid taxes and contributions for a long period of time. If all of a sudden the state decides to collect residual debts of that enterprise that could practically lead to that entity's destruction. In the situation of great economic crisis, establishment of 'rule of law' would bring multiple negative effects. This also relates to situations concerning environmental crime. Punishment of one enterprise for pollution can have multiple negative economic and social effects. This case, as well as other situations that are analysed in this text, show that establishment of rule of law is neither cheap nor simple.

Key words: *rule of law, usefulness of law, police-inspection capacities, timeliness of enforcement of law, sanctions for legal persons, Kant, Radbruch.*

др *Добросав* МИЛОВАНОВИЋ
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Лана ЈАНКОВИЋ
секретар Комисије за хартије од вредности

ДОСТУПНОСТ ИНФОРМАЦИЈА ОД ЈАВНОГ ЗНАЧАЈА НА ФИНАНСИЈСКОМ ТРЖИШТУ*

Резиме

Аутори се у раду баве ишћањем достуупности информација од јавној значаја на финансијском тржишту. Током рада орјана јавне властии настјају бројне информације или орјани јавне властии долазе у посед различитиих информација, од којих су посебно значајне оне до којих Комисија дође вршењем надзора. Ти подаци представљају пословну тајну. Аутори сматрају да би требало да постоји право на слободан пристиуп информацијама о незаконитом и нејравилном пословању и посипувању и да би орјани који врше јавна овлашћења на финансијском тржишту требало да, по сојственој иницијативи, објаве ове податке. Анализирајући посебно осетљиво ишћање инсајдерских информација у контексту достуупности информација од јавној значаја, аутори закључују да би Комисија требала да јавно објави инсајдерску информацију када сматра да треба омоућити слободан пристиуп тој информацији, а не да је искључиво достави лицу које је поднело захтев.

Кључне речи: *транспарентности, информације од јавној значаја, финансијско тржиште.*

* Овај рад је сачињен као део пројекта на Правном факултету Универзитета у Београду „Србија као правна држава“.

I Појам информације од јавног значаја

У погледу начела јавности рада, органи јавне власти дужни су да јавности омогуће увид у свој рад, према закону којим се уређује слободан приступ информацијама од јавног значаја. Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја¹ (ЗСПИЈЗ) под њом подразумева информацију којом располаже орган јавне власти,² насталу у раду или у вези са радом тог органа, а односи се на све оно о чему јавност има оправдан интерес да стекне сазнање. Закон уводи претпоставку да оправдани интерес постоји увек када се ради о информацијама којима располаже орган власти које се односе на угрожавање, односно заштиту здравља становништва и животне средине, а ако се ради о другим информацијама, сматра се да оправдани интерес јавности постоји, осим ако орган власти докаже супротно. ЗСПИЈЗ је широко поставио круг лица која имају право на прибављање информације у складу са одредбама овог закона, као и круг права која ова лица имају. У том смислу, свако има право да му буде саопштено да ли орган власти поседује одређену информацију од јавног значаја, односно свако има право да му се информација од јавног значаја учини доступном тако што ће му се омогућити увид у документ који садржи информацију од јавног значаја, право на копију тог документа, као и право да му се, на захтев упути копија документа.

Током рада органа јавне власти настају бројне информације или ови органи долазе у посед различитих информација. При томе, са аспекта физичких и правних лица, посебан значај имају информације које ови органи прибављају вршењем (инспекцијског) надзора или сличних начина контроле у различитим областима. ЗСПИЈЗ је унео посебну димензију у вези са још увек важећом одредбом претходног Закона о државној управи (ЗДУ),³ према којој је инспектор дужан да чува, као службену тајну, податке до којих дође приликом вршења надзора или које му органи, организације и грађани доставе у вршењу надзора. Смисао ове одредбе претходног ЗДУ је да се сачувају легитимни интереси за очувањем тајности података одређеног лица у вези са нпр. начином обављања пословања или новим технологијама које би конкурентске фирме могле да искористе.

1 Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја (*Службени гласник РС*, бр. 120/04, 54/07, 104/09 и 36/10).

2 У смислу нашег рада, орган јавне власти је сваки орган који у вршењу свог изворног или повереног делокруга на финансијском тржишту обавља послове који су аналогни пословима инспекцијског надзора.

3 Закон о државној управи (*Службени гласник РС*, бр. 20/92, 6/93, 48/93, 53/93, 67/93, 48/94 и 49/99).

Имајући у виду да контрола Комисије за хартије од вредности, у суштини представља врсту инспекцијског надзора у посебној области, коју она врши у својству независног регулаторног тела, слична одредба постоји и у Закону о тржишту капитала⁴ (члан 256). Наведена одредба предвиђа да су прошли и садашњи председник, чланови и запослени Комисије, као и лица којима Комисија повери обављање послова из своје надлежности, дужни да чувају податке о издаваоцима хартија од вредности, лицима над којима Комисија врши надзор (и којима даје дозволе), као и друге податке о чињеницама и околностима о којима су сазнали у вези са вршењем функције, односно рада, осим података који су доступни јавности, а те податке не смеју користити у личне сврхе, саопштавати трећим лицима, нити омогућити трећим лицима да их користе.

Наведени подаци, осим података који су доступни јавности, сматрају се пословном тајном.⁵ Подаци који се сматрају пословном тајном могу се саопштавати и ставити на увид на основу налога суда, односно налога Комисије. Комисија може да достави ове податке и да их стави на увид: 1) надлежним органима у Републици и 2) надлежним органима у другим земљама од којих је Комисија овлашћена да добија или да са њима размењује податке у сврху надзора, регулације, истраге или спровођења закона, а у складу са одредбама овог закона.

У вези са чињеницом да ови подаци представљају службену тајну инспектора, односно пословну тајну Комисије, од значаја је одредба чл. 8 ЗСПИЈЗ, према којој се права на слободан приступ датим информацијама могу изузетно подврћи ограничењима прописаним овим законом, ако је то неопходно у демократском друштву ради заштите од озбиљне повреде *ирејтежнијеј инџереса* (обележили аутори) заснованог на уставу или закону. При томе, ниједна одредба овог Закона не сме се тумачити на начин који би довео до укидања неког права које овај Закон признаје или до његовог ограничења у већој мери од оне која је прописана на претходно наведени начин. У том смислу, у одељку о искључењу и ограничењима слободног приступа информацијама од јавног значаја, ЗСПИЈЗ предвиђа околности у којима орган власти неће тражиоцу омогућити остваривање права на приступ информацијама од јавног значаја. То су нпр. ситуације код којих би орган тиме: угрозио живот, здравље, сигурност или које друго важно добро неког лица; или

4 Закон о тржишту капитала (*Службени гласник РС*, бр. 31/2011).

5 Интересантно је да их ЗДУ код инспекцијског надзора сматра службеном тајном, док их ЗТК регулише као пословну тајну. Мишљења смо да је прво решење правилније имајући у виду да је реч о органима који врше јавна овлашћења, а не привредну делатност. Такође, и овај термин службена тајна постао је превазиђен усвајањем Закона о тајности података.

озбиљно угрозио одбрану земље, националну или јавну безбедност, или међународне односе. За вршење инспекцијског надзора, односно контроле на финансијском тржишту, од посебног је значаја тачка 5 по којој би орган тиме учинио доступним информацију или документ за који је прописима или службеним актом заснованим на закону одређено да се чува као државна, службена, пословна или друга тајна, односно који је доступан само одређеном кругу лица, а због чијег би одавања могле наступити тешке правне или друге последице по интересе заштићене законом који претежу над интересом за приступ информацији. У овом случају би требало одредити који јавни интерес има претежнији значај. Евидентно је да је реч о правном стандарду у чијем тумачењу ће пракса органа јавне власти, Повереника за слободан приступ информацијама од јавног значаја, као и управно-судска пракса у будућности обликовати његову садржину. Сматрамо да законска гаранција службене тајности података прибављених при вршењу инспекцијског надзора, односно контроле на финансијском тржишту, не би смела да послужи за прикривање повреда закона којима се повређују легитимни интереси грађана и јавни интереси у погледу заштите виталних вредности као што су здравље, животна средина, безбедност и сл, о чему суштински и говоре наведене одредбе ЗСПИЈЗ. У вези са тим, мишљења смо да би требало да постоји право на слободан приступ информацијама о незаконитом и неправилном пословању и поступању (нпр. преварама клијента инвестиционог друштва, манипулацијама на тржишту, инсајдерском трговању и сл.). Поред тога, сматрамо и да би органи који врше јавна овлашћења на финансијском тржишту требало да, по сопственој иницијативи, објаве ове податке. На овај начин би се постигли циљеви регулације путем (негативне) репутације – ради (превентивне) заштите инвеститора, као и ради обезбеђења равноправне тржишне утакмице између учесника на финансијском тржишту који поштују прописе и стандарде и оних који се користе недозвољеним активностима/радњама у циљу стицања профита, привлачења или задржавања клијената.

Посебан значај за решавање наведених проблема имају и питања категоризације информација које се имају сматрати тајном и субјеката који имају право приступа датим информацијама. То је од посебног значаја након усвајања Закона о тајности података⁶ којим је уместо раније уведена нова класификација тајни. Такође, Влада је донела Уредбу о начину и поступку означавања тајности података, односно докумената,⁷ као и Уредбу о ближим критеријумима за одређивање сте-

6 Закон о тајности података (*Службени гласник РС*, бр. 104/2009).

7 Уредба о начину и поступку означавања тајности података, односно докумената (*Службени гласник РС*, бр. 8/2011).

пена тајности „државна тајна“ и „строго поверљиво“⁸ којом се прецизира садржај нових категорија тајни. На овај начин превазиђен је озбиљан проблем у примени прописа, посебно ако се има у виду да низ других закона још увек користи термине из претходног закона који је уређивао ову материју. Тако се нпр. до усклађивања релевантних закона поставља питање да ли се може тражити кривична одговорност лица које ода службену тајну.

II Проблеми у вези са могућношћу коришћења правних лекова

Један до практичних проблема у примени ЗСПИЈЗ је немогућност органа који је у првом степену одбио захтев да омогући лицу слободан приступ информацији од јавног значаја да покрене управни спор против решења Повереника. Наиме, ЗСПИЈЗ јесте дао могућност покретања управног спора тиме што је одредбом чл. 27, ст. 1 прописао да се против решења и закључка повереника може покренути управни спор. Међутим, ову могућност у суштини има првенствено лице коме је и Повереник, у својству другостепеног органа потврдио одбијајуће решење првостепеног органа. Уколико би Повереник донео решење којим би поништио решење првостепеног органа и омогућио приступ одређеној информацији, онда због своје позиције првостепеног органа, конструкције управног поступка и управног спора, као и ставова судске праксе, првостепени орган не би могао да покрене управни спор, чак и када су разлози због којих је одбио захтев за приступ одређеној информацији крајње утемељени.

Наиме, ЗСПИЈЗ је све органе власти који примењују овај Закон, односно решавају по захтевима за слободан приступ информацијама од јавног значаја ставио у положај првостепених органа којима је повереник за информације од јавног значаја другостепени орган у предметним поступцима. Орган власти који решава у двостепеној управној ствари не може истовремено имати и положај странке и да буде тужилац у управном спору против одлуке која је донета у управној ствари у којој је поступио.⁹

Који су могући путеви за заштиту у управном спору? Са аспекта заштите јавног интереса једини пут за покретање управног спора био би могућ преко Републичког јавног тужилаштва, ако би оно ради заштите јавног интереса поднело тужбу против решења Повереника, којим је на-

8 Уредба о ближим критеријумима за одређивање степена тајности „државна тајна“ и „строго поверљиво“ (Службени гласник РС, бр. 46/2013).

9 Из Решења Управног суда, 9 У. 26434/2010 од 28.7.2011. године.

ложено првостепеном органу јавне власти да омогући слободан приступ информацијама од јавног значаја.

С друге стране, објављивање одређене информације – нпр. о врсти и обиму трговања одређеним акцијама – могло би да буде на штету приватних интереса одређеног (физичког или правног) лица. Наиме, ако је то лице кренуло да трговином реализује одређену законом допуштenu стратегију трговања, предуслов успешности је управо чињеница да се не знају подаци о његовом трговању. Стога се брокер појављује у трговању у своје име а за рачун тог клијента и ови подаци представљају пословну тајну. У тим ситуацијама неспорно је да ово лице има правни интерес да наведене информације не буду доступне (нарочито) одређеном лицу или лицима. Стога би му требало омогућити учешће већ у првостепеном поступку¹⁰ пред надлежним органом јавне власти на финансијском тржишту, али и у другостепеном поступку, где би пред Повереником имао право да пружи аргументацију у прилог недопуштања приступу датим информацијама. Коначно, изгледа нам неспорним да би ово лице могло да поднесе тужбу за покретање управног спора против решења Повереника којим се допушта приступ датим информацијама, уз могућност тражења привремене мере ради одлагања извршења решења Повереника до доношења одлуке Управног суда.

Иста аргументација може се користити у прилог давања могућности јавном тужиоцу да учествује у другостепеном поступку пред Повереником, када сматра да би омогућавање приступа одређеној информацији били на штету (претежнијег) јавног интереса, као и у погледу могућности да он поднесе тужбу за покретање управног спора.

Осетљивије је питање учешћа у наведеним поступцима од стране других органа јавне власти чија се информација нашла у поседу органа јавне власти на финансијском тржишту, као резултат њихове сарадње и координације. Мишљења смо да би органи јавне власти (на финансијском тржишту), пре доношења своје првостепенe одлуке, несумњиво требало да затраже мишљење наведених органа. С друге стране, ако то није учињено, али и независно од те чињенице, сматрамо да би им у поступку пред Повереником требало омогућити да доказују да не би требало објавити одређену информацију, нарочито ако она представља („државну“, „строго поверљиву“, „поверљиву“ или „интерну“) тајну. Међутим, у поступку пред Управним судом, доиста се поставља питање да ли орган чија је информација достављена органу јавне власти на финансијском тржишту (нпр. Комисији за хартије од вредности),

10 Може се поставити и питање обавезе првостепеног органа да дато лице обавести о поднетом захтеву за приступ информацијама које се на њега односе, јер је несумњиво реч о лицу које има страначку легитимацију у датом поступку.

иако није непосредно донео решење којим се одбија захтев за приступ информацији, има активну легитимацију за подношење тужбе. Наиме, овде је реч о органу који би иначе, да је њему тај захтев поднет, имао улогу првостепеног органа, који, према његовој позицији, карактеру управног поступка и управног спора и ставовима судске праксе, није допуштено да поднесе тужбу.

Проблем (не)допуштања приступа одређеној информацији, са аспекта утврђивања претежнијег јавног интереса, нарочито је изражен у поступцима надзора које спроводи Комисија. Закон о тржишту капитала је дао снажна надзорна овлашћења Комисији као регулатору на тржишту капитала. Овим Законом је одређен широк круг субјеката и поступака над којима Комисија врши надзор. У вршењу надзора Комисија сарађује и са другим домаћим и иностраним органима и организацијама.

У пракси нарочити проблем представља документација коју је Комисија у поступку надзора добила од других државних органа, а који носе ознаку тајности. Најчешће је реч о документима које она добија од Управе за спречавање прања новца и финансирање тероризма а који се у складу са одредбом чл. 74, ст. 1 Закона о спречавању прања новца и финансирања тероризма¹¹ означавају одговарајућим степеном тајности („строго поверљиво“).

Иако је чл. 9, ст. 1, тач. 5 ЗСПИЈЗ прописано да орган власти неће тражиоцу омогућити остваривање права на приступ информацијама од јавног значаја, ако би тиме учинио доступним информацију или документ за који је прописима или службеним актом заснованим на закону одређено да се чува као државна, службена, пословна или друга тајна, односно који је доступан само одређеном кругу лица, а због чијег би одавања могле наступити тешке правне или друге последице по интересе заштићене законом који претежу над интересом за приступ информацији, у пракси Повереник често решењем налаже достављање управо ових података.

Како је достављање података који су означени одређеним степеном тајности превдиђено као кривично дело како чл. 98 Закона о тајности података тако и чл. 337, ст. 1 Кривичног законика,¹² извршењем решења Повереника, у делу којим је налаже достављање информација које су означене као строго поверљиве, Комисија би починила наведена кривична дела. Са друге стране, због непоступања Комисије у складу са решењем Повереника, против Комисије може бити покренут посту-

11 Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма (*Службени тласник РС*, бр. 20/2009, 72/2009 и 91/2010).

12 Кривични законик (*Службени тласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012 и 104/2013).

пак административног извршења тог решења, а против одговорног лица може бити поднета прекршајна пријава.

III Информације од јавног значаја и инсајдерске информације

Достављање информација од јавног значаја нарочито је осетљиво на финансијском тржишту, поред осталог и због инсајдерских информација које имају велики значај на овом тржишту. Инсајдерске информације су информације о тачно одређеним чињеницама, које нису јавно објављене, односе се директно или индиректно на једног или више издавалаца финансијских инструмената или на један или више финансијских инструмената, а које би, да су јавно објављене, вероватно имале значајан утицај на цену тих финансијских инструмената или на цену изведених финансијских инструмената.

Наиме, ако инсајдерска информација није објављена, а лице које је путем ЗСПИЈЗ прибави и искористи на један од недозвољених начина пре него што је објави (или је уопште не објави), онда се Комисија, поштујући ЗСПИЈЗ ставља у позицију „саучесника“ у инсајдерском трговању. Мишљења смо да би овај проблем могао да се превазиђе на једноставан начин, тако што би Комисија у случају да је реч о инсајдерској информацији за коју сматра да јој треба омогућити слободан приступ, извршила њено јавно објављивање, а не искључиво достављање лицу које је поднело захтев. Тиме би се обезбедила равноправност свих учесника на тржишту. С друге стране, ако сматра да је не би требало објавити, онда би у образложењу решења Комисија требало да наведе да, ако Повереник ипак сматра да би требало омогућити слободан приступ датој (инсајдерској) информацији, да би он требало да поступи на исти начин, тако што ће информацију јавно објавити, а не доставити је само подносиоцу захтева.

IV Остали органи јавне власти на финансијском тржишту

Поред Комисије за хартије од вредности, статус органа јавне власти, у смислу субјекта који се јавља као ималац јавних овлашћења, на финансијском тржишту Србије појављују се и Београдска берза и Централни регистар хартија од вредности. Разлог за то није у чињеници да је реч о субјектима који су у потпуном или делимичном/већинском власништву државе, него у чињеници што ова правна лица при доношењу својих одлука о пријему у чланство, укључењу хартија од вредности на тржиште или упису у Централни регистар, односно губитку ових стату-

са, примењују правила Закона о општем управном поступку, на основу јавних овлашћења која су им поверена. Постоје мишљења – нпр. изражена при изради радне верзије Закона о робним берзама, да берзе не би требало да имају јавна овлашћења, већ да би оне у потпуности требало да буду подвргнуте правном режиму приватног (трговачког) права у вези са обављањем својих функција. На тај начин за њих би престале да важе обавезе прописане ЗСПИЈЗ. Иако ова мишљења сматрамо оправданим, изгледа да још увек нису створене све претпоставке за њихову примену у законским решењима. Наиме, све док постоји (фактички) монопол берзе (финансијске или робне) на домаћем тржишту, оне своје послове обављају (бар једним делом) у јавном интересу и стога би требало и да буду подвргнуте оваквом режиму и датој контроли. Наиме, непостојање конкуренције ствара суштински „јачу“ позицију у односу на подносиоца захтева који нпр. тражи чланство на берзи, јер он нема могућност избора. Стога је датом лицу потребно пружити и појачну заштиту, мерену са аспекта јавног интереса. Иста напомена важи и за Централни регистар, чији сам назив указује на централизовану монополску позицију.

Међутим, чињеница да ови субјекти по постојећем систему имају позицију органа јавне власти и да подлежу обавезама из ЗСПИЈЗ, не значи да су они дужни да омогућавају приступ информацијама којима располажу и који представљају пословну тајну ових институција, али и других субјеката на које се оне односе. Примера за неразумевање оваквог става има у пракси Повереника за заштиту информација од јавног значаја. Тако нпр. подаци о трговању одређених лица морају остати тајни, јер то и јесте концепција реализације различитих законитих стратегија трговања. Наиме, подаци који су од интереса за јавност се иначе објављују на инернет страницама. У погледу података о конкретним трансакцијама, власништву и сл., лице које сматра да постоји одређена незаконитост (нпр. инсајдерско трговање, манипулације на тржишту, трансакције прања новца) требало би да покрене поступак код надлежних органа (нпр. Комисије за хартије од вредности, поднесе пријаву код јавног тужиоца), а не да се обраћа за добијање информације од јавног значаја по основу ЗСПИЈЗ, често са сасвим другачијим намерама, које се могу окарактерисати и као злоупотреба права у циљу остваривања недозвољених интереса.

V Стратешка опредељења на којима се заснивају ЗСПИЈЗ и ЗУП

Поставља се и питање односа института разгледање списа и обавештавање о току поступка предвиђено Законом о општем управ-

ном поступку (ЗУП)¹³ с једне, и слободног приступа информацијама од јавног значаја, са друге стране. Први институт се може посматрати као претеча другог, уз ограничења у погледу примарне сврхе, круга лица, врсте информација која се може добити и процедуре за реализацију предвиђеног права. Код првог института сврха је добијање информација о конкретном поступку у коме одређено лице учествује као странка, док је код другог института у питању добијање било које информације за коју јавност има оправдани интерес да је поседује. Дакле, према ЗУП код разгледања списка и обавештавања о току поступка, странка (или треће лице које учини вероватним свој правни интерес) остварује право увида и фотокопирања свих списка предмета одређене управне ствари, при чему се заправо врши увид у целокупан предмет, док према ЗСПИЈЗ тражилац тражи тачно одређену, односно конкретну информацију, те је потребно да у захтеву за оставаривање права на приступ информацији од јавног значаја наведе што прецизнији опис те информације. Затим, код разгледања списка и обавештавања о току поступка, неопходно је да одређено лице поседује страначку легитимацију, односно да се ради о поступку у коме се одлучује о његовим правима, обавезама или бар правним интересима, што код другог института није услов остваривања права. Потом, различит је круг информација које је предмет овог права, у првом случају само оне које су у вези са поступком решавања конкретне управне ствари, а у другом било која информација од јавног значаја. Коначно, другачија је процедура за остваривање права. Наиме, у првом случају предвиђени су кратки рокови и логично је да ће овај институт и даље користити странке ради омогућавања активног учешћа у поступку. Други институт, ће користити друга лица ради обавештавања о току поступка у коме се непосредно не одлучује о њиховим правима, обавезама и правним интересима, као и у свим другим ситуацијама када су им из било ког разлога доступне одређене информације.

Код односа ова два закона интересантна је чињеница да је практично лакше незаинтересованом лицу које није странка у поступку да дође до информације у вези са поступком другог лица по основу ЗСПИЈЗ (јер само подноси захтев за остваривање права на приступ информацијама од јавног значаја) него заинтересованом лицу да изврши увид у предмет у коме је он најчешће странка у поступку (зато што мора доказивати свој правни интерес).

Такође, према ЗУП не могу се разгледати ни преписивати, односно фотокопирати: записник о већању и гласању, службени реферати и нацрти решења, као ни списи који се воде као поверљиви, ако би се тиме

13 Закон о општем управном поступку (*Службени лист СРЈ*, бр. 33/97 и 31/2001 и *Службени гласник РС*, бр. 30/2010).

могла осујетити сврха поступка или ако се то противи јавном интересу или оправданом интересу једне од странака или трећег лица. С друге стране, све чешће се подносе захтеви за добијање ових информација по основу ЗСПИЈЗ. Мишљења смо да би при одлучивању о овом питању требало имати у виду наведену одредбу ЗУП, повезану са одредбом ЗСПИЈЗ, која говори о потреби утврђивања претежнијег јавног интереса.

Dobrosav MILOVANOVIĆ, PhD

Associate Professor at the Faculty of Law, University of Belgrade

Lana JANKOVIĆ

Secretary General at the Republic of Serbia Securities Commission

ACCESSIBILITY OF PUBLIC INFORMATION ON FINANCIAL MARKET

Summary

In terms of the principle of transparency, public authorities are obliged to provide public access to their activities, according to the law governing free access to information of public importance (FAIPIA). FAIPIA under it involves information held by a public authority, resulting in activities or in connection with the activities of this body, and it refers to everything that the public has a legitimate interest to acquire knowledge. During its functioning public authorities create a lot of information or come into the possession of different information, where special importance have information that these bodies obtained in inspection or similar ways of control in different areas. These data, in addition to the information available to the public, are considered as business secret of Securities Commission. In connection with the fact that this information is secret, of importance is the provision of FAIPIA, according to which the right to free access to such information can be very subject to limitations prescribed by this law, if it is necessary in a democratic society for the protection of the serious injury of an overriding interest based on the Constitution or the law. The authors believe that the legal guarantee of confidentiality of official information obtained in the control of the financial markets should not be used to conceal illegal activities which violate the legitimate interests of citizens and public interest in the protection of vital value. Therefore, they have the opinion that there should be a right to access information about the illegal and irregular opera-

tions and treatment. On the other hand, they consider that bodies exercising public powers in the financial markets should also, on its own initiative, publish this data with the aim of regulation by (negative) reputation.

Authors present problems with regard to the possibility of use of legal remedies, and the inability of the body that in the first instance rejected the request for free access to information of public interest to institute administrative proceedings against the Commissioner. They also discussed the possibility of the participation of the person to whom the information of public interest concerns in the first instance before the competent public authorities, in the proceedings before the Commissioner, and the ability of this person to submit a claim for an administrative dispute against the decision of the Commissioner. The same issues were discussed and related to other public authorities with the information found in the possession of public authorities in the financial markets as a result of their cooperation and coordination.

The authors point out their position on mandatory public disclosure of inside information for which request for free access to information of public importance was submitted, whether by public authorities or by the Commissioner.

They also presented the position of other public authorities in the financial market such as BSE and the Central Registry. At the end of the paper the authors discuss the public policy issues underlying the FAIPIA and General Administrative Procedure Act.

Key words: transparency, public information, financial market.

др Тамара МИЛЕНКОВИЋ-КЕРКОВИЋ
ванредни професор на Економском факултету Универзитета у Нишу

Жељко АТАНАСКОВИЋ, мастер економије
регионални менаџер „ПРВИ ФАКТОР“ Београд

ДУАЛНА ПРИРОДА ФАКТОРИНГ-ПОСЛА И ДОМЕТИ ЗАКОНА О ФАКТОРИНГУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Резиме

Од 2005. године, када се факторинг у Србији појавио, па до доношења Закона о факторингу, овај се правни посао закључивао и реализовао пре свега захваљујући концепцији на коме се заснивају модерна решења индустријских српској облигационој и меничној праву. Нејасна регулатива у осталим областима привредној праву остала је неусађена са захтевима овој посла, па или није препознавала овај правни индустриј или је намењала ограничења која су превенирала бржи развој овој посла, пре свега међународној и факторинга без права на рејрес. То говори и податак да је више од половине факторинг трансакција (по неким подацима и преко 90% од свих закључених уговора) у Србији закључено са правом на рејрес фактора према клијенту. Једна трећина свих факторинг уговора закључена је у равној форми есконга менице (који иакође подразумева право на рејрес) што говори о томе да доминајну улогу на српском тржишту факторинга има варијетет факторинг посла са правом на рејрес. У раду се истражују ограничења која је до доношења Закона о факторингу јула 2013. године стварало равно окружење, као и решења и домети позитивној праву које у Србији данас регулише факторинг посао.

Кључне речи: уговор о факторингу, пренос њиховог облика, својинска стурктура, Закон о факторингу.

I Увод

Уговор о факторингу је на српску привредну сцену ушао 2005. године као аутономни посао трговинског права.¹ Пре тога представници српске правне теорије бавили су се овим послом као инструментом нове *lex mercatoria* који је са подручја англо-америчког права, захваљујући потребама привредне праксе, пренет у правне системе континенталног права.²

Од када је прво факторинг друштво почело своје пословање у Србији, закључивање уговора о факторингу бележи стални раст, па и поред пада пословања у 2013. и 2014. години. Тражња за факторингом као алтернативом кредитних пословања је расла, упркос недовољном познавању природе ове трансакције, као и поред неадекватног законског оквира који није омогућавао услове за пуну примену одређених врста факторинга. Према подацима струковног удружења фактора обим ових послова је четвороструко повећан за само неколико година, па и поред непотпуних података у протеклој години је забележен обим од приближно милијарду евра.³ При томе, економски показатељи факторинга јасно указују да је правни контекст факторинга у Србији очигледно ограничавајући фактор за бржи развој, пре свега међународног факторинга и факторинга без права на регрес.

Упркос великим потребама домаћих извозника за наплатом и обезбеђењем наплате својих потраживања у иностранству, у 2012. години међународни факторинг бележи пад од 60%,⁴ а тај пад настављен је

1 Тамара Миленковић-Керковић, Жељко Атанасковић, *Факторинг-право и његова пракса у Србији*, Ниш, 2013.

2 Вид. Иванка Спасић, Милош Тодоровић, *Међународни финансијски leasing и међународни факторинг*, оп.цит. Милош Тодоровић, *Уговор о факторингу*, магистарски рад, Београд, 1979, наведено према: Иванка Спасић, „Значај цесије код уговора о факторингу“, *Страни правни животи*, Београд, стр. 129; Вилијам Горенц, „Факторинг цесија“, *Привреда и право*, бр. 3/1982, стр. 3–17; Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, 13. издање, стр. 290; Радомир Ђуровић, *Међународно привредно право*, Београд, 2004, стр. 418; Александар Ђирић, Радомир Ђуровић, *Међународно трговинско право*, посебни део, Ниш, 2005, стр. 275–279; Тамара Миленковић-Керковић, Луција Спиновић-Јовановић, *Облигације и уговори трговинског права*, Ниш, 2006, стр. 316–331.

3 FCI Annual Review 2012.

4 У Извештају за 2012. годину Секције за развој факторинга при Привредној комори Београда наводи се да је укупан промет у 2012. години износио 611,5 милиона евра што је раст од 40% у односу на 2009. годину.

и у 2013. години,⁵ док учешће домаћег факторинга у укупном промету износи 93%. Нејасна и ограничавајућа регулатива девизног пословања је све до краја 2012. године онемогућавала нерезидентима да преузимају и наплаћују потраживања резидената у иностранству. Тек су измене и допуне Закона о девизном пословању⁶ средином децембра 2012. године омогућиле да и нерезиденти могу да врше наплату по преузетим потраживањима домаћих субјеката у иностранству, што је омогућавало наплату по двофакторском систему факторинга, који је касније и предвидео експлицитним решењем Закон о факторингу. Очигледно је да несигурност наплате, као последица законског оквира у Србији, доводи до несигурног положаја фактора, који се стога окрећу праву на регрес, чиме се са једне стране губи једна од основних функција факторинг посла (заштита клијената од кредитног ризика), али са друге стране, то директно утиче и на драстично смањење послова међународног факторинга, који се темељи на овој функцији, као и на двофакторском систему наплате, због чега се ови послови на међународном плану уобичајено закључују у облику факторинга без регресног права.

II Сложеност – дуалност правне природе факторинг посла

Неименованост уговора о факторингу, као и специфичност његовог објекта нагнала је субјекте факторинга у Србији да приликом његовог закључења користе мултиуговорну трансакцију сачињену од уговора о факторингу, цесије потраживања, менице и, често, фактуре. Најпре се у пракси закључује уговор о факторингу, којим се кроз распоред права и обавеза структурира једна од две најчешће уговорне технике факторинг посла. Прва од тих техника је дисконтно финансирање које се врши путем есконта менице, при чему долази до правог откупа потраживања од стране фактора, док је друга техника авансно финансирање (дисконт фактуре) код кога фактор кредитира клијента и преузима (есконтује) фактуру. Сложена структура факторинг посла увек подразумева закључење уговора о факторингу, након кога се закључује уговор о цесији, која је увек тространа код факторинга у облику есконта менице, предају акцептиране менице са клаузулом без протеста издате од стране клијента (или дужника), док облик авансног финансирања подразумева поред ових инструмената и предају фактуре од стране клијента фактору.

5 Резултати анкете о промету факторинга у 2013. години, Привредна комора Србије, Удружење финансијских организација – Секција за факторинг, Београд, 20.2.2014. године.

6 Закон о изменама и допунама Закона о девизном пословању (*Службени гласник РС*, бр. 31/2012).

Шта је разлог овако комплексном мултиговорном механизму код уговора о факторингу у Србији?

Поред неименованости уговора, и изазова из правног окружења, разлоге за мултиговорну структуру, треба тражити у својинској структури факторинг посла. То свакако доказује и чињеница да пословна пракса и након доношења Закона о факторингу од ове структуре посла није одустала.

Два најчешћа облика закључења факторинг посла, представљају *de facto* две својинско-правне солуције факторинг посла, које узрокују различиту правну природу посла код сваког од ова два варијетета. Код првог од ових варијетета, код дисконтног финансирања, потраживање се продаје фактору, кроз есконт (откуп) менице, док је други вид факторинг посла, оличен у дисконту фактуре, представља кредитирање клијента кроз фингирани „откуп“ фактуре од стране фактора, иако заправо до продаје потраживања не долази, већ се оно само уступа фактору ради обезбеђења. За разлику од првог типа, код кога се меница есконтује, меница која се и у овом другом облику издаје, служи као средство обезбеђења износа који је фактор авансно пренео клијенту као кредит.

Најједноставније речено, код уговора о факторингу не ради се о једном правном послу. Чине га два правна посла. Један је уговор о продаји потраживања, чији је предмет чињења само потраживање које се продаје. Потраживање је објекат права код продајног типа уговора о факторингу. Кауза посла је код овог уговора је пренос права својине на потраживању.

Други уговор о факторингу је уговор о кредиту код кога је потраживање колатерал. Код овог уговора потраживање не мења власника, већ га фактор преузима само као обезбеђење кредита одобреног клијенту. Кауза посла је заправо кауза кредитног посла, тј. пренос права на коришћење новца. Потраживање није објекат чињења, већ је потраживање објекат права обезбеђења, тј. средство обезбеђења.

III Правни оквир уговора о факторингу у Србији до доношења Закона о факторингу

И поред тога што га је као један од банкарских послова куповине, продаје и наплате потраживања предвиђао Закон о банкама,⁷ веома дуго национално право Републике Србије није препознавало уговор о факто-

⁷ Закона о банкама (Службени гласник РС, бр. 107/2005 и 91/2010), чл. 4.

рингу. То је био случај како са законима и другим прописима који су регулисали банкарско пословање,⁸ тако и са свим другим законима који су обликовали правни контекст националног трговинског права. Са друге стране, српско облигационо право, пружало је широке могућности кредиторима и носиоцима факторинг послова за избор правних техника при закључењу уговора о факторингу. Међутим и поред својих савремених решења, кодификација српског облигационог права, заснована тзв. методу „*комерцијализације трађанској права*“, по природи ствари није могла да има тако софистициране правне инструменте којима би могла да у потпуности одговори свим потребама правног преноса тако специфичне „робе“ као што су потраживања. Највећи број националних права је испољавао историјске резерве према преносу потраживања, а та се уздржаност најчешће испољавала у виду различитих ограничења и препрека која су национална права постављала пред ове трансакције. Овај традиционални приступ у упоредном праву је и био повод за доношење два правна инструмента, која су на међународном плану у виду конвенција креирали UNIDROIT и UNCITRAL. Основни циљ ових инструмента конвенцијског права била је хармонизација упоредних решења и олакшање преноса потраживања на међународном плану. И Конвенција UNIDROIT о међународном факторингу, као и софистициранија правна решења Конвенције UNCITRAL о преносу потраживања у међународној трговини су у погледу тих ограничења имале идентичан приступ – оне су та ограничења укидале, како би олакшале и поједноставиле ове трансакције, које су и у европским привредама показале своје велике економске предности.⁹ И поред тога што, за разлику од многих других

8 Никола Цицмил, *Збирка њројиса о банкама и банкарском њословању*, Београд, 2006.

9 На међународном плану значајно је правити разлику између међународног преноса потраживања (*international assignment*) са једне, и између преноса међународних потраживања (*assignment of an international receivable*) са друге стране. На ову ову разлику указује, пре свега, Конвенција UNCITRAL о преносу потраживања у међународној трговини, која се за разлику од Конвенције UNIDROIT о међународном факторингу бави преносом свих потраживања а не само факторингом, па тако њена решења тангирају и друге трансакције, попут *asset based lending*, секјуритизације и пројектног финансирања. По решењима UNCITRAL Конвенције под *међународним њреносом њоњраживања* подразумева се пренос код кога су уступилац (клијент код факторинга) и пријемник (фактор код овог посла) у различитим државама Конвенције UNCITRAL. Код ове врсте преноса није нужно да је потраживање потекло из међународног уговора (могуће је да се ради и о потраживању које је настало унутар једног националног права, примера ради потраживања које је настало два српска предузећа), већ да се преноси између субјеката (клијената и фактора) који се налазе у различитим државама. Други облик је *њренос међународној њоњраживања*, које настаје из уговора закључених између повериоца и дужника који се налазе у различитим земљама (чл. 1–3 и 5(а)).

кодификација грађанског или трговинског права, Закон о облигационим односима Републике Србије није забрањивао пренос будућих, као и пренос укупних потраживања, као што није садржао захтеве за њиховом строгим одређивањем (концепт спецификације) и домаћи је законодавац пренос потраживања условљавао одређеним захтевима. Примере тих ограничења, присутних како у српском, тако и у већини европских права, представља условљавање преноса потраживања нотификацијом (обавештењем дужника) као условом пуноважности преноса, као и могућност примене клаузуле о забрани преноса из основног уговора између повериоца и дужника (*anti-assignment clause*). Међутим, са друге стране, у српском облигационом праву пренос потраживања није био оптерећен ни захтевима форме, ни сагласношћу дужника, као ни потребом да се пренос потраживања региструје, што је олакшавало и саме послове факторинга. Поред тога, српско облигационо право је нудило пракси факторинга и друге правне институте који су били погодни као правни основ преноса потраживања. То су били, пре свега, институти персоналне суброгације, преузимање дуга, као и облици фидуцијарне цесије (цесија уместо испуњења и ради наплате, цесија ради обезбеђења) које пракса готово да није користила, очито јер је апстрактна цесија пружала довољне капацитете за реализацију факторинг послова.

И поред тога што је уговор о факторингу представљао правну празнину у српском правном оквиру, правну сигурност овим пословима пружао је још један значајан инструмент, који је због својих обележја стекао веома широку и вишеструку примену у факторинг пословима. Била је то меница, која је и данас остала значајна специфичност српског факторинга.¹⁰ Меница је у факторинг пословима коришћена веома често, а и данас, након доношења Закона о факторингу се и даље користи на различите начине. Тако се код уговора о факторингу дисконтног типа путем менице потраживања преносе (есконт менице) на фактора, њоме се врши се обезбеђење кредита датог клијенту код есконта фактуре, меницом се обезбеђују регресна права фактора у факторингу са регресом, као што се често захтева издавање менице и од дужника, у одређеним варијететима факторинг посла, попут обрнутог факторинга, па и код есконтног финансирања. Овај флексибилни инструмент је током година примене факторинга као неименованог уговора у Србији, преузео на себе значајне функције у очувању правне сигурности за обављање ових трансакција, и поред очигледних недостатака у правном окружењу који би у њеном недостатку превенирали ефекте ових уговора.

10 Закон о меници (Службени листи ФНРЈ, бр. 104/46, Службени листи СФРЈ, бр. 16/65, 54/70 и 57/89 и Службени листи СРЈ, бр. 46/96).

Позитивно право у Србији до скоро није препознавало факторинг, законски оквир био је нејасан, често лимитирајући, а све то удружено са неразумевањем и непознавањем специфичности уговора о факторингу представљало је значајно ограничење за пословну праксу факторинга. При свему томе меница је одиграла улогу „чувара“, па и функцију „сурога“ факторинг посла, омогућивши својом флексибилношћу али и својим капацитетима за очување регресних права фактора, да се уговор о факторингу упркос нејасном и несигурном правном окружењу успешно „пресади“ на правно тле српског трговинског права.

Чињеница је да су српски правни прописи са најдужом традицијом и вишедеценијским трајањем, попут Закона о меници и Закона о облигационим односима, поседовали капацитете који су факторингу омогућили успешну примену у Србији. То је међутим, тешко рећи за неке друге прописе, попут Закона о спречавању прања новца и финансирања тероризма¹¹ и доскорашњег Закона о девизном пословању, који су постављали препреке пред факторинг, а некада и потпуно онемогућавали обављање ових послова, као што је то био случај са међународним факторингом. Док, примера ради порески прописи,¹² нису ограничавали развој тржишта факторинга, или овај посао нису препознавали, као што је то случај са законима који су регулисали унутрашњи платни промет¹³ и извршни поступак,¹⁴ прописима о кредитним пословима са иностранством,¹⁵ рачуноводственим прописима,¹⁶ као и са законом о стечају,¹⁷ са друге стране су други прописи пружали факторингу средства којима је фактор могао да смањује своје ризике у послу, пре свега путем средстава стварно-правног обезбеђења залогe на потраживањима.¹⁸

11 Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма (*Службени гласник РС*, бр. 20/2009, 72/2009 и 92/2010).

12 Закон о порезу на додату вредност (*Службени гласник РС*, бр. 84/04, 86/04 – исправка, 61/05, 61/07 и 93/12), Закон о порезу на добит правних лица (*Службени гласник РС*, бр. 25/01, 80/02, 80/02 – др. закон, 43/03, 84/04, 18/10, 101/11 и 119/12).

13 Закон о платном промету (*Службени лист СРЈ*, бр. 3/2002, 5/2003 и *Службени гласник РС*, бр. 43/2004, 62/2006, 11/2009 – др. закон и 31/2011).

14 Закон о извршењу и обезбеђењу (*Службени гласник РС*, бр. 31/2011 и 99/2011 – др. закон).

15 Закон о кредитним пословима са иностранством (*Службени лист СРЈ*, бр. 42/1992, 16/1993, 31/1993, 41/1993, 50/1993, 24/1994, 28/1996).

16 Закон о рачуноводстви и ревизији (*Службени гласник РС*, бр. 46/2006, 111/2009, 99/2011 – др. закон и 62/2013 – др. закон).

17 Закон о стечају (*Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011 – др. закон и 71/2012 – одлука УС).

18 Закон о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар (*Службени гласник РС*, бр. 57/2003, 61/2005).

IV Решења и уговорна солуција у новом Закону о факторингу

Закон о факторингу усвојен од стране Народне Скупштине Републике Србије 16. јула 2013. године.¹⁹ Предмет овог релативно кратког и јасно написаног *lex specialis*-а су појам и предмет факторинга, учесници у факторингу, услови и начин обављања факторинга, врсте факторинга, права и обавезе учесника у послу, као и сам уговор о факторингу који је постао именован правни посао, као што је регулисан и његов варијетет у облику обрнутог факторинга, као и надзор над обављањем ове финансијске делатности.

Већ устаљеним номотехничким методом Закон о факторингу дефинише поједине појмове који се у тексту користе, међу којима су значајни појмови самог факторинг посла, као и његов предмет, али и појам краткорочног потраживања. Поред тога, Закон дефинише и учеснике у факторинг послу, који могу бити само привредни субјекти са седиштем у Републици Србији, али се у учеснике на страни дужника, такође убрајају и корисници средстава буџета Републике Србије, буџета аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе, као и корисници средстава организација за обавезно социјално осигурање (чл. 2 ст. 2 Закона о факторингу).

Факторинг се дефинише као финансијска услуга купопродаје постојећег недоследног новчаног потраживања, као што то може бити и будуће краткорочно новчано потраживање, које настаје на основу уговора о продаји робе или пружања услуга у земљи иностранству (чл. 2 ст. 1 Закона о факторингу). Под предметом ове финансијске услуге Закон подразумева само недоследна краткорочна новчана потраживања као и будућа потраживања, и то цела или делимична потраживања из привредних уговора. За будућа потраживања Закон поставља само захтев одредивости односно да уговор о факторингу садржи податак о томе ко ће бити дужник тог потраживања. Такође, закон одређује и шта се сматра краткорочним потраживањем подразумевајући да су то она потраживања која доспевају на наплату у року до годину дана од дана продаје робе, односно од дана пружања услуге, а који је дан дефинисан уговором између уступиоца клијента и дужника (чл. 2 ст. 2 и 3 Закона о факторингу). Такође се дефинише да се дејство одредбе у уговору којом се врши продаја будућег потраживања одлаже до тренутка када то потраживање настане.

Потраживања из тзв. потрошачких уговора не могу бити предмет уговора о факторингу.

19 Службени гласник РС, бр. 62/2013.

Ове су одредбе са становишта правне концепције факторинг посла од посебног значаја, јер *факторинг дефинишу као финансијску услугу*, чиме се финансијска функција овог посла ставља у први план, а у складу са факторингом као видом алтернативног финансирања које не повећава већ смањује задуженост клијента, а која треба да повећа конкуренцију у финансијском сектору и повећа кредитну способност привредних субјеката. Поред тога дефиницијом краткорочног потраживања као предмета факторинг посла, а којим се сматра оно потраживање које доспева на наплату у року до годину дана од дана продаје робе односно пружања услуге, законодавац експлицитно подржава финансијску функцију факторинг посла. Како се по самом закону факторинг посао не сматра уговором о кредиту (чл. 19 ст. 3 Закона о факторингу) на тај је начин и *de iure* омогућен посао финансирања клијента на бази откупљеног потраживања у року до годину дана и он се не сматра кредитним послом. Ово је посебно значајно са аспекта Закона о роковима плаћања код комерцијалних трансакција, које заправо лимитирају само функцију наплате код факторинг посла, али не и финансијску функцију факторинг посла, која је овим решењем Закона о факторингу и експлицитно изражена. Поред тога, самосталност положаја фактора као купца потраживања је изражена и још једном експлицитном нормом Закона о факторингу по којој у наплати потраживања фактор иступа у своје име и за свој рачун (чл. 27 Закона о факторингу), па самим тим фактор не посредује у наплати, већ наплаћује своје потраживање. Од значаја је такође и *дефинисање факторинга као посла продаје потраживања*, чиме се указује на својинско-правну димензију овог инструмента. Са друге стране, Закон пропушта да у именоване послове сврста и другу врсту факторинг посла који се темељи на кредиту датом клијенту а са потраживањем као колатералом. Стога се може закључити да Закон о факторингу у именоване послове факторинга уноси само факторинг продајног типа, код кога фактор стиче власништво на потраживању, а и *из њојма именованог факторинга посла искључује факторинг кредитног типа*, код кога се потраживање преузима само као обезбеђење факторског потраживања према клијенту. Међутим, значај овог приступа је у томе што је први пут доследно и експлицитно дефинише могућност да потраживања буду објекат преноса својинског права, што је била само могућност дата у Закону о облигационим односима, којом се код уговора о продаји предвиђа могућност да се поред ствари на основу уговора о продаји може продати и друго неко право (чл. 454 ст. 2 ЗОО). Овим је решењем правном систему у Србији упућен изазов да ово концепцијско решење спроведе до краја признавањем не само облигационо-правних, већ и стварно-правних дејстава продаји потраживања а тиме и приоритетним правима фактора као власника потраживања. Значајно је и

решење њо коме и будућа њо израживања моју бићи њродавана њу њем факторинга под условом да су одредива, док пренос својине таквих потраживања на фактора настаје моментом њиховог настанка. Са друге стране изостављајући из предмета уговора о факторингу могућност продаје доспелих потраживања, Закон *о немоћућава њословну њраксу њродаје доспелих њо израживања* у облику тзв. факторинга по доспелости (*maturity factoring*) чија је финансијска функција значајна.

Закон дефинише и услове за обављање факторинга, па се факторингом може бавити само привредно друштво (не и предузетник) које је основано у Републици Србији ради обављања послова факторинга, а потребно је да испуњава услове у погледу капитала као и да има одобрење за обављање послова факторинга. Фактор може бити само привредно друштво које се бави факторингом и сродним пословима, тако да је тим решењем избегнуто да фактор друштва могу да се баве трговинским, производним или другим услужним делатностима, из чега произилази да се ради о финансијској институцији. Минимум оснивачког капитала износи 40.000.000 динара, с тим што се тај капитал не може смањивати, а са циљем пружања већег степена финансијске и правне сигурности. Треба рећи да је у погледу овог износа капитала и у време креирања нацрта Закона постојао консензус чланова Секције за факторинг, чији су чланови не само банке већ и факторинг друштва. У поређењу са упоредном праксом²⁰ износ предвиђен као минимум оснивачког капитала није превисок, а такође овај је износ предвиђен у националној валути (за разлику од решења Закона о финансијском лизингу) па због тога неће доводити до потребе дневног прилагођавања капитала императивној норми Закона о факторингу.²¹

Да се ради о финансијској институцији може се видети и из решења Закона којим се за обављање послова факторинга захтева одобрење надлежног Министарства које се издаје на захтев који подноси оснивач факторинг друштва. Чланом 7 Закона о факторингу прописана су документа која се Министарству прилажу уз захтев, а факторинг друштво је дужно да изврши упис факторинг друштва у регистар привредних субјеката у року од 10 дана од дана издавања одобрења, као што постоји и обавеза уписа сваке промене података у надлежни регистар. Такође се прописује и када одобрење за обављање послова факторинга престаје да важи, као и да се на престанак и ликвидацију ових друштава примењу одредбе закона о стечају и ликвидацији привредних друштава.

20 У Грчкој, примера ради, према одредбама *lex specialis*-а тај је износ 4.500.000 евра, што је 1/4 капитала потребног за добијање одобрења за рад банке. Видети, *Νόμος 1905/1990 Για τη σύμβαση πρακτορείας επιχειρηματικών απαιτήσεων και άλλες διατάξεις*, Άρθρο 4. 3.

21 Вид. *Образложење Закона о факторингу*, стр. 10.

Поред тога установљен је Регистар факторинга као јединствена, централна и електронска база података у коме се евидентирају подаци о издатим и одузетим одобрењима за обављање послова факторинга, чиме се постиже увид у тржиште факторинга. Подаци из Регистра су на тај начин лако доступни клијентима и пружају информације које су од значаја за доношење одлуке о закључењу уговора о факторингу (чл. 10 Закона о факторингу).

Законодавац је одустао од решења предложеном у једном од нацрта закона да се уведе регистар уговора, односно регистар фактура, са образложењем да је број закључених уговора веома велики (факторинг-друштва у просеку имају о више десетина хиљада фактура годишње), а што би повећало трошкове и тиме подигло цену ових финансијских услуга. Сматрамо, међутим, да би користи од увођења регистра пренетих потраживања многоструко надмашио негативне ефекте овог решења. Регистар пренетих потраживања би и до краја омогућио успостављање права својине на потраживању, јер би преносу права својине на потраживању пружио *modus acquirendi* који у нашем праву за сада не постоји. Стога се о правно перфектном преносу права својине и не може говорити. И *de iure* и *de facto* уговором о факторингу се без постојања регистра, на фактора преноси само облигационо, релативно право на потраживању. Одустајањем од решења да се уведе и регистар закључених уговора, односно фактура законодавац је показао недоследност и одступио од концепта факторинга као посла у коме се продаје потраживање. Непостојање регистра пренетих потраживања одузима преносу потраживања, као трансферу облигационих права у оквиру уговора о факторингу, његове својинско-правне ефекте, јер се послу одузима модус за правно ефектни пренос права својине на потраживању, а тиме и правна заштита његовог новог власника-фактора.

На овај начин је статусно-правним нормама овог Закона раздвојено пословање и надзор над радом факторинг друштва у односу на пословање и надзор над радом банака које се баве факторингом, на која се примењују правила Закона о банкама и Закона о Народној банци Србије.

Закон такође у оквиру дефиниције факторинга пружа и врсте факторинга које дели на домаћи и међународни, а обзиром на ризик наплате потраживања послове дели на факторинг а регресом и факторинг без права на регрес.

Приликом одређења домаћег факторинга законодавац се везује за место на коме је настало потраживање, а такође и за личност клијента и његовог дужника који морају бити резиденти, док се одређење међународног факторинга везује за потраживања која настају

у спољнотрговинском промету роба и услуга. Закон о факторингу предвиђа обављање међународног факторинга у једнофакторском систему у коме учествује само један фактор, као што омогућава и обављање ових послова у двофакторском систему, у коме учествује резидентни фактор и фактор са седиштем у иностранству. Одређују се и обавезе фактора приликом обављања факторинга у двофакторском систему, које поред закључивања тзв. интерфакторског уговора предвиђеног условима међународних удружења ФЦИ и ИФГ, као што се прописују обавезе предузимања радњи и мера праћења странке, које прописује и Закон спречавању прања новца и финансирања тероризма.

Регулишући врсте факторинга законодавац посебну пажњу поклања факторингу са регресом и факторингу без права на регрес, који у себи садржи значајну гаранцијску функцију и преузимање од стране фактора ризика неспособности плаћања дужника. Са друге стране, факторинг са правом на регрес подразумева солидарну одговорност клијента и дужника, па фактор има право да бира од кога ће се наплатити, с тим што уколико није наплатио потраживање од дужника о томе мора у року од 8 дана од доспелости потраживања да обавести уступцоца. Уступилац одговара фактору за наплативост на дан доспелости потраживања. Закон прописује и обавезу повраћаја потраживања уступцоцу, након остварења регресног права према уступцоцу, чиме јасно раздваја релативно дејство потраживања од његовог стварно-правног дејства. (чл. 16 ст. 4 Закона о факторингу). Такође је значајна и норма којом се претпоставка о постојању регресног права из ЗОО мења и предвиђа се да уколико уговор о факторингу не садржи експлицитну одредбу о врсти уговора који је међу странама закључен, сматраће се да је уговорен факторинг са регресом, чиме се додатно штити правни положај факторинг-друштва (чл. 17 Закона о факторингу).

Закон регулише и тзв. обрнути факторинг као посебну врсту факторинга на основу кога фактор преузима фактуре од дужника, преузима његову обавезу плаћања према повериоцима, и има право наплате од дужника у року из основног уговора о продаји робе или вршења услуга, с тим што обавезу да обезбеди сагласност повериоца на пренос дуговања има дужник. Проблем у пракси факторинга ствара одредба по којој се наплата од дужника мора да изврши у року који је предвиђен темељним уговором, чиме се код овог облика факторинга укида његова финансијска (кредитна) функција па се трансакција преводи у комерцијалну, јер важе рокови из темељног посла (чл. 18 ст. 1 Закона о факторингу). На питање да ли код овог облика факторинга важи законска претпоставка постојања регресног права фактора уколико не може да се наплати од дужника након што је испунио обавезу повериоцу, Закон не даје експлицитан одговор али предвиђа, да се на овај облик

факторинга сходно примењују норме које се у Закону односе на факторинг. Обзиром на сагласност повериоца, и аналогију са институтом преузимања дуга из Закона о облигационим односима (чл. 448 ЗОО), може се закључити да фактор има регресно право према повериоцу у случају да дужник не изврши своју обавезу.

Од посебног су значаја одредбе које дефинишу уговор о факторингу коме предмет одређују претходне норме, а то је продаја потраживања. Овим одредбама Закона прописује се писана или електронска форма *ad solemnitatem* као услов пуноважности уговора, а такође се и концепцијски ови уговори одвајају од уговора о зајму и уговора о кредиту (чл. 19 Закона о факторингу). Предвиђају се и елементи које уговор треба да садржи као и важење уговора о факторингу (чл. 20 и 21 Закона о факторингу), а такође се предвиђа ништавост уговора којим се продаје исто потраживање од стране једног уступиоца различитим факторима (вишеструко уступање потраживања), што је представљало потенцијалну опасност у условима непостојања регистра потраживања или регистра фактура (чл. 22 Закона о факторингу).

Закон такође дефинише и предмет уговора о факторингу, а то је продаја потраживања, одређујући начин на који се та продаја врши, као и услов да би се продаја сматрала извршеном. Према Закону о факторингу уговор се сматра закљученим након предаје документације фактору, а такође се одређује и време које се сматра датумом продаје потраживања (чл. 23–26 Закона о факторингу). Значај ових правила је велики, јер се њиме отклањају недостаци института цесије из ЗОО, који су као услов за пуноважност уступања потраживања предвиђали обавештење дужника, што је пословној пракси стварало проблеме, па су се од уступиоца захтевали докази о обавештењу, и закључивала тро-страна цесија. Правило о нотификацији је Законом промењено правилом о обавези традиције која подразумева предају докумената – уговора о факторингу и/или фактуре и документа са обавештењем дужнику да је потраживање продато фактору. Датумом продаје сада се сматра датум када је уступилац предао фактору документацију, а тај датум треба да буде наведен у документу о предаји документације фактору.

Овим је правилом спецификована продаја потраживања, утврђен је тренутак када је та продаја постала пуноважна и то се везало за датум у документу о предаји документације који клијент предаје фактору. Правило о нотификацији као тешко проверљиво и услед непостојања обавезне писмене форме код цесије, неподобно за примену код факторинг послова, замењено је начелом предаје документа о предаји документације. На тај начин је потенцирана и стварно-правна природа уговора о продаји потраживања који се реализује предајом документације.

Наплату доспелих потраживања фактор врши у своје име и за свој рачун (чл. 27 Закона о факторингу) што је, такође, још један аргумент у прилог тврдње да фактор постаје власник потраживања и да му је, стога, потребна стварно-правна заштита коју је законодавац пропустио да унесе одредбом о потреби постојања регистра пренетих потраживања односно регистар фактура.

Међу одредбама које се баве правима, обавезама и одговорности-ма уговорних страна, најзначајније ефекте производи одредба Закона по којој одредба о забрани преноса потраживања унета у основни посао нема правно дејство на уговор о факторингу, што је решење истоветно као и у *lex conventionis* (чл. 30 Закона о факторингу).

Ово је једна од назначајнијих одредаба Закона о факторингу којом се превенира дејство забране преноса потраживања, што је био велики проблем пословне праксе. Такође, од значаја је и одредба по којој документација потребна за закључење уговора представља веродостојну исправу у извршном поступку.

Законом су, такође, прописане и казне за случај обављања факторинга без закљученог уговора, као и за случај вишеструке продаје истог потраживања.

V Предности и отворена питања уговора о факторингу у Србији *de lege lata*

Доношењем Закона о факторингу Србија се сврстала у невелики број европских земаља које уговору о факторингу признају третман именованог правног посла. Доношење овог Закона има бројне позитивне ефекте. Квалитет решења Закона о факторингу последица је неколико чинилаца из самог окружења факторинг посла у Србији. Најпре, доношење овог Закона иницирала је сама пословна пракса. Секција за факторинг основана при Привредној комори Београда, која окупља пружаоце ових услуга, имала је улогу *spiritus movens*, и током дужег периода иницирала креирање бројних нацрта овог Закона, указујући при томе на постојеће проблеме и нудећи солуције за решење проблема са којима се делатност факторинга сусретала у условима правног система у Србији. Поред тога, за разлику од неких претходних позитивно-правних решења српског законодавца, која су неименоване послове из сфере аутономних уговора исхитрено и *a priori* преносиле у поље именованих уговора овога пута је законодавац показао стрпљење, није приступио преурањеном законском регулисању једног привреди непознатог института, већ је овом послу приступио *a posteriori*, што је довело до квалитетних и утемељених решења.

Креатори српског Закона о факторингу су пред собом имали бројна отворена питања која је овај нови закон требало да реши. Неименованост овог уговора у српској легислативи био је најмањи међу бројним правним и фактичким питањима које је факторинг иницирао. Препреке факторинг послу у Србији биле су бројне.

И поред тога што природа ових ограничења није била таква да су она потпуно онемогућавала факторинг посао, бројна решења присутна у привредно-правном систему Републике Србије значајно су отежавала пружање факторинг услуга. Поред законских и уговорних ограничења факторинга која су постојала и у другим националним правима, пред субјекте факторинга у Србији постављене су и одређене додатне препреке, али су са друге стране одређена ограничења у међувремену отклоњена, попут оних која су лимитирала реализацију међународног факторинга.

Институт забране преноса потраживања (*pactum de non cedendo*) предвиђен Законом о облигационим односима, као и правила о нотификацији дужника као услова за пуноважан пренос потраживања имали су до доношења Закона о факторингу значајно ограничавајуће дејство на реализацију факторинг послова у Србији.

Значајан проблем у примени факторинга представљало је и решење по коме фактура не представља веродостојан документ у извршном поступку, на основу кога би се могла захтевати принудна наплата потраживања.

Један од највећих проблема у реализацији правног посла факторинга, као правне празнине у српском систему права, је недостатак стварно-правног дејства преноса својине на потраживању. Узроци и последице оваквог стања законодавства, као и питања фактичког поретка су бројна и сложена. Чињеница је да потраживања, за разлику од осталих објеката у праву, нису могла да буду пуноважно пренета на новог власника управо због недостатка правног модуса за пренос права својине на потраживању. Тај модус, како показују решења присутна у упоредном праву (САД и Румунија у којима се примењује *in rem* приступ у преносу потраживања), али и према решењу српског позитивног права које се односи на успостављање права бездржавинске залогне на потраживању, може бити само успостављање регистра пренетих потраживања.

Овај проблем непостојања стварно-правног дејства преноса права својине на потраживању узрок је и бројних других тешкоћа на које у пракси наилази посао факторинга. Овај „дефект“ у пуноважној продаји потраживања своје директне консеквенце оставља на правни положај фактора као купца потраживања. Закључењем уговора о факторингу, фактор, иако постаје нови власник потраживања не стиче заштиту

права као апсолутни носилац права својине на потраживању. Отуда и потребе да се фактор штити средствима обезбеђења (меница, залога, хипотека), а из истог разлога фактор нема право првенствене наплате у случају да на потраживању чији је фактор власник постоје права више поверилаца, као што фактор нема право првенствене наплате у стечајном поступку (излучно право). Фактичка последица овог правног положаја фактора видљива је у пракси кроз апсолутну доминацију факторинга са регресом и губитком гаранцијске функције факторинга. Директна последица овог „дефектног“ права својине фактора је у Србији је и то што се факторинг посао темељи на коришћењу менице код највећег броја закључених послова.

Поред проблема које стварају нерешена питања права својине на потраживању, извршни поступак и стечајно право, препреку факторинг пословима, свакако, ствара и отворено питање карактера факторинг послова, односно питање природе трансакције. Ради ли се код факторинга о уговору о продаји потраживања или о кредитном послу, као и да ли је факторинг комерцијална или финансијска трансакција?

Закон о роковима плаћања у комерцијалним трансакцијама још више је сузио поље деловања факторинг-друштва која, за разлику од банака, немају право на закључење кредитних послова. Стриктна примена ових рокова и на факторинг послове ствара од ових послова комерцијалне трансакције, лишене своје финансијске и гаранцијске функције, и претвара их у услуге посредовања у наплати (инкасо). Смисао факторинг посла тиме се губи јер се како у упоредном, тако и у међународном праву о факторингу и не може говорити у присуству само једне од његове четири функције. Другим речима, без своје кредитне и гаранцијске функције факторинг и не може да постоји.

И обавезе фактора на праћење клијената и дужника наметнуте императивним нормама Закона о спречавању прања новца и финансирања тероризма, такође, значајно успоравају обављање факторинг послова.

Значај решења које је понудио српски *lex specialis* за послове факторинга може се одредити његовим утицајем и доприносом у решавању постојећих препрека овом послу у правном окружењу.

У чему се састоје позитивни аспекти доношења српске факторинг легислативе?

VI Позитивни ефекти доношења Закона о факторингу у Србији

Значај Закона о факторингу, пре свега, је у чињеници да је послове факторинга увео у круг именованих послова трговинског права,

одредио њихове битне елементе, предмет и садржину и тиме створио не само режим императивних и диспозитивних норми значајних за његову реализацију, већ је законодавац на тај начин остварио како едукативну тако и промотивну функцију, а које ове послове треба да приближе привредним субјектима као њиховим корисницима.

Посебно је значајно одређивање правне природе факторинг посла коју Закон види као купопродају недospelог потраживања, а под којим подразумева и будуће краткорочно потраживање, које доспева на наплату у року до годину дана. Поред тога што природу факторинг посла види као продајни аранжман са специфичним објектом-потраживањем, значајно је и одређење законодавца, по коме се ради о финансијској услузи. Експлицитно одређење да се код уговора о факторингу не ради о кредитном послу такође је од великог значаја за пословну праксу, а посебно у светлу одређења предмета факторинг посла као краткорочног потраживања које доспева на наплату у року до годину дана. Одређењем факторинга као финансијске трансакције домаћи *lex specialis* показује да разуме суштину овог посла који треба да буде алтернативни извор финансирања, а не само посао посредовања у наплати потраживања.

Уклањање уговорних препрека које факторинг трансакцијама могу да постављају одредбе о забрани цедирања из основног посла један је од највећих доприноса овог Закона пословној пракси факторинга у Србији. Поред тога, усвајајући тренутак предаје предвиђених документа фактору од стране клијента Закон о факторингу отклања правну неизвесност коју је стварало решење о нотификацији дужника као момента у коме се потраживање сматра пренетим, а коју је предвиђао Закон о облигационим односима.

И поред тога што Закон у именоване уговоре о факторингу укључује само факторинг продајног типа, пропуштајући да унесе и варијетет факторинга типа кредита, одређење факторинга као купопродаје може се сматрати првим кораком у успостављању својинско-правне природе преноса потраживања путем факторинга. Закон одређује да фактор наплаћује потраживање као његов власник, у своје име и за свој рачун, чиме се потенцира својинско-правна природа пренетог потраживања.

Правни недостатак капацитета фактуре као веродостојне исправе Закон отклања нормом по којој документација потребна за закључење уговора, а у коју спада сам уговор о факторингу и документ са обавештењем дужнику, представљају веродостојну исправу у извршном поступку.

Уређење статусноправних питања рада факторинг-друштава, надзор над њиховим пословањем, одређење послова међународног факторинга, претпоставке о постојању факторинга са регресом, могућност

обрнутог факторинга, забрана вишеструког уступања потраживања представљају моћне механизме заштите правног положаја фактора.

Све набројано може се сматрати директним доприносом факторинга у отклањању препрека које су постојале у пословној пракси до његовог доношења.

Међутим, поред предности које доноси Закон о факторингу остају и бројна отворена питања, која ће свакако и након спровођења решења *lex specialis* наставити да лимитирају факторинг пословну праксу у Србији.

VII Закључак

Која су то отворена питања пословне праксе факторинга на која законодавац није успео да одговори?

Једним од највећих недостатака Закона може се означити то што је он пропустио да преносу потраживања које види као куповину потраживања обезбеди и правни модус за пренос власништва на потраживању, а путем успостављеног Регистра пренетих потраживања. Пропуштањем да продаји потраживања обезбеди стварно-правну заштиту законодавац и даље препушта положај фактора постојећем несигурном режиму који му не обезбеђује приоритет у наплати потраживања чији је власник, као што му не даје ни статус привилегованог повериоца у стечајном поступку. Анализа упоредно правних решења показала је да само она законодавства која су овај стварно-правни режим у преносу потраживања реализовала, омогућавају факторингу остварење његових функција, а пре свега функције осигурања наплате као и функцију финансирања привредних субјеката. Овај ће пропуст законодавца свакако за своју практичну последицу имати то што ће и даље доминантан производ у Србији бити факторинг са регресним правом, као и немогућност примене увозног факторинга. Такође, сигурно је да ће услед недостатка стварно-правне заштите и даље меница остати незаобилазни инструмент у техници реализације факторинг-посла, као што ће и средства обезбеђења бити неопходан елемент уговора о факторингу.

Обавезе праћења клијената и дужника као обавеза фактора су овим Законом потврђене, па овај посао ни на који начин није изузет из ове обавезе која значајно успорава и отежава закључење и реализацију уговора о факторингу.

Ограничавајуће дејство свакако има и решење Закона које доспела потраживања искључују из предмета уговора о факторингу, као што и

одредба о обавези обавештења дужника искључује из појма факторинг посла тзв. варијетет скривеног факторинга.

Одредбе Закона односе се само на факторинг-друштва односно регулишу само оне послове које ови специјализовани субјекти закључују у остварењу своје делатности, док се не примењује на послове које закључују банке.

У Србији су се и до доношења Закона, а и након њега закључују два облика факторинг посла, две врсте уговора о факторингу чија је правна природа различита, јер је различита и њихова својинско-правна димензија. Први облик је *факторини продајној тији*, у коме се потраживање продаје фактору, који за њега плаћа цену умањену за дисконт. Други облик је *факторини кредитној тији*, где до преноса потраживања и не долази, већ се потраживање уступа ради обезбеђења одобреног кредита. И структура мултиуговорног механизма је прилагођена специфичностима ова два типа факторинга, чија је и правна природа различита. Проблем је, међутим, у томе што се због веома сличне технике код оба ова посла, у пракси ове круцијалне разлике и не виде. Чини се да ту разлику није уочио ни законодавац, Закон о факторингу регулише само факторинг продајног типа. Због тога и не чуди да и у реализацији посла, пословна пракса најчешће пренебрегава ове разлике, ако их је уопште и свесна, па кроз меничне радње, а у складу са потребама посла, веома често у току извршења посла долази и до промене једног типа уговора о факторингу у други тип уговора.

Опредељењем за продајну природу факторинг-послова Закон је из сфере своје регулативе потпуно искључио уговор о факторингу кредитног типа, код кога се потраживање не продаје, већ служи као колатерал којим се фактор обезбеђује за финансијска средства која је на располагање ставио клијенту. Само овај тип факторинга је права алтернатива кредитним пословима. Тиме што је ову врсту уговора о факторингу искључио из поља своје регулативе, законодавац је финансијску улогу факторинга и даље препустио аутономији воље уговорних страна, као и крајње неизвесним критеријумима за одређење када је код факторинг-посла реч о кредиту као ексклузивно банкарском послу, а када је реч о факторингу са финансијском функцијом.

Очито је да су решења Закона о факторингу само једним делом допринела да се бројне препреке развоју факторинга у Србији отклоне на ефикасан начин. Извесно је да ће се допринос Закона о факторингу у превазилажењу тих препрека моћи да мери степеном учешћа факторинга са правом регреса као и заступљеношћу менице у техници реализације факторинг трансакција у будућој пракси факторинга у Србији.

Tamara MILENKOVIĆ-KERKOVIĆ, PhD
Associate Professor at the Faculty of Economics University of Niš

Željko ATANASKOVIĆ, M.A.
Manager of the Branch “PRVI FAKTOR”, Niš

DUAL LEGAL NATURE OF FACTORING CONTRACT AND ACHIEVEMENTS OF NEW FACTORING LAW IN SERBIA

Summary

*Ever since 2005, when factoring as an unnamed business of the commercial law entered the Serbian economic scene, these transactions have been concluded using the institute of the cession of the receivable and through the use of bill of exchange as a means of crediting and a means of security over receivables. Until the adoption of the Law on Factoring in Serbia, the legal business factoring was concluded and implemented, primarily due to the concept upon which modern solutions of the institutes of the Serbian Law on Obligations and the Exchange Law are grounded, whereby the regulations in other areas of the law were not in harmony with the requirements of this business as they either did not recognize factoring or imposed restrictions preventing faster development of factoring, primarily international factoring as well as of factoring-without-recourse. The article deals with the legal limitations in Serbian legislation regarding factoring contract before enactment of Serbian Factoring Law in 2013 as well as solutions of Serbian factoring *lex specialis*.*

Key words: *factoring contract, assignment of receivables, proprietary structure, Law on Factoring.*

др Соња СПАСОЈЕВИЋ
асистент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

ЗАШТИТА ОЗНАКЕ ГЕОГРАФСКОГ ПОРЕКЛА „PROSECCO“ ЗА ПЕНУШАВА ВИНА

Резиме

Предмет овог рада је заштитна ознака географског порекла за вина у праву Европске уније. Аутор најпре анализира пресуду немачког Управног суда у Триру у вези између Италије и Немачке око коришћења ознаке географског порекла „Prosecco“ за пенушава вина. Према пресуди овог Суда, која је донета априла 2009. године, немачки произвођачи вина слободно могу под знаком „Vino frizzante IGT“ да савладају у промету бисер вино које је произведено у Немачкој од италијанског сировог вина. Након анализе ове пресуде аутор указује на најважније одредбе Уредбе ЕУ бр. 1166/2009, донете неколико месеци након објављивања пресуде Суда у Триру, а које доводе у питање њену примену. У наставку рада, након указивања на спор између Италије и Хрватске око назива хрватске вина „prošek“, аутор у закључним размишљањима указује на пораст сировог између држава чланица ЕУ око заштитне ознаке географског порекла, као и на механизме којима државе прибегавају у циљу заштите својих производа са географским пореклом.

Кључне речи: *географске ознаке, ознаке порекла, пенушава вина, бисер вина.*

I Увод

У праву Европске уније ознаке географског порекла се штите на основу Уредбе 1151/2012. Из поља примене ове Уредбе изузети су називи вина и алкохолних пића, за која важи посебан режим. Када је реч о ознакама географског порекла за вина, од значаја је Уредба 479/2008 којом је замењена Уредба 1493/1999.¹

У винском сектору ознаке географског порекла су познате од давнина и распрострањене су у целом свету. Најпознатији примери су: *Bordeaux*, *Rioja*, *Chianti*, *Montepulciano*. Упркос томе, ознаке географског порекла за вина на европском плану нису на исти начин заштићене као и за друге пољопривредне и прехранбене производе. Европски прописи регулишу само основна питања. Имајући у виду различите системе заштите вина у државама чланицама, нарочито различите системе квалификације и означавања вина, регулисање појединих питања је препуштено државама чланицама.

Појмом ознаке географског порекла у смислу Уредбе 479/2008 обухваћене су две врсте ознака: ознаке порекла и географске ознаке. Ознака порекла у смислу ове Уредбе је назив одређене области, места или земље, који служи за обележавање вина, чији су квалитет или особине искључиво или битно условљени географском средином која укључује природне и људске факторе. Вино са ознаком порекла мора бити произведено у датој географској области, од грожђе пореклом из исте географске области, при чему је грожђе од сорте винове лозе врсте *Vitis vinifera*.

Географска ознака је, са друге стране, назив одређене области, места или земље, који служи за обележавање вина, чији су квалитет, репутација или друге особине приписују његовом географском пореклу. Вино са географском ознаком мора бити произведено у датој географској области, при чему најмање 85% грожђа употребљеног за производњу вина мора бити пореклом из дате географске области. Грожђе мора бити од сорте винове лозе врсте *Vitis vinifera*, односно сорти добијених укрштањем сорти врсте *Vitis vinifera* и других врста из рода *Vitis*.

У анексу IV Уредбе 479/2008 набројане су категорије производа од грожђа и вина: вино, младо вино (ново вино које је још увек у

1 Објављивањем Уредбе 1234/2007 престале су да важе све Уредбе које су у ЕУ донете након што је Савет ЕУ увео заједничку аграрну политику за пољопривредне производе и замењене су јединственим правним актом. Паралелна реформа у винском сектору извршена је на основу Уредбе 479/2008. Објављивањем Уредбе 491/2009, Уредба 479/2008 је потпуно инкорпорирана у Уредбу 1234/2007. Видети чл. 118(б) Уредбе 491/2009.

ферментацији), ликерско вино, пенушаво вино, квалитетно пенушаво вино, ароматизовано квалитетно пенушаво вино, газирано вино (пенушаво вино са додатим угљен диоксидам), полупенушаво вино (бисер вино), слабо газирано вино.

Међу набројаним категоријама вина за рад су од значаја пенушаво, газирано и бисер вино. У смислу анекса IV Уредбе 479/2008 под пенушавим вином се подразумева вино:

- а) које је добијено првом или другом алкохолном ферментацијом од свежег грождја, шире или вина;
- б) код којег се при отварању посуде ослобађа угљен диоксид који потиче искључиво од ферментације;
- в) које је у затвореној посуди при температури од 20°C због отопљеног угљен диоксида под притиском од најмање три бара;
- г) за које укупан удео алкохола *civées* намењеног његовој припреми не сме бити мањи од 8,5%vol.

Газирано пенушаво вино је производ који:

- а) се добија од вина без заштићеног имена порекла или географске ознаке;
- б) ослобађа када се посуда отвори угљен диоксид који у целини или делимично потиче од додатка тог угљен диоксида;
- в) које је у затвореној посуди при температури од 20°C, због отопљеног угљен диоксида, под притиском од најмање тро бара.

Бисер вино је производ који:

- а) се добија од вина, под условом да то вино има укупан удео алкохола од најмање 9%vol.;
- б) има стварни удео алкохола од најмање 7%vol.;
- в) које је у затвореној посуди при температури од 20°C, због отопљеног угљен диоксида под притиском од најмање 1 бар и највише 2 бара;
- г) чува се у посудама капацитета од 60 литара или мање.²

2 Видети анекс IV Уредбе 479/2008.

II Пенушаво вино *Prosecco*

У свету постоји много врста пенушавих вина, како по начину, тако и по месту производње.³ Најпознатије и најславније пенушаво вино је шампањац (фр. *Champagne*). Шампањац се производи у француској покрајини Шампањи, на традиционалан (тзв. шампаноаз) начин, на-кнадним врењем вина у боци у којој се ослобађа угљен диоксид. То је прилично дуг и скуп поступак, што утиче на прилично високу цену шампањца. Само пенушава вина произведена у покрајини Шампањи могу носити ознаку *Champagne*. Пенушава вина произведена у осталим покрајинама могу носити ознаку „*vins mousseux*“, а газирана вина „*vins mousseux gazeifiés*“. Истозначна ознака у Италији је „*metodo classico*“ или „*metodo tradizionale*“, а ознака „*Asti*“ сме да се користи само за квалитетна природна пенушава вина из истоимене италијанске области.

Поред шампањца у свету постоје ценовно прихватљивија вина, из различитих делова света, која имају довољан квалитет да би се у њима уживало. Једна од таквих су вина *Prosecco*, која се производе у тачно одређеним регионима на североистоку Италије. Изворно, *Prosecco* је име старе сорте грожђа из италијанске области Венето.⁴ Ово име води порекло од истоименог села код Трста. Са друге стране, ово име нема никакве везе са италијанским придевом *secco* (у преводу: суво). Од ове сорте грожђа прави се углавном благо пенушаво вино (ит. *Frizzante*), као и нормално газирано вино (ит. *Spumante*). На основу италијанског Закона од 28. јула 2009. године *Prosecco* више није име сорте грожђа, већ ознака порекла.⁵ Ово је потврђено Уредбом ЕУ бр. 1166/2009.

Према италијанским прописима само *Prosecco* из законом установљених области има статус „*DOC – Prosecco*“, односно од почетка априла 2010. године има статус „*DOCG*“.⁶ Вино „*DOC – Prosecco*“ сме

3 Пенушава вина су посебна врста специјалних вина са одређеном количином угљен диоксида, које при отварању боце ствара пену. Због присуства угљен диоксида пенушава вина имају резак и освежавајући укус, што је њихова основна карактеристика. Према начину производње пенушава вина могу бити природна и газирана. Код природних пенушавих вина угљен диоксид настаје искључиво од алкохолне ферментације, док се код газираних вина угљен диоксид додаје из челичних боца.

4 *Prosecco* је истовремено регион у Италији у коме се производи истоимено вино. То је у неку руку преседан у свету, јер је то једини регион који је добио име по сорти грожђа од које се производе вина у њој.

5 Закон је објављен у италијанском службеном листу: *Gazzetta Ufficiale della Repubblica* бр. 173. Сорта грожђа од које се прави вино *Prosecco* сада се зове Глера.

6 Ознаку „*Denominazione di Origine Controllata – DOC*“ носе вина са географским пореклом, која се контролишу од самог почетка производње. Она потпадају под строгу контролу порекла и за њих је стриктно прописан садржај алкохола и однос сорти грожђа у сваком вину, као и правила винификације. Највиша ознака

да се производи у областима Венето (ит. *Veneto*) и Фурланија-Јулијска крајина (ит. *Friaul Julisch Venetien*), док вино „*DOCG – Prosecco*“ може да се производи у округу Тревизо у регији Венето. Пенушава вина која се праве од сорте грожђа Глера у другим деловима Италије могу да носе само ознаку „*IGT*“.⁷

За разлику од француског шампањца и немачког секта, пенушаво бело вино *Prosecco* се производи шармат или танк методом, која подразумева да се други процес врења одвија у великим винским цистернама, а не у појединачним боцама. На тај начин се чувају сортне карактеристике и воћне ароме.

III Спор између Италије и Немачке око коришћења ознаке *Prosecco*

1. Чињенично стање

Тужилац у спору који је предмет овог рада је увозио из Италије у Немачку стоно вино на чијој етикети је стајао податак „*Indicazione Geografica Tipica*“ (*IGT*). Овом вину тужилац је у Немачкој додавао угљен диоксид. Вино је потом пуњено у флаше и од 2001. године стављано у промет као бисер вино на чијој етикети је стајао податак „*Vino frizzante IGT*“. Новембра 2008. године надлежни вински контролор је обавестио тужиоца да на етикети вина произведеног у Немачкој не сме да стоји ознака „*IGT*“. Појам „*IGT*“ је италијанска ознака географског порекла која сме да се користи само за вина произведена према одговарајућим правилима, у тачно одређеним регијама у Италији. Овом обавештењу претходило је писмено које је италијанско министарство привреде, саобраћаја, пољопривреде и виноградарства упутило Дирекцији за контролу и услуге у Триру са захтевом да предузму одговарајуће мере, као и упозорење тужиоцу да производња *IGT* бисер вина у Немачкој није дозвољена.

Крајем децембра 2008. године тужилац подноси тужбу, сматрајући да је коришћење спорне ознаке на вину произведеног у Немачкој дозвољено. У тужби тужилац је истакао да је *IGT* вино заправо стоно вино из Италије у смислу анекса I тач. 13 Уредбе бр. 1493/1999, које независно од порекла сме да се производи у држави чланици ЕУ. Исто важи и за бисер вино, које се према анексу I тач. 17 Уредбе 1493/1999 производи од стоног вина. Пошто ни чл. 51 Уредбе 1493/1999, ни чл. 28

квалитета вина у Италији је „*Denominazione di Origine Controllata e Garantita-DOCG*“. Ову ознаку носе вина са контролисаним и гарантованим пореклом.

7 *Indicazione Geografica Tipica – IGT*.

Уредбе 753/2002 не садржи нарочита правила, стоно вино сме и према чл. 38, ст. 3(1) Уредбе 753/2002 такође да се означи као бисер вино са додатком „порекло у Италији“, ако је грозђе расло у Италији. Осим тога, према новој Уредби 479/2009 бисер вино без географског податка сме да се продаје са податком о сорти грозђа *Prosecco* од кога је вино направљено.⁸ Из тога произилази да је производња *IGT* бисер вина дозвољена и ван Италије. Осим тога, тужилац је истакао и да се бисер вино од сорте грозђа *Prosecco* производи не само у региону Вене-то, у коме грозђе расте, него у целој Италији. По мишљењу тужиоца регионална ограничења производње вређају принцип слободе кретања робе у смислу чл. 23 ff Уговора ЕУ. Тужилац је такође скренуо пажњу и на чл. 2 Уредбе 510/2006, који ознаке порекла јасно не везује за место производње. Превара потрошача се, по мишљењу тужиоца, искључује обележавањем производа као бисер вино на чијој етикети стоји податак о произвођачу. У смислу наведеног тужилац је тужбом тражио да суд утврди да тужени није овлашћен да тужиоцу забрани стављање у промет бисер вина под ознаком „*Vino frizzante IGT*“, а које је произведено у Немачкој од италијанског стоног вина.

IV Ставови италијанске стране (одбрана туженог)

За разлику од тужиоца, тужени је сматрао да је стављање у промет бисер вина које производи тужилац под ознаком „*Vino frizzante IGT*“ недозвољена. У прилог таквој тврдњи, тужилац се позвао на чл. 28 Уредбе 753/2002 према коме је „*IGT*“ ознака географског порекла за стоно вино пореклом из Италије. То значи да је стављање ове ознаке на бисер вино произведено у Немачкој недозвољено, пошто се појам производња не односи само на пољопривредну производњу, него и на крајњи производ. У том смислу морала би постојати гаранција да крајњи производ одговара важећим италијанским прописима, што ипак немачки надлежни органи не би могли да контролишу.

Ограничење ознаке географског порекла „*IGT*“ на италијанске производе произилази и из навођења „*Indicazione Geografica Tipica*“ – *IGT* у анексу III Уредбе 753/2002 под рубрику италијански традиционални појмови у смислу чл. 28 ове Уредбе. У одговору на тужбу тужени се позвао и на нарочиту заштиту ознака географског порекла према чл. 22 ТРИПС-а, тако да се у том смислу може поставити питање да ли се ознака порекла може односити и на порекло додатка, када се крајњи производ производи било где. Тужени је такође указао и на дефиницију

8 Уредба 479/2009 ступила је на снагу 1. августа 2009. године. Ступањем на снагу ове Уредбе престала је да важи Уредба 1493/1999.

ознаке порекла из чл. 2 Уредбе 2081/92, као име предела, одређеног места и у изузетним случајевима земље, из ког производ потиче, и чији су квалитет или особине претежно или искључиво условљени географском средином која укључује природне и људске факторе и чија се производња, прерада и припрема у целини одвијају на ограниченом подручју. Појам ознака порекла из Уредбе 2081/92 може се односити и на винске производе. Из тога произилази да бисер вино има порекло у Италији ако се тамо припрема, производи и прерађује, што је случај само ако је вино тамо достигло стање спремно за флаширање. Ово ипак недостаје бисер вино које је произвео тужилац.

V Пресуда Управног суда

У напред описаном спору између Италије и Немачке око коришћења ознаке *Prosecco* за пенушаво вино надлежни Управни суд у Триру је на усменој расправи 23. априла 2009. године донео пресуду да тужена страна не може да забрани тужиоцу да под ознаком „*Vino frizzante IGT*“ ставља у промет бисер вино које је произведено у Немачкој од италијанског стоног вина. У образложењу пресуде Суд у Триру се позвао на чл. 49, ст. 1 Уредбе 1493/1999 и чл. 27, ст. 1 немачког Закона о вину. У смислу ових прописа, производи који не одговарају европским прописима, односно немачком Закону о вину не смеју да се ставе у промет, осим ако постоји оправдани изузетак у смислу чл. 27, ст. 2 Закона о вину. Суд је нашао да скраћеница „*IGT*“ на етикети вина које је тужилац произвео не вређа ове прописе, услед чега тужени не може да забрани стављање у промет таквог вина.

У образложењу своје пресуде Суд се позвао и на чл. 38 Уредбе 753/2002. Овај члан, у вези са наводима у анексу III, који садржи листу традиционалних појмова у смислу чл. 24 Уредбе, регулише да је „*indicazione geografica tipica – IGT*“ традиционални географски појам за вина из Италије у смислу чл. 28 Уредбе и да у односу на стоно вино које се означава као *IGT* вино са пореклом у Италији држава произвођач може да пропише строжије националне прописе за примену ових традиционалних појмова и о томе обавести Комисију. Даље, у чл. 38, ст. 3–5 изричито је предвиђено да државе чланице могу донети правила у односу на примену географских појмова. Такву могућност Италија није искористила.

У образложењу пресуде Суд се позвао и на чл. 38, ст. 3 Уредбе 753/2002. Овај пропис предвиђа да у вези са применом анекса VII одељак А(4) Уредбе 1493/1999 бисер вино које је произведено у ЕУ може да се означи једном географском ознаком и у том случају ознака бисер вина се састоји из а) појма „бисер вино“, б) имена географске области и

в) традиционалног специфичног појма. По уверењу Већа Суда у Триру из овога се може закључити да навођење скраћенице *IGT* за географску област могу задржати не само бисер вина која су произведена у тој области. Пошто европски законодавац у чл. 38, ст. 3 Уредбе 753/2002 циља само на бисер вина произведена у ЕУ и при чему је за квалитет бисер вина од значаја основно вино које је употребљено за његову производњу, овај пропис према мишљењу Већа Суда у Триру се може разумети само тако да се питање да ли постоји бисер вино са географским податком може одредити само према томе које је вино употребљено за његову производњу. Пошто је за производњу бисер вина тужилац употребио искључиво италијанско *IGT* стоно вино, примена скраћенице *IGT* на етикети бисер вина не може бити спорна.

Веће Суда у Триру, такође, није могло да се сложи са ставовима тужене стране да се код примене појма „*IGT*“ у производњи бисер вина мора водити рачуна о националном италијанском праву. У спорном случају релевантно је само то да ли је основно – *IGT* вино које је коришћено у производњи бисер вина произведено према италијанским прописима, што је кроз одговарајуће увозне папире и документовано. Производња крајњег производа у Немачкој мора да се обави према важећим немачким прописима.

Веће Суда у Триру се, такође, није могло сложити ни са позивом тужене на ТРИПС и Уредбу 2081/92. Ова Уредба, на шта је тужилац са правом указао, је престала да важи 30. марта 2006. године када је ступила на снагу нова Уредба 510/2006. Ова Уредба у чл. 2, ст. 1(а) и 1(б), као и у ст. 2 јасно истиче да ознака порекла као име предела, одређеног места или у изузетним случајевима земље, која служи за обележавање пољопривредног или прехрамбеног производа, није идентична са географском ознаком. Осим тога, Уредба 753/2002 познаје додуше појам „ознака порекла“ али га не доводи у везу са одредбама о примени географских ознака. Суд је нашао и да обележавање бисер вина које производи тужилац не вређа чл. 22 и чл. 23 ТРИПС-а. Овај споразум у чл. 22 дефинише географске ознаке као „ознаке које идентификују одређену робу пореклом са територије чланице, региона или локалитета са те територије, где се дати квалитет, реноме или друге карактеристике робе суштински могу приписати њеном географском пореклу“. Овај пропис не садржи, дакле, општу забрану коришћења географских ознака. Одредбе ТРИПС-а штите географске ознаке само кроз општу забрану преваре о географском пореклу и кроз забрану изазивања опасности замене или кроз општу забрану преваре промета.⁹ По мишљењу Суда опасност замене и преваре не постоји у датом случају, јер без обзира што

9 Roland Knaak, „Der Schutz geographischer Herkunftsangaben nach dem TRIPS-Abkommen“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil*, бр. 8–9/1995, стр. 642–647.

тужилац бисер вино производи у Немачкој, ово вино има италијанско порекло у смислу одговарајуће одредбе ТРИПС-а, пошто порекло, врста и квалитет вина коришћеног у производњи имају изузетан значај у оцени крајњег производа. У том смислу, помињање географског порекла италијанског вина које је коришћено у производњи вина у Немачкој није преварни податак о пореклу бисер вина. Осим тога, јасно истицање немачке ознаке „*Perlwein*“ (у преводу: бисер вино) на етикети искључује превару о месту производње вина.

Пресуда Суда у Триру, у корист произвођача вина у Немачкој, донета је 23. априла 2009. године. У међувремену, на иницијативу Италије у ЕУ је донета Уредба 1166/2009 за промену и исправљање Уредбе 606/2009 са одредбама за спровођење Уредбе 479/2008. Имајући у виду да је Уредба 1166/2009 донета 30. новембра 2009. године, са ретроактивним важењем од 1. августа 2009. године у наставку рада ћемо указати на њене најважније одредбе које доводе у питање примену пресуде Суда у Триру.

Уредба 1166/2009 у преамбули истиче разлоге доношења ове Уредбе. Тако у тачки 1 преамбуле истакнуто је да се у Уредби 606/2009 помиње заштићена ознака порекла „*Prosecco di Conegliano Valdobbiadene*“ и „*Montello e Colli Asolani*“. Ове ознаке се мењају, на основу италијанског Закона из 2009. године, у заштићене ознаке „*Prosecco*“, „*Conegliano Valdobbiadene – Prosecco*“, „*Colli Asolani – Prosecco*“ и „*Asolo – Prosecco*“. У истом Закону се сорта грожђа „*Prosecco*“ сада означава као „*Glera*“. Да не би дошло до замене између ознаке порекла „*Prosecco*“ и имена сорте грожђа „*Glera*“, у Уредби 606/2009 је ознака „*Prosecco*“ замењена ознаком „*Glera*“, када се мисли на сорту грожђа.¹⁰ Разлог доношења Уредбе 1166/2009 је и службено саопштење надлежних италијанских органа да се сорта грожђа „*Prosecco/Glera*“ не сме гајити у региону „*Trentino-Alto Adige*“. Из тог разлога у Уредби 606/2009 не би требало да се овај регион наводи као регион у коме сме да се гаји ова сорта грожђа.¹¹

После ступања на снагу Уредбе 1166/2009 анекс II Уредбе 606/2009 мења се и гласи:

1. „У делу Б, ст. 4(а) друга реченица се замењује следећим: „Међутим, ароматизовано квалитетно пенушаво вино може да се производи на традиционалан начин, користећи као састојак „*Cuvée*“ вина, добијена од грожђа сорте „*Glera*“ које је убрано у регионима „*Veneto*“ и „*Friuli-Venezia Giulia*“.¹² За заштиту ознаке „*Prosecco*“ на европском ни-

10 Видети преамбулу (тач. 2) Уредбе 1166/2009.

11 Видети преамбулу (тач. 3) Уредбе 1166/2009.

12 Видети чл. 1, тач. 1 Уредбе 1166/2009. „*Cuvée*“ означава купажирање, тј. мешање вина од исте или различитих сорти грожђа, вина из истих или различитих година или мешање вина из различитих танкова.

воу од значаја је и чл. 1, тач. 2(6) Уредбе 1166/2009 који гласи: „У параграфу 9(a) друга реченица се замењује следећим: Изузетно, ароматизовано, квалитетно пенушава вино са заштићеним географским пореклом може да се произведе, уз коришћење *Cuvée* вина добијених од грозђа сорте „*Glera*“ које је убрано у регионима са ознаком порекла „*Prosecco*“, „*Conegliano Valdobbiadene – Prosecco*“, „*Colli Asolani – Prosecco*“ и „*Asolo – Prosecco*.“ Тачка 3 истог члана гласи: „У прилогу 1, термин „*Glera*“ се убацује након термина „*Girò N*“ и брише се појам „*Prosecco*.“

Имајући у виду напред цитиране одредбе Уредбе 1166/2009 у Европској унији од 1. августа 2009. године није више дозвољено ставити на етикету флаше пенушаваг вина ознаку „*Prosecco*“ произведеног од сорте грозђа „*Glera*“ ван региона *DOC*, односно *DOCG* „*Prosecco*“.

VI Спор око хрватског вина „*Prošek*“

Prošek је далматинско десертно вино које се вековима производи сушењем грозђа на ветру, како би се концентрисао грозђани шећер. Вино се производи од више врста белог и црног грозђа. Током приступних преговора које је Хрватска водила у циљу уласка у ЕУ, упозорена је од стране Европске комисије да после уласка у ЕУ произвођачи вина „*Prošek*“ неће моћи под тим називом да стављају вино како на домаће, тако и на европско тржиште. Током ових преговора хрватско министарство пољопривреде је, међутим, тражило од Европске комисије да вино задржи назив и да се овај традиционални израз уврсти у Анекс XII Уредбе 607/2009. Као аргументе за то хрватско министарство је истакло да је назив „*prošek*“ према некин изворима у употреби још од 14. века, да се различито пише од италијанског *Prosecco* и да је хрватско вино потпуно другачије у односу на италијанско вино. Међутим, то није био довољан аргумент да се хрватским винарима дозволи да наставе да користе назив „*prošek*“ за вина после уласка Хрватске у ЕУ. Наиме, Европска комисија је истакла да би коришћење традиционалног израза прошек довело до високог ризика збуњивања потрошача, јер назив фонетски подсећа на заштићену ознаку порекла *Prosecco* која је заштићена у ЕУ.

После оваквог става Европске комисије хрватско министарство пољопривреде је позвало произвођаче далматинског десертног вина „*prošek*“ да своје пословање прилагоде новим прописима, јер после уласка Хрватке у ЕУ није више могуће користити тај назив. У новонасталој ситуацији хрватски винари су кренули у потрагу за новим именом, а међу предлозима су „*Vino Dalmato*“ и „*Dalmatinsko dezertno vino*“

За разлику од Хрватске која је изгубила спор око назива „*Prošek*“, Грци су у сличном спору са Италијом, такође око вина, успели да до-

кажу да на њиховом острву Санторини постоји традиција производње вина под именом *Vinsanto*. Данас се, дакле, исто име *Vinsanto* користи за италијанска вина из Тоскане и за грчка вина са острва Санторини.

VII Закључак

Сукоб држава чланица ЕУ у вези заштите ознака географског порекла бројних пољопривредних производа поприма из дана у дан све веће размере. У овом тренутку предмет највећих спорења је вино. Примера ради, спор између Мађарске и Словачке око назива вина „*Tokaj*“ започет је уласком обе државе у ЕУ, 1. маја 2004. године, и трајао је једну деценију. Европски суд правде донео је 13. фебруара 2014. године пресуду којом је одбио тужбу коју је Мађарска поднела против Словачке, а којом је тражила да се искључиво мађарским произвођачима вина призна право коришћења назива „*Tokaj*“ за вино.¹³ Пресуди Суда у Луксембургу претходила је жалба, коју је две године раније уложила Мађарска на одлуку истог Суда, којом је одбијен захтев Мађарске да се из електронског именика ЕУ, такозване Е – Бахусове листе уклони словачки назив вина еквивалентног њиховом. За разлику од сличног спора између Мађарске и Италије око назива „*Tokaj*“ за вино, који је решен у корист Мађарске закључењем споразума између Мађарске и ЕУ, што је Европски суд правде потврдио пресудом од 12. маја 2005. године,¹⁴ спор између Словачке и Мађарске није окончан. Наиме, ЕУ је 2011. године усвојила свеобухватну реформу у области производње вина. Од десет постављених захтева, државе у спору су испуниле само један: у Брисел су послале каталог својих винских производа, а не и најважније – опис, садржај и начин производње вина. Разлог за то је правило ЕУ, „ако нема заједничког виногорја, онда се не могу под истим именом производити вина са тог подручја“. У спорном случају заједничко виногорје не постоји, а под истим именом се производи вино пореклом из различитих држава. Дакле, недавном пресудом Европског суда правде није окончан спор између Мађарске и Словачке око назива вина „*Tokaj*“.

Са друге стране, у спору око назива „*Prosecco*“, који је анализиран у раду, видели смо како државе ЕУ штите своје називе као ознаке географског порекла и обезбеђују њихову заштиту у другим државама чланицама. Имајући у виду механизме заштите ознака географског порекла којима прибегавају државе чланице ЕУ, једно од питања, када је

13 Видети пресуду Европског суда правде у предмету C-31/13. Текст пресуде доступан је на адреси: <http://lexetius.com/2014,229>.

14 Видети пресуду Европског суда правде у предмету C-347/03. Текст пресуде доступан је на адреси: <http://dejure.de>.

реч о уласку Србије у ЕУ, је и питање заштите ознака географског порекла за српске прехранбене производе. Наиме, имајући у виду да је назив „*slivovice*“ заштићен у Немачкој и Чешкој, „*ajvar*“ у Словенији, а вино под називом „*Bermet*“ у Хрватској, Србију ће на путу уласка у ЕУ, између осталог, пратити проблеми у вези са заштитом пољопривредних и прехранбених производа са географским пореклом.

Sonja SPASOJEVIĆ, PhD

Assistant at the Faculty of Law University of Kragujevac

PROTECTION OF PROTECTED GEOGRAPHICAL INDICATION “PROSECCO” FOR SPARKLING WINES

Summary

The subject of this paper is protection of protected geographical indication of wine in the EU Legislation. Author first analyzes Administrative Court judgment in Trier in the dispute between Italy and Germany about the use of protected geographical indication of “Prosecco” for sparkling wines. According to the judgment of the Court, which was made in April 2009, it enables German wine makers to continue producing and selling their sparkling wine as “Vino Frizzante IGT” which was produced in Germany from the Italian table wine. After the analysis of this judgment author emphasizes the most important provisions of EU Regulation No 1166/2009, made several months after the publication the judgment of the Court in Trier which question its implementation. In the continuation of the paper, after the indications of dispute between Italy and Croatia over Croatian wine named “prošek”, author in final considerations highlights an increase in disputes between EU member states over protection of protected geographical indications, as well as mechanisms they use in order to protect it.

Key words: *geographical indications, designation of origin, sparkling wine, aerated sparkling wine.*

Гордана АЈНШПИЛЕР ПОПОВИЋ
судија Привредног апелационог суда

„НЕСТАНАК“ ПОВЕРИОЦА У ТОКУ СТЕЧАЈНОГ ПОСТУПКА

Резиме

Дужина трајања стечајног поступка и његова сложеност, као и непредвидљивост дешавања у току трајања стечаја, често доводе до „нестанка“ неког од поверилаца чије се оштраживање у наведеном поступку требало измирити. Од фазе поступка и начина односно разлога „нестанка“ повериоца зависи да ли ће се оштраживање уопште измирити и ком лицу.

Кључне речи: *стечај, поверилац, пријава оштраживања.*

I Циљ стечајног поступка

Циљ стечаја је најповољније колективно намирење стечајних повериоца остваривањем највеће могуће вредности стечајног дужника, односно његове имовине. Овај циљ је дефинисан чланом 2 Закона о стечају. Иако Закон о стечају познаје излучне повериоце, различне повериоце и стечајне повериоце, имајући у виду наведени циљ стечајног поступка, истим се посебно штите само стечајни повериоци, док се за преостале две категорије поверилаца обезбеђује положај у којем стечај не умањује права која имају.

Како су излучни повериоци лица која на основу стварних или личних права имају права да траже да се одређена ствар издвоји из стечајне

масе, то они заправо и нису повериоци у пуном смислу те речи, јер они немају потраживање према стечајном дужнику, већ само право да траже да се њихова ствар издвоји из масе и њима врати. Они тиме у суштини остварују својинску заштиту у специфичним условима у којима је њихова ствар пописана као део стечајне масе стечајног дужника.

Разлучни повериоци као лица која имају заложно право, законско право задржавања или право намирења на стварима и правима о којима се воде јавне књиге или регистри, имају право првенственог намирења из средстава остварених продајом имовине на којој су стекли то право. Управо наведено право првенственог намирења обезбеђује ове повериоце у остварењу својих потраживања, па стога они и имају посебан и Законом о стечају јасно дефинисан положај. Стога и циљ стечајног поступка није усмерен на њихову заштиту, већ само на заштиту стечајних поверилаца као поверилаца који на дан покретања стечајног поступка имају необезбеђена потраживања према стечајном дужнику и то тако што се цео поступак спроводи ради њиховог најповољнијег намирења.

Имајући у виду изнето, све одредбе које дефинишу стечајни поступак осим оних које су изричито усмерене на различне или излучне повериоце суштински су усмерене на заштиту необезбеђених – стечајних поверилаца и треба их тумачити у наведеном смислу.

II Поступак остварења права

Остварење права стечајних поверилаца условљено је њиховим поступањем по одредбама Закона о стечају, а што подразумева да је претпоставка за њихово намирење у стечају подношење уредне и благовремене пријаве потраживања. Повериоци заправо својство странке у поступку стичу тек подношењем пријаве потраживања у складу са Законом о стечају, па стога на основу члана 52 пре подношења пријаве потраживања могу да учествују у стечајном поступку само на начин и у обиму прописаном самим Законом. Пријаве потраживања поверилаца морају бити у складу са одредбама члана 111 Закона о стечају, односно Законом је изричито прописана њихова садржина, као и рок до којег се најкасније могу поднети. У случају да пријава садржи неке од недостатака, те да исти не буде отклоњен по налогу суда, као и у случају да пријава буде поднета по истеку рока од 120 дана од дана објављивања огласа о отварању стечајног поступка у „Службеном гласнику Републике Србије“, иста ће бити одбачена као неуредна односно неблаговремена. Правноснажношћу одлуке о одбачају пријаве, због сходне примене одредаба ЗПП (на основу члана 7 Закона о стечају), сматраће се да није

била ни поднета, па стога повериоци који су подносиоци неће имати статус повериоца односно странке у даљем стечајном поступку.

Уредне и благовремене пријаве биће предмет испитивања од стране стечајних органа. Стечајни управник ће се изјаснити о потраживању наведеном у пријави, тако што ће сходно члану 113 став 2 Закона утврдити основаност, обим и исплатни ред сваког потраживања и о томе сачинити листу признатих и оспорених потраживања у року од 40 дана од истека рока одређеног од стране стечајног судије за подношење пријава потраживања. По достави наведене листе стечајни судија ће исту објавити на огласној табли суда или ће на огласној табли суда истаћи обавештење, где се листа налази. Повериоцима чија су потраживања оспорена стечајни управник је дужан да изврши личну доставу обавештења, а на њихов захтев дужан је да поново прегледа њихову документацију са додатним доказима и потом коначно одлучи да ли ће признати или оспорити потраживање. Уколико промени своју првобитну одлуку дужан је да исправи листу потраживања. Коначна листа о свим потраживањима сачиниће се на испитном рочишту на коме и други повериоци могу оспорити потраживања чак иако их сам стечајни управник није оспорио. Потраживања ће се сматрати утврђеним ако нису оспорена од стране стечајног управника или од стране неког другог повериоца све до закључења испитног рочишта. Коначну листу потраживања ће усвојити стечајни судија по закључењу испитног рочишта, па ће донети и закључак о листи утврђених и оспорених потраживања. Поверилац оспореног потраживања закључком ће се упутити на парницу ради његовог утврђења. На парницу ће се упутити други поверилац који оспорава потраживање које није оспорио и сам стечајни управник, а ако се оспорава потраживање које је пријављено по основу извршне исправе, закључком ће се на парницу упутити стечајни управник који оспорава то потраживање. Лице које је упућено на парницу мора је покренути у року од 8 дана од пријема закључка, а уколико је парница била већ у току (па је прекинута због наступања правних последица стечаја), наставак се мора тражити у истом року. Пропуштање наведеног рока, за последицу има одбачај неблаговремено поднете тужбе или предлога за наставак поступка, што доводи до губитка статуса повериоца и до трајног губитка могућности остварења потраживања у стечају уколико се исти окончава банкротством.

Такав поверилац би само у случају да буде изгласан план реорганизације (у коме се тада неће наћи и његово потраживање, нити ће он моћи да гласа јер и нема статус повериоца), по обустави стечајног поступка, која би наступила као последица правоснажности решења којим се констатује да је усвојен план реорганизације, могао тужбом

да захтева остварење својих потраживања, јер подношење такве тужбе (због обуставе стечајног поступка) више не би било условљено пријавом потраживања, упутом на парницу, нити подношењем тужбе у року од 8 дана од пријема закључка.

Како је циљ сваког стечајног поступка намирење поверилаца, то ће паралелно са радњама потребним за утврђење свих потраживања, стечајни органи предузимати и радње уновчења имовине стечајног дужника, у циљу формирања деобне масе из које би се и извршило наведено намирење, а све сразмерно могућностима које зависе од односа висине потраживања и висине деобне масе. Деобну масу чине новчана средства стечајног дужника на дан отварања стечаја, новчана средства добијена настављањем започетих послова и средства остварена уновчењем ствари и права стечајног дужника, као и сва потраживања стечајног дужника наплаћена у току стечаја. Иако се деоба средстава према динамици прилива може вршити и пре и после главне деобе (кроз делимичну деобу, односно завршну деобу) највећи део средстава, а у многим случајевима и укупно добијена средства деле се кроз главну деобу односно по решењу о главној деоби.

Нацрт решења за главну деобу сачињава стечајни управник и доставља стечајном судији ради објављивања на огласној табли. Садржина наведеног решења је изричито прописана чланом 139 Закона о стечају, према којој нацрт мора садржати коначну листу свих потраживања, износ сваког потраживања, исплатни ред потраживања, износ стечајне масе који ће се расподелити стечајним повериоцима, као и проценат намирења стечајних поверилаца, начин расподеле вишка деобне масе, ако га има. Уколико одбор поверилаца или појединачни повериоци поднесу примедбе на наведени нацрт суд ће исте на рочишту размотрити, а потом донети решење о главној деоби. Уколико примедби на нацрт главне деобе нема, стечајни судија ће ван рочишта, у року од 15 дана од доставе нацрта донети решење о главној деоби. Жалбу на наведено решење могу изјавити стечајни управник и поверилац чије примедбе на нацрт нису прихваћене, као и стечајни управник и повериоци у случају да решење о главној деоби одступа од објављеног нацрта за главну деобу, као и због повреде раније стеченог права или погрешног обрачуна.

Намирење поверилаца које је крајњи циљ поступка спровешће се кроз извршење правноснажног решења о главној деоби, јер ће се тек тада и приступити деоби стечајне масе у циљу намирења. Закон дозвољава деобу стечајне масе и у случају делимичне правноснажности решења о главној деоби, у делу у коме је решење правноснажно. Пре правноснажности решења, деоби се може приступити уз претходну резервацију средстава потребних за остварење права подносиоца жалбе.

Имајући у виду описану процедуру утврђивања потраживања поверилаца и њиховог намирења према решењу о главној деоби евидентно је да се ради о веома дугом и сложеном процесу. Судска пракса је показала да се управо због дужине наведеног поступка, често догоди да у различитим фазама истог неки од стечајних поверилаца „нестане“ односно да престане да постоји или му престане својство повериоца, па се појавила потреба решавања наведеног проблема у ситуацијама које су различите по узроку, а самим тим доводе и до другачијих последица.

III „Нестанак“ повериоца пре подношења пријаве потраживања

Уколико је пре подношења пријаве дошло до престанка постојања правног лица које је поверилац услед промене правне форме, пријаву ће поднети правни следбеник првобитног повериоца уз доказе о следбеништву. Уколико је поверилац престао да постоји услед стечаја, па нема правног следбеника, пријаву потраживања може поднети лице које је сукцесор у праву на наплату конкретног потраживања, а то ће бити лице које је у оквиру стечаја повериоца стекло то потраживање.

Ако је поверилац правним послом – нпр. цесијом пренео своје потраживање на треће лице пре подношења пријаве, пријаву подноси нови поверилац уз доказе да је потраживање на њега пренето.

IV „Нестанак“ повериоца после подношења пријаве

Уколико после подношења пријаве од стране једног стечајног повериоца, а пре истека рока за подношење пријаве, дође до промене наведеног повериоца по пријављеном потраживању и то правним послом, на пример цесијом, уступилац би требало да повуче своју пријаву потраживања, а нови поверилац би морао пријавити потраживање у стечају свог дужника достављајући и доказе о свом основу стицања истог. Важно је имати у виду да промена повериоца не продужава у тој ситуацији, рок за подношење пријава, односно да за пријемника не тече нови рок од 120 дана од пријема потраживања. Нови поверилац потраживање мора пријавити у року који је важио за све повериоце. Како, у тој фази поступка, стечајни органи нису у складу са описаном процедуром већ одлучили о пријављеном потраживању по пријави уступилоца, потраживање би требало признати новом повериоцу (наравно уколико је исто основано и достављени су релевантни докази о уступању потраживања), а оспорити првобитном повериоцу (уколико он није и сам већ повукао пријаву потраживања после извршеног

уступања), јер у тренутку изјашњења о пријави подносилац исте више и није поверилац тог уступљеног потраживања.

Ако је поверилац после подношења пријаве промењен због извршене статусне промене, о истој ће само обавестити стечајног дужника и следбеник ће ступити на место подносиоца пријаве.

Ако је после подношења пријаве поверилац престао да постоји услед стечаја, као нови поверилац ће се појавити лице које је у току уновчења стечајне масе повериоца као стечајног дужника стекло ово потраживање, а то значи да ће ситуација бити једнака као да је у питању била уговорена цесија потраживања.

V „Нестанак“ повериоца после доношења закључка о потраживању

Уколико до цесије потраживања дође у каснијој фази поступка, када су се стечајни органи већ изјаснили о пријави првобитног повериоца, и то тако што су потраживање признали, нови поверилац је дужан да обавести стечајне органе о промени повериоца за признато потраживање, у ком ће случају они извршити замену поверилаца у погледу признатог потраживања.

Одредбом члана 436 Закона о облигационим односима је прописано да поверилац може уговором закљученим са трећим лицем пренети на овога своје потраживање, изузев оног чији је пренос забрањен законом или које је везано за личност повериоца или које се по својој природи противи преношењу на другога.

Чланом 438 истог закона је прописано да за пренос потраживања није потребан пристанак дужника али је уступилац дужан обавестити дужника о извршеном уступању јер по ставу 2 истог члана испуњење извршено уступцоу пре обавештења о уступању је пуноважно и ослобађа дужника обавезе, али само ако није знао за уступање, иначе обавеза остаје и он је дужан да је испуни пријемнику.

Чланом 440 Закона о облигационим односима је прописано да пријемник има према дужнику иста права која је уступилац имао према дужнику до уступања а ставом 2 истог члана да дужник може истаћи према пријемнику, поред приговора које има према њему, и оне приговоре које је могао истаћи уступцоу до часа када је сазнао за уступање.

Из цитираних одредби Закона о облигационим односима следи да уступилац може да уступи своја потраживања, да о томе мора да обавести дужника а пријемник има иста права која је имао уступилац према дужнику до момента уступања и да даном закључења уговора о цесији

престају сва уступичева права према дужнику и у целини прелазе на пријемника потраживања.

У односу на захтеве поверилаца из листе признатих потраживања, да се измени закључак и листа потраживања, тако што ће се уместо њих као нови повериоци означити повериоци којима су они уступили потраживање, кроз судску праксу је изнето становиште да такав захтев уступивоца – поверивоца који има закључак о признању потраживања треба сматрати обавештењем о извршеном преносу потраживања односно о промени поверивоца, насталој после доношења закључка о признању потраживања, односно по доношењу коначне листе потраживања. По наведеном обавештењу уступивоца не може се изменити поверилац у коначној листи, већ ће ову промену поверивоца, стечајни управник само имати у виду, јер од пријема обавештења неће смети да потраживање изврши првобитном повериоцу. Тако је у решењу Пвж. 707/13 од 20.9.2013. године изнето:

„Циљ одредбе члана 438 Закона о облигационим односима је, између осталог, и заштита дужника за случај да је своју обавезу измирио уступивоцу пре обавештења о преносу, односно уколико о истом није имао сазнања и закон прописује обавезу уступивоца да о преносу обавести дужника. Поступајући у складу са наведеном одредбом, жалилац је обавестио стечајног дужника о промени поверивоца. У таквој ситуацији није било основа да првостепени суд доноси решење којим одбија предлог за измену закључка, јер је обавештење само законска обавеза уступивоца и исто ће стечајни управник имати у виду приликом сачињавања нацрта за главну деобу.“

Последица која свакако наступа применом овог обавештења, према ЗОО је да стечајни дужник више не сме да испуни обавезу старом повериоцу који га је и обавестио о уступању. Корекцију података у погледу промене поверивоца у коначној листи, могао би и морао да тражи нови поверилац, јер само он за то има правни интерес с обзиром да ће тек после промене постати странка у том стечајном поступку.

Захтев новог поверивоца да се он унесе у листу признатих потраживања као поверилац уместо ранијег поверивоца који му је и уступио потраживање захтевао би оцену испуњености законских услова за промену поверивоца, и зависно од тога поступање стечајних органа, тако што би, уколико нађу да су испуњени услови за промену поверивоца, извршили корекцију података у коначној листи променом поверивоца за конкретно потраживање.

Ако је потраживање, међутим, оспорено и закључком првобитни поверилац упућен на парницу, а он потом то спорно потраживање уступи новом повериоцу, парницу би морао покренути нови повери-

лац, уколико није већ покренута до дана уступања, уз доказе да је њему пренето потраживање из закључка којим се исто оспорава првобитном повериоцу. У тој ситуацији доказ о преносу потраживања је истовремено и доказ о активnoj легитимацији новог повериоца за парницу за утврђење потраживања. Проблем је у кратком року од 8 дана у коме се наведена тужба може поднети, а који тече од дана када је поверилац који је пријавио потраживање примио закључак, а који рок би морао да поштује и нови поверилац, да му тужба не би била одбачена као неблаговремена. Уколико је првобитни поверилац цедирао спорно потраживање после подношења тужбе или захтева за наставак првобитног поступка (уколико је исти био у прекиду због наступања правних последица стечаја), проблем би се појавио и код примене одредаба ЗПП у тој парници, јер би промена повериоца условила промену тужиоца у наведеним парницама, а што је одредбама Закона о парничном поступку, којима се регулише могућност субјективног преиначења тужбе (члан 201 став 3 ЗПП) условљено сагласношћу туженог уколико се он већ упустио у расправљање. Иако нови поверилац неспорно није правни следбеник (универзални сукцесор) претходног повериоца односно тужиоца, када би се промена тужиоца могла сматрати уређењем тужбе, у наведеним ситуацијама он је следбеник у правима на остварење уступљеног потраживања, па би му стога требало у овим парницама омогућити да ступањем на место тужиоца оствари своја права.

Уколико ипак изостане сагласност туженог за наведену промену, а с обзиром да код субјективног преиначења тужбе нема могућности да суд без сагласности странака исто дозволи, процесно решење би се могло пронаћи само у одредбама члана 204 ЗПП. Чланом 204 ЗПП предвиђено је да ако странка отуђи ствар или право о коме тече парница то не спречава да се парница међу истим странкама доврши. Према ставу 3 истог члана у наведеном случају пресуда има дејство и у односу на стицаоца. Стога уколико не би било сагласности туженог да се промени странка на страни тужиоца, тако што ће нови поверилац ступити на место повериоца који му је уступио потраживање, покренута парница би се окончала између повериоца – уступиоца и стечајног дужника, а њено дејство би се протегло и на лице коме је потраживање пренето – новог повериоца. Наведено из разлога што је управо у току парнице отуђено право на наплату потраживања односно право на утврђење истог које је и било предмет спора.

Уколико је међутим, у наведеној фази поступка поверилац који је поднео пријаву, престао да постоји услед промене правне форме, на његово место би могао ступити његов правни следбеник (универзални сукцесор права и обавеза). У тој ситуацији не би смело да буде спорно да правни следбеник (уз доказе о следбеништву) замењују претход-

ног повериоца, односно у парници се не би ни тражила сагласност за субјективно преиначење тужбе на правног следбеника повериоца, јер би се то сматрало уређењем тужбе, а за које сагласност других парничних странака није потребна.

Уколико је међутим поверилац престао да постоји из разлога стечаја, а у смислу одредаба 468 Закона о привредним друштвима, односно брисањем из регистра привредних субјеката услед спроведеног поступка стечаја, у складу са законом а с обзиром да таква лица немају правног следбеника, као нови повериоци би се могла појавити лица која су у поступку уновчења имовине повериоца као стечајног дужника стекла то потраживање.

VI „Нестанак“ повериоца после главне деобе

Уколико би до описаних промена поверилаца дошло у фази када је већ донето решење о главној деоби, па један од поверилаца чије намирење је предвиђено наведеним решење престане да постоји, нешто су другачији предлози решења.

Тако уколико је лице престало да постоји, а има правног следбеника, при извршењу решења о главној деоби, исплата ће се извршити правном следбенику означеног повериоца из решења о главној деоби, уз достављене доказе о следбеништву.

Уколико, међутим, поверилац из решења о главној деоби, престане да постоји и нема правног следбеника, а после решења о главној деоби није пренето потраживање на треће лице, односно, суду се не јавља нови поверилац тог потраживања, средства која су била намењена за његово намирење, а у складу са решењем о главној деоби, поделиће се другим повериоцима решењем о накнадној деоби које ће у свему бити у складу са решењем о главној деоби.

Пракса је условила потребу разматрања и ситуација у којој би цесија потраживања била извршена од стране повериоца чије намирење је предвиђено по решењу о главној деоби, и то извршеном после доношења наведеног решења односно после правноснажности истог. Како правноснажно решење о главној деоби заправо представља извршну исправу, чије се извршење и спроводи у поступку исплате по наведеном решењу, то према становишту судске праксе цесија која је извршена после правноснажности наведеног решења, не може да доведе до промене самог решења на захтев новог повериоца, а извршење истог се мора извршити у складу са одредбама Закона о извршењу и обезбеђењу односно на начин који наведени Закон прописује у случају промене повериоца после доношења извршне исправе.

У пракси се као спорно питање појавило и како поступити са потраживањима повериоца који су престали да постоје применом правноснажних одлука донетих на основу одредби члана 150 до 154 Закона о стечају, а којима је према решењима о главној деоби и другим поступцима требало исплатити одређена новчана средства. Изузетно велики број „аутоматских“ стечајева који су спроведени по цитираним одредбама члана 150 до 154 Закона о стечају и које су за последицу имале закључење стечаја над стечајним дужницима, и њихово брисање из регистра привредних субјеката који се води код Агенције за привредне регистре, као и чињеница да су наведене одредбе одлуком Уставног суда Уз. 850/10 од 12.7.2012. године проглашене несагласним са Уставом, повећала је значај решења наведеног спорног питања.

Цитираним одредбама члана 150 до 154 Закона о стечају био је регулисан посебни поступак у случају дуготрајне неспособности плаћања, последице окончања наведеног поступка у односу на правно лице – стечајног дужника и његову имовину. Тако је у члану 153 Закона о стечају предвиђено да ће се решењем стечајног судије отворити стечајни поступак над дужником; утврдити испуњеност стечајног разлога трајније неспособности плаћања; утврдити да не постоји интерес поверилаца и стечајног дужника за спровођење стечаја; и закључити стечајни поступак. По члану 154 наведено решење се по правноснажности достављало надлежном органу који води регистар привредних субјеката односно други одговарајући регистар, а на основу којег је правно лице – стечајни дужник брисано из регистра. Имовина стечајног дужника прелази у својину Републике Србије чиме се не дира у раније стечена права обезбеђења и приоритетног намирења на предметној имовини. Република Србија не одговара за обавезе стечајног дужника. Према 3. ставу истог члана Република Србија може ступити уместо стечајног дужника у парницу која се води по његовој тужби за наплату потраживања или предају ствари, а имовином која је прешла у својину Републике Србије располаже се у складу са Законом којим се уређује управљање и располагање средствима у својини Републике Србије.

Да би се решило наведено спорно питање, а имајући у виду цитиране одредбе Закона које су сходно члану 60 Закона о Уставном суду, престале да се примењују по објављивању одлуке Уставног суда разматрано је неколико понуђених решења. Тако је као један од предлога одговора, разматран одговор:

„Према одредбама Закона о привредним друштвима, правно лице престаје да постоји када буде избрисано из надлежних регистра код Агенције за привредне регистре. Како су одредбе о „аутоматском стечају“ члан 150–154 Закона о стечају, биле основ за закључење поступка стечаја то су решења донета на основу наведених прописа

достављана Агенцији за привредне регистре да иста изврши брисање привредних субјеката над којима је отворен и закључен стечајни поступак. Брисањем привредних субјеката они су престали да постоје.

Привредни субјект који је престао брисањем из регистра привредних субјеката, услед закључења поступка стечаја над њим, нема правног следбеника.

Имајући у виду наведено, уколико је брисање привредног субјеката – повериоца, наступило пре доношења решења о главној деоби, суд је морао то имати у виду и стечајни управник је морао сачинити нови нацрт решења о главној деоби у коме не би више било повериоца који је престао да постоји брисањем из привредног регистра односно нацрт не би садржао предлог њиховог намирења.

Уколико је, међутим, брисање привредног субјекта из АПР-а уследило после доношења решења о главној деоби, а с обзиром да повериоца коме је предвиђена одређена исплата више нема нити он има следбеника, у време када се врши исплата по том решењу, стекли би се услови да средства која су требала бити исплаћена наведеном повериоцу буду накнадно подељена другим повериоцима из решења о главној деоби и у складу са истим решењем, а кроз накнадну деобу.

Међутим, наведеном треба приступити тек ако није, по Закону о Уставном суду, поднет захтев за измену решења којим се отвара и закључује стечајни поступак.“

Као друго понуђено решење разматрано је и мишљење:

„У случајевима кад је поверилац стечајног дужника пре главне деобе престао да постоји на основу правноснажних одлука донетих на основу члана 150–154 Закона о стечају, утврђено потраживање тог повериоца у поступку главне деобе треба исплатити имаоцима удела или акција стечајног повериоца на основу одредбе члана 147 Закона о стечају будући да је одлуком Уставног суда УС I Уз бр. 850/2010 од 12.7.2012. године утврђено да су одредбе члана 150–154 Закона о стечају неуставне, па на основу члана 60 став 2 Закона о Уставном суду у намирењу стечајних поверилаца у главној деоби није могуће применити неуставну одредбу члана 154 Закона о стечају.“

Понуђена решења би могла претрпети озбиљне критике.

Тако би се прво понуђеном одговору могло замерити да се заснива само на чињеници да је поверилац престао да постоји и да нема правног следбеника, али да нема у виду регулисано дејство „аутоматског стечаја“ (који је и био разлог његовог престанка), на правни режим његове имовине. Као предност наведеног решења указује се на његову правичност, јер се износ који је требало исплатити правном лицу које је престало

да постоји услед аутоматског стечаја, распоређује другим повериоцима који нису намирени, у стечају у коме је он био један од поверилаца.

Другом понуђеном решењу замера се што одговор даје као да је у питању ликвидациони вишак односно предвиђа да ће се власницима капитала лица које је престало да постоји исплатити оно што је наведеном лицу требало исплатити у стечају његовог дужника. Овде се нема у виду да је и наведени поверилац био инсолвентан што је и довело до његовог престанка постојања, па се неоправдано износ који би по редовном току ствари био исплаћен његовим повериоцима, да је исти примљен у стечају његовог дужника, исплатити власницима његовог капитала, док ће његови повериоци остати ненамирени у целости.

Имајући у виду понуђене предлоге решења и критике које се истима могу упутити, на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда одржаној 12.11. и 14.11.2013. године усвојено је ново решење које и није било предмет првобитног разматрања. Тако је према сада важећем одговору:

„Законом о стечају чланом 154 став 2, 3 и 4 је прописано да имовина стечајног дужника прелази у својину Републике Србије, чиме се не дира у раније стечена права обезбеђења и приоритетног намирења поверилаца на предметној имовини. Република Србија не одговара за обавезе стечајног дужника, при чему Република Србија може ступити уместо стечајног дужника у парницу која се води по његовој тужби за наплату потраживања или предају ствари, а имовином из става 2 овог члана управља се и располаже у складу са законом којим се уређује управљање и располагање средствима у својини Републике Србије. Ако у међувремену правоснажно решење којим је над стечајним повериоцем отворен и закључен стечај на основу члана 153 Закона о стечају није измењено на основу члана 61 став 2 Закона о уставном суду, правна дејства тог правоснажног решења се протежу и на имовину која је по решењу о главној деоби у стечају вођеном против дужника обрисаног повериоца, па у таквој ситуацији новчана средства по основу утврђеног потраживања обрисаног повериоца имају уплатити буџету Републике Србије, будући да и та средства чине део имовине повериоца, која су по самом закону још у време његове важности и примене прешла на имовину Републике Србије.“

Судска пракса кроз нове спорне ситуације ствара потребу за сталним решавањем истих, али и за сталним критичким освртом и преиспитивањем већ датих решења.

VII Закључак

Дужина трајања стечајног поступка и његова сложеност као и непредвидљивост дешавања у току трајања стечаја, често доводе до „не-станка“ неког од поверилаца чије се потраживање у наведеном поступку требало измирити. Од фазе поступка и начина односно разлога „не-станка“ повериоца зависи да ли ће се потраживање уопште измирити и ком лицу.

Gordana AJNŠPILER POPOVIĆ
Judge of the Commercial Court of Appeal

“DISAPPEARANCE” OF CREDITORS DURING THE BANKRUPTCY PROCEEDINGS

Summary

The duration of the bankruptcy proceedings and its complexity as well as the unpredictability of life events in the course of bankruptcy often leads to the “disappearance” of some of the creditors whose claims in that procedure should be settled. Whether the claim will be settled at all and to which of the creditors depends on the stage of the proceedings and the ways or reasons of the “disappearance” of the creditor.

Key words: *bankruptcy, creditor, filling a claim.*

Младен НИКОЛИЋ
судија Привредног апелационог суда

ПЛАН РЕОРГАНИЗАЦИЈЕ КАО ИЗВРШНА ИСПРАВА

Резиме

Реферат је посвећен плану реорганизације као извршној исправи и појединим питањима везаним за посебне карактеристике такве извршне исправе. Према Закону о стечају, стечај се сироводи банкротством или реорганизацијом. Усвојени план реорганизације који је потврђен од стечане стечајној судије, представља извршну исправу. Извршна исправа, даје овлашћење повериоцу да своје изражавање обухваћено планом реорганизације, намери и у извршном поступку, у обиму и на начин предвиђен планом реорганизације, у случају да дужник не поступи у складу и према условима из плана реорганизације. Извршни поступак се сироводи према правилима из Закона о извршењу и обезбеђењу, уз одређена условна ограничења која важе за повериоца и односе се на имовину из које ће бити намирено његово новчано изражавање.

У случају успешної добијања појединих изражавања поверилаца из унапред припремљеног плана реорганизације или у случају неопуштања стечајног дужника по плану реорганизације, што води отварању стечајног поступка и банкротству, план реорганизације губи својство извршне исправе, било у односу на изражавања која су успешно добијена било у целини. Уколико је сироведен извршни поступак намирењем извршног повериоца, стечајни дужник у случају губитка својства извршне исправе, има право да по правилима противизвршења тражи да му се врати све оно што је раније извршни поверилац добио у извршном поступку. У случају да је поверилац примио нешто у

йосџууку сїровођења йлана реорїанизације, сїечајни дужник након оїварана сїечајної йосџуука има йраво захїевайи йо йравилима сїицања без основа да му йоверилац врайи йримљено йо основу йлана реорїанизације.

Кључне речи: *сїечај, йлан реорїанизације, извршина исїрава, йоверилац, дужник, извршни йосџууак.*

I Уводно разматрање

Стечај дужника представља поступак који би могли да дефинишемо као „генерално“ извршење које се спроводи против таквог дужника. Претходно, дужник (у овом раду мислимо на привредно друштво) долази у такво финансијско стање, у коме обуставља плаћања.¹ Према одредбама Закона о стечају (*Службени йласник Рейублике Србије*, број 104/09) чл. 1 ст 2, стечај се у смислу тог закона спроводи банкротством или реорганизацијом. Оба начина спровођења стечаја имају за циљ најповољније колективно намирење стечајних поверилаца. Овде треба указати да различни повериоци, који имају право одвојеног намирења на имовини на којој су стекли различно право, нису у истој позицији као стечајни повериоци. Различни повериоци су привилеговани повериоци и намирују своје новчано потраживање из вредности имовине на којој су стекли различно право.

Закон о стечају 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. Реорганизација подразумева повољније намирење поверилаца у односу на банкротство.

Уколико повериоци стечајног дужника усвоје предложени план реорганизације у свим предвиђеним класама, на начин предвиђен Законом о стечају² и уколико стечајни судија по одржаном рочишту донесе решење којим потврђује усвојени план реорганизације, по прав-

1 „Стечајни разлог је финансијско стање дужника које представља повод за покретање и вођење стечајног поступка над његовом имовином. Стечајни поступак се покреће из разлога што дужник није у могућности да извршава своје уговорне и законске обавезе. Претпоставља се да се он налази у таквом финансијском стању на основу одређених спољашњих показатеља, од којих је најмаркантнији обустава и прекид плаћања.“ Михаило Велимировић, Владимир Чоловић, Слободан Спасић, Недељко Миливојевић, *Акџуелна йишања сїечајної йрава*, Бања Лука, 2008, стр. 29.

2 Видети одредбу члана 165 Закона о стечају.

носнажности тог решења стечајни поступак се обуставља, а план реорганизације стиче својство извршне исправе.³ Једна од последица потврђивања усвојеног плана реорганизације јесте, да повериоци своја потраживања остварују искључиво у складу и према условима из плана реорганизације.

У овом раду, даље, биће рећи о неким карактеристикама плана реорганизације, које произлазе из законског одређења, које му даје снагу извршне исправе. То значи, да се нећемо бавити питањима која се односе на план реорганизације из угла (искључиво) Закона о стечају.

Осим Закона о стечају, који усвојеном плану реорганизације потврђеном решењем (правноснажним) стечајног судије даје својство извршне исправе⁴ и Закон о извршењу и обезбеђењу (*Службени гласник Републике Србије*, број 31/11 и 99/11) предвиђа план реорганизације као извршну исправу.⁵ Можемо приметити да, када је законодавац у Закону о извршењу и обезбеђењу прописао да је извршна исправа и друга исправа која је законом одређена као извршна исправа, није морао посебно именовати и план реорганизације, обзиром да је он већ у Закону о стечају одређен као извршна исправа.

II Извршна исправа (појам – својства)

Извршна исправа даје овлашћење повериоцу потраживања из извршне исправе да то потраживање и оствари у извршном поступку, у складу и под условима прописаним Законом о извршењу и обезбеђењу. Један од неопходних услова за остварење потраживања из извршне исправе јесте и да је протекао рок, предвиђен извршном исправом, у коме је дужник морао испунити обавезу на начин и у обиму предвиђен изврш-

3 „Стечајни судија потврђује план, ако за њега гласа већина поверилаца. Са друге стране, мора постојати могућност да стечајни дужник извршава предложене облике реорганизације. Између плана реорганизације, као уговора и плана реорганизације као судског акта, одлучићемо се за први, обзиром да се о њему позитивно морају изјаснити сви наведени субјекти. План реорганизације није судски акт, иако стечајни судија, такође, води поступак реорганизације.“ М. Велимировић, В. Чоловић, С. Спасић, Н. Миливојевић, *нав. дело*, стр. 224 и 225.

4 Одредбом члана 167 став 1 Закона о стечају је прописано да, по доношењу решења о потврђивању усвајања плана реорганизације, сва потраживања и права поверилаца и других лица и обавезе стечајног дужника одређене планом реорганизације уређују се искључиво према условима из плана реорганизације. Усвојени план реорганизације је извршна исправа и сматра се новим уговором за измирење потраживања која су у њему наведена.

5 Одредбом члана 13 тачка 5 Закона о извршењу и обезбеђењу је прописано да је извршна исправа усвојен план реорганизације у стечајном поступку, чије је усвајање потврђено одлуком суда.

ном исправом. Да би извршна исправа била и подобна за извршење, у њој морају бити назначени извршни поверилац и извршни дужник, предмет, врста и обим испуњења обавезе.

План реорганизације, било да је реч о унапред припремљеном плану реорганизације⁶ или о плану поднетом после отварања стечајног поступка, садржи, између осталог, детаљну листу поверилаца подељених на класе, са њиховим потраживањима, висину новчаних износа или имовину која ће служити за потпуно или делимично намирење према класи поверилаца, укључујући обезбеђене и необезбеђене повериоце, али и рокове за извршење плана.⁷

Полазећи од императивне одредбе из члана 12 Закона о извршењу и обезбеђењу, да се извршење одређује на основу извршне исправе, а да за план реорганизације као извршну исправу није другачије одређено поменутиим законом, може се закључити, да повериоци оних класа за које је планом предвиђено да ће се приоритетно намиривати, имају законско овлашћење да у случају непоступања дужника у складу и према роковима из плана реорганизације, иницирају извршни поступак („индивидуално“ извршење против дужника).⁸ Наведено под условом, да се ови повериоци не служе правом, да поднесу предлог да се према дужнику покрене стечајни поступак, што би могло водити отварању стечајног поступка, а тиме и обустави спровођења плана реорганизације.⁹ Обустава спровођења плана реорганизације, има за правну последицу, укидање, односно стављање ван снаге извршне исправе. За овај рад, поменута ситуација, биће од значаја за евентуални поступак противизвршења.

Занимљиво је поменути повериоце, који нису обухваћени планом реорганизације, а њихово потраживање је настало пре усвајања плана. Ако је у питању унапред припремљени план реорганизације, он мора да садржи и одредбу да ће потраживања ових поверилаца (које није предвиђено планом) бити намирена на исти начин и под истим условима као и потраживања других поверилаца њихове класе (предвиђених пла-

6 Видети члан 156 и 158 Закона о стечају.

7 „План реорганизације је документ којим се постојеће обавезе стечајних дужника према стечајним повериоцима преуређују у нове обавезе, као и којим се дефинише будуће активности привредног друштва, а нарочито у погледу тога, како, када и у којој мери ће бити исплаћена дуговања доспела у прошлости.“ М. Велимировић, В. Чоловић, С. Спасић, Н. Миливојевић, *нав. дело*, стр. 258.

8 „Поред наведених материјалноправних дејстава, план реорганизације производи и процесноправне последице. Оне се исказују у праву свих поверилаца чија су потраживања обухваћена усвојеним планом реорганизације да траже његово принудно извршење.“ Драгиша Б. Слијепчевић, Слободан Спасић, *Коментар Закона о стечајном посредству*, Београд, 2006, стр. 473.

9 Видети одредбу члана 173 Закона о стечају.

ном). Имајући наведено у виду, могло би се закључити, на први поглед, да би и ови повериоци имали право да на основу плана реорганизације као извршне исправе остваре своје потраживање. Међутим, изгледа да није тако. Разлози за наведено мишљење су следећи.

Недостатак назначења назива односно имена повериоца али и врсте и обима обавезе, чини извршну исправу неподобном за извршење у односу на њих, а усвојени план реорганизације јесте извршна исправа и сматра се новим уговором за измирење оних потраживања која су у њему наведена.¹⁰

Стога је, код чињенице, да извршни суд, не може уподобљавати извршну исправу за извршење (осим у погледу рока за добровољно испуњење обавезе) крајња последица за повериоце који нису наведени у плану, јесте да своје потраживање не би могли остварити у извршном поступку, на основу плана реорганизације, у којем ти повериоци нису наведени, као ни њихова потраживања. Њима остаје, на располагању, да под условима из одредбе члана 173 Закона о стечају издејствују отварање стечајног поступка банкротством.

Питање извршности плана реорганизације, због његове правне природе, јер представља уговор поверилаца и дужника, треба посматрати као питање извршности поравнања. Ово стога, што по својој правној природи и поравнање представља уговор две или више страна, који се закључује пред судом у одговарајућем поступку. Због наведеног, план реорганизације је извршан у односу на потраживања поверилаца који иницирају извршни поступак (подносећи предлог за извршење), само у случају када је њихово потраживање доспело. Доспелост се доказује планом реорганизације, тј. оним делом којим су предвиђене класе поверилаца тј. њихов ред намирења, као и рокови извршења плана.

Полазећи од израженог становишта, да у односу на повериоце који су и чија су потраживања наведена у плану реорганизације исти представља перфектну (значи и подобну) извршну исправу, даља последица је обавеза извршног суда, да дозволи извршење под претпоставком да је поверилац поднео предлог у складу са одредбама Закона о извршењу и обезбеђењу.¹¹ Обавеза извршног суда произлази из императивне одредбе члана 8 Закона о извршењу и обезбеђењу, обзиром да је суд у складу са начелом формалног легалитета дужан да донесе решење о извршењу када су за то испуњени услови одређени законом.

Решење о извршењу, које је донето на основу плана реорганизације, доставља се извршном повериоцу и извршном дужнику (поверилац из

10 Видети одредбу члана 17 Закона о извршењу и обезбеђењу и члана 167 став 1 Закона о стечају.

11 Видети одредбу члана 35 Закона о извршењу и обезбеђењу.

плана реорганизације и стечајни дужник из плана реорганизације). Када је у питању новчано потраживање повериоца, онда он, првенствено, своје потраживање остварује на новчаним средствима дужника која су предвиђена за измирење обавеза, односно на имовини дужника која служи за намирење одређене класе поверилаца.¹²

На овом месту изнећемо мишљење, да, полазећи од специфичности плана реорганизације као извршне исправе, постоје одређена ограничења у односу на право повериоца које проистиче из Закона о извршењу и обезбеђењу. Иако се и повериоци који потраживање у извршном поступку остварују на основу плана реорганизације, у формално-процесном смислу налазе у истој позицији као и било који други повериоци, у материјалноправном смислу то није тако. Њихово право на остварење потраживања из плана реорганизације је у материјалноправном смислу ограничено извршном исправом – планом реорганизације, који по правној природи представља уговор за измирење потраживања.¹³ Уговорне стране су повериоци и стечајни дужник, а односи који су уређени према условима из плана, упућују повериоце да своја новчана потраживања намире првенствено из имовине која је планом за ту класу поверилаца предвиђена. У супротном, уколико би повериоци, мимо односа и услова уређених планом реорганизације, били слободни, да у складу са одредбом члана 19 Закона о извршењу и обезбеђењу, по свом нахођењу определе средство, односно предмет извршења, то би довело до нарушавања, управо оних односа и услова предвиђених планом реорганизације. Тиме би се створила ситуација, у којој би поверилац једне класе, своје потраживање намирио из имовине која је предвиђена за намирење неке друге класе поверилаца. То значи, да би даље било могуће да се извршење одреди на имовини на којој други повериоци, имају разлучно право, а да је планом реорганизације предвиђено да потраживање разлучних поверилаца доспева у другом року у односу на повериоца који је иницирао извршни поступак, а што има за последицу, да потраживања разлучних поверилаца (уобичајено се сврставају у једну класу) нису доспела.

Све горенаведено, по нашем мишљењу, важи у ситуацији да стечајни дужник, није супротно условима и односима који су одређени планом реорганизације, отуђио, или на неки други начин умањио имо-

12 Видети одредбу члана 156 став 1 тачка 4 Закона о стечају.

13 „Тако оверен – потврђен план реорганизације има правну снагу извршне исправе (сматра се новим уговором за измирење потраживања која су у њему наведена). То, најпре, има за последицу материјалноправно дејство да се сва потраживања и права свих поверилаца, као и других лица, према стечајном дужнику могу извршити на начин и под условима прописаним планом реорганизације.“ Д. Б. Слијепчевић, С. Спасић, *нав. дело*, стр. 472.

вину која је предвиђена за намирење једне класе поверилаца. У случају да је стечајни дужник отуђио имовину, која је била предвиђена за намирење једне класе поверилаца, а у коју је сврстан поверилац који је иницирао извршни поступак, сматрамо да би он био слободан, да предложи извршење ради намирења свог новчаног потраживања, и на другој имовини, пре свега на новчаним средствима дужника која се воде на рачуну код банке.

Решење о извршењу, које је донето на основу плана реорганизације као извршне исправе, извршни дужник може побијати приговором из свих разлога прописаних одредбама Закона о извршењу и обезбеђењу.¹⁴ Обавеза је извршног дужника да уз приговор приложи све доказе којим потврђује чињенице на којима заснива разлоге за приговор. О основности приговора, може одлучити судија појединац, који је донео решење о извршењу и који води поступак извршења у првом степену, а ако он не одлучи о приговору, одлуку о приговору донеће веће од троје судија истог првостепеног суда. Посебно треба указати, да је право извршног дужника, да у приговору, као разлог побијања решења о извршењу, истакне да је извршење одређено на стварима и правима, која су планом реорганизације, предвиђена за намирење поверилаца неке друге класе, а не класе којој припада поверилац по чијем је предлогу инициран извршни поступак. Овакво становиште, за које смо раније у овом раду изнели аргументе, оправдава и одредба члана 42 Закона о извршењу и обезбеђењу, према којој се приговор на решење о извршењу може поднети из разлога које спречава извршење, међу којима је и разлог: „да је извршење одређено на стварима и правима на којима је могућност извршења ограничена.“ У овом случају могућност извршења није ограничена одредбама Закона о извршењу и обезбеђењу, али је ограничена планом реорганизације, који представља уговор поверилаца и дужника у материјалноправном смислу, при чему Закон о стечају упућује, да се потраживања остварују у складу са планом реорганизације.

Осим извршног дужника, приговор у извршном поступку, може поднети и треће лице у ситуацији, када је извршење одређено на неком предмету извршења, за који треће лице сматра да на њему има право које спречава извршење. То је такозвани излучни приговор и може се поднети све до окончања извршног поступка.

Закон о извршењу и обезбеђењу искључује било какву могућност одлагања извршења и због тога се може десити, да због пропуста суда или извршног дужника, у неким случајевима, када је извршна исправа, план реорганизације, наступе штетне последице, пре свега у односу на повериоце из других класа који су предвиђени планом. Стога је

14 Видети одредбу члана 42 Закона о извршењу и обезбеђењу.

потребна посебна пажња, коју суд мора уложити у оним случајевима када се извршење предлаже на основу плана реорганизације. У том смислу потребно је да се суд пажљиво упозна са садржином целог плана реорганизације. Ово посебно важи за доспелост потраживања конкрет-ног повериоца који предлаже извршење, јер потраживања обухваћена планом доспевају у различито време и различито према појединим класама. Од наведеног зависи извршност плана реорганизације. Такође исто важи и за имовину којој се предлаже извршење, јер је планом реорганизације, по правилу, предвиђено из које ће се имовине намири-вати поједине класе поверилаца.

Уколико су испуњени сви услови, да се извршење дозволи (одре-ди), након што суд донесе решење о извршењу, извршење ће се спрово-дити по правилима Закона о извршењу и обезбеђењу, од стране суда или извршитеља, у зависности од предлога извршног повериоца. За сам поступак спровођења извршења, важе правила која су одредбама Зако-на о извршењу и обезбеђењу прописана за поједина средства извршења (у зависности како је то назначио извршни поверилац) и у том погледу нема никакве разлике у односу на извршење које се спроводи на основу неких других извршних исправа.

III Побиање плана реорганизације

Иако план реорганизације има одређених сличности са судским поравнањем, ипак постоје и значајне разлике. Иако и једно и друго представљају по својој правној природи уговор, који се закључује у по-ступку пред судом, ипак, у случају плана реорганизације, повериоцима који имају мањинско учешће у висини потраживања према стечајном дужнику, намеће се воља поверилаца који имају обичну већину у укупном потраживању. Код поравнања, до закључења истог, долази сагласношћу воља свих страна тј. поверилаца и дужника. Поравнање је закључено када странке потпишу записник о поравнању пред судом и он већ тада стиче својство извршне исправе (доспелост потраживања из поравнања наступа углавном доцније), а план реорганизације након усвајања, мора бити потврђен и одлуком стечајног судије који он до-носи у форми решења. На решење се може изјавити жалба, на коју пре свих имају право повериоци, а о жалби одлучује Привредни апелацио-ни суд.

Док се судско поравнање (као извршна исправа) може побиајати тужбом, у складу са одредбама Закона о парничном поступку (*Службени иласник Републике Србије*, број 72/11) чл. 339, план реорганизације, као извршна исправа не може се побиајати тужбом. Тужбом се може побиајати

неко или нека од потраживања обухваћеним планом реорганизације, ако је у питању унапред припремљени план реорганизације и ако је реч о непостојећем потраживању или потраживању у износу који је већи од стварно постојећег потраживања. Тужбу у овом случају могу да поднесу дужник, повериоци обухваћени планом, као и повериоци који нису обухваћени планом, а чија су потраживања настала пре усвајања плана реорганизације. Рок за подношење тужбе је једна година од дана доношења решења којим се потврђује усвајање унапред припремљеног плана реорганизације. Треба истаћи, да се на овакву тужбу и дејства оспоравања појединих потраживања сходно примењују одредбе Закона о стечају о предузимању радњи побијања и дејству побијања.¹⁵ За нашу тему, пре свега је значајно, да дужник (али и други повериоци) под наведеним условима, може побијати потраживање повериоца који је иницирао извршни поступак подношењем предлога за извршење, на основу унапред припремљеног плана реорганизације као извршне исправе.

Треба одмах приметити, да, када су у питању потраживање из плана реорганизације, који је поднет после отварања стечајног поступка, а касније и усвојен, она не могу бити предмет побијања на горе описани начин. То једноставно Закон о стечају не предвиђа, а чини нам се, да је законодавац, могао да предвиди, под истим условима и побијање појединих потраживања из плана реорганизације који је поднет после отварања стечајног поступка.

Ипак, план реорганизације, укључујући и унапред припремљени план реорганизације, може изгубити својство извршне исправе у ситуацији, када је издејствован на преваран или незаконит начин или када дужник не поступа по плану или поступа супротно плану, а тиме се битно угрожава спровођење плана реорганизације. Под условима из Закона о стечају,¹⁶ стечајни судија ће донети решење о отварању стечајног поступка, што даље, по правилу води банкротству стечајног дужника, а као правна последица наведеног, долази до обустављања спровођења плана реорганизације, односно план реорганизације, губи својство извршне исправе.

Какве су последице, у наведеним случајевима, на евентуално започете извршне поступке, који су иницирани на основу плана реорганизације, није тешко закључити.

Извршни поступак који је започет обуставља се по службеној дужности или на предлог странке.¹⁷ Одлуком коју суд, по нашем мишљењу доноси у облику решења, укидају се и све спроведене извршне радње,

15 Видети одредбе члана 119–130 Закона о стечају.

16 Видети одредбе члана 173 Закона о стечају.

17 Видети одредбу члана 76 став 1 тачка 1 Закона о извршењу и обезбеђењу.

осим оних којима се дира у стечена права трећих лица. У нарави, то значи да ако је на пример извршење ради остварења новчаног потраживања извршног повериоца спроведено на покретним стварима, те је дошло до продаје ствари (купац је положио цену и преузео ствар) купцу, као трећем лицу у овом случају су заштићена права која је стекао на ствари.

Обустава извршења, у случају да је извршење спроведено и да је извршни поверилац намирен, има за последицу једну нову процесну и материјалноправну ситуацију, у којој извршни дужник (сада стечајни дужник) може тражити противизвршење. О томе ћемо нешто ближе навести у следећем делу овог рада.

IV Противизвршење и враћање примљеног

Уколико је извршна исправа, у овом случају план реорганизације, изгубио својство извршне исправе, или ако је решење о извршењу које је донето на основу плана реорганизације правноснажно укинато, осим што се мења дотадашњи материјалноправни однос, извршни дужник и извршни поверилац замењују и места која су у процесном смислу имали у поступку извршења. Извршни дужник долази у позицију повериоца и предлогом за противизвршење које подноси суду захтева да му ранији извршни поверилац, а сада дужник врати оно што је извршењем добио. Суд ће у случају испуњености услова прописаних Законом о извршењу и обезбеђењу,¹⁸ донети решење о противизвршењу, у ком ће бити одређена и средства извршења која је назначио ранији извршни дужник, сада поверилац, те спровести извршење одређено решењем о противизвршењу. На описани начин стечајни дужник, у стечајну масу враћа новчана средства која је поверилац у извршном поступку вођеном на основу плана реорганизације као извршне исправе, наплатио.

Могућа је и другачија ситуација. Могуће је да у стечају који се спроводи реорганизацијом, у поступку извршења плана реорганизације, поверилац или више њих приме на име свог потраживања одређена новчана средства у складу са планом реорганизације. Уколико би стечајни дужник или неко од других поверилаца успешно у парници оспорио тј. побио потраживање повериоца који је одређена средства добио на основу спровођења унапред припремљеног плана реорганизације или уколико би се због, на пример, непоступања по плану реорганизације отворио стечајни поступак и одредило банкротство, тада би стечајни дужник у парничном поступку, по правилима која важе за стицање без основа, тужбом захтевао враћање примљеног износа. У овом случају је

18 Видети одредбе члана 78 и 79 Закона о извршењу и обезбеђењу.

основ по коме је поверилац примио новчани износ, накнадно отпао, те су у материјалноправном смислу испуњени услови из Закона о облигационим односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/03), садржани у члану 210 став 2.

V Закључно разматрање

План реорганизације усвојен од стране поверилаца у поступку стечаја над стечајним дужником, који решењем (правноснажним) потврди стечајни судија, представља извршну исправу. Својство извршне исправе дају му законска одређења из члана 167 став 1 Закона о стечају и члана 13 тачка 5 Закона о извршењу и обезбеђењу. План реорганизације обавезује дужника, да у стечају који се спроводи реорганизацијом, у поступку извршења плана, у роковима, обиму и на начин предвиђен планом намирује потраживања поверилаца, по редоследу како су разврстани у класама. Уколико се план реорганизације уредно извршава и буду испуњене све обавезе предвиђене планом (пре истека рока спровођења или закључно са истеком ток рока) престају потраживања поверилаца утврђена планом. У супротном, непоступање стечајног дужника по плану реорганизације, отвара две могућности повериоцима.

Повериоци обухваћени планом реорганизације, као и повериоци чија су потраживања настала пре усвајања плана, а нису обухваћени планом могу поднети предлог за покретање стечајног поступка. Стечајни судија, поступајући по овом предлогу, може донети решење о отварању стечајног поступка што даље по правилу доводи до банкротства стечајног дужника. У овом случају план реорганизације који је претходно усвојен и потврђен, губи својство извршне исправе и сва своја права повериоци остварују у поступку стечаја, у коме ће евентуално (у зависности ком исплатном реду припадају), у одређеном износу бити намирени из износа који се добије уновчењем имовине стечајног дужника.

Друга могућност је да повериоци чија су потраживања обухваћена планом реорганизације, о доспелости свог потраживања (тј. непоступања по плану реорганизације у року предвиђеним планом за та потраживања и ту класу поверилаца) иницирају, предлогом, пред надлежним судом извршни поступак. Поступак извршења спроводи се по правилима Закона о извршењу и обезбеђењу предвиђеним за извршење на основу извршне исправе.

Оно што је по нашем мишљењу, специфично, када је у питању план реорганизације као извршна исправа, јесте да је поверилац у из-

бору начина извршења (средство и предмет извршења) ограничен, условима из плана реорганизације, јер је имовина која је предвиђена за намирење одређене класе поверилаца, имовина у односу на коју се може поднети предлог за извршење. На наведено упућује императивна одредба из члана 167 став 1 Закона о стечају да се „сва потраживања и права поверилаца и других лица и обавеза стечајног дужника одређене планом реорганизације уређују искључиво према условима из плана реорганизације. Усвојени план реорганизације је извршна исправа и сматра се новим уговором за измирење потраживања која су о њему наведена“. Поштујући цитирано законско одређење, поверилац може захтевати испуњење обавезе из плана о доспелости те обавезе, али само под условима из плана (уговора) и из имовине која је за ту обавезу планом (уговором) предвиђена. У супротном, обзиром да се стечај спроводи реорганизацијом, могло би доћи до нарушавања положаја и права поверилаца из других класа, када би се повериоци који су предложили извршење намирили из имовине предвиђене за намирење потраживања неке друге класе. У случају отуђења или умањења имовине, која је предвиђена за намирење повериоца тј. класе којој припада поверилац који је предложио извршење, чиме би стечајни дужник поступао супротно плану, извршни поверилац, би био слободан да предложи извршење, пре свега на новчаним средствима на рачуну стечајног дужника код банке или поднесе предлог за отварање стечајног поступка.

Mladen NIKOLIĆ
Judge of the Commercial Appellate Court

THE PLAN OF REORGANIZATION AS AN EXECUTIVE DOCUMENT

Summary

This essay is dedicated to the plan of reorganization as an executive document and some questions that have to do with specific characteristics of such executive document. According to the Law on Bankruptcy, the bankruptcy is conducted by insolvency or reorganization. The adopted plan of reorganization that has been confirmed by the bankruptcy judge represents an executive document. An executive document gives creditor the right to settle their claim, encompassed by the plan of reorganization, in the enforcement proceedings, in case the debtor does not act according to the reorganization plan. The enforce-

ment proceedings are conducted according to the rules of Law on Execution and Security, with certain limitations that are imposed on the creditor and that refer to the property which will be used to settle the claim.

In case of successful refutation of creditors' claims from the plan of reorganization that was prepared in advance or in case the bankruptcy debtor does not act according to the plan of reorganization, which leads to opening the bankruptcy proceedings and insolvency, the plan of reorganization stops being an executive document, either when it comes to successfully refuted claims, either as a whole. If the enforcement proceedings were conducted and the executive creditor's claim was settled, the bankruptcy debtor, in case the plan of reorganization stops being an executive document, has the right to demand that everything the executive debtor received in the enforcement proceedings be returned to him according to the rules of counter execution. In case the creditor received something during reorganization, the executive debtor, after opening the bankruptcy proceedings, has the right to demand that the creditor returns him everything he received, according to the rules of groundless enrichment, based on the plan of reorganization.

Key words: *bankruptcy, the plan of reorganization, executive document, creditor, debtor, enforcement proceedings.*

Ружа УРОШЕВИЋ
судија Управног суда

ПРАВО НА ПОРЕСКО ОСЛОБОЂЕЊЕ И НА РЕФУНДАЦИЈУ ПОРЕЗА НА ДОДАТУ ВРЕДНОСТ ПРИ КУПОВИНИ ПРВОГ СТАНА

Резиме

Почев од осмог јула 2007. године кувци који кувују први стан имају право на ослобођење од пореза на пренос айсолућних права, односно право на рефундацију већ плаћеног пореза на додату вредност, под условима прописаним законом. Обзиром да порески орјани и судови различито тумаче исцуненост појединих услова за пореско ослобођење, односно рефундацију пореза, у реферату су приказани ставови Пореске управе, Врховног суда Србије и Управног суда. Испрајавање Пореске управе на тумачењу да се својински удео на стану, односно стамбеној зради не може смањити станом, довело је до измене прописа у овој области. Изменом закона ускраћена су права кувцима свијинских удела да буду ослобођени пореза за површину стана за коју су ослобођени кувци који кувују цео стан, односно целу стамбену зраду.

Кључне речи: *кувац првог стана, пореско ослобођење, рефундација, порез на додату вредност.*

I Увод

Изменама и допунама Закона о порезима на имовину и Закона о порезу на додату вредност, које су ступиле на снагу 8. јула 2007. године, у порески систем Републике Србије унете су две веома значајне новине:

право на пореско ослобођење од пореза на пренос апсолутних права при куповини првог стана и право на рефундацију пореза на додату вредност за куповину првог стана. Примену ових прописа су пратиле озбиљне дилеме у погледу испуњености услова за остваривање права на ослобођење од пореза на пренос апсолутних права и на рефундацију плаћеног пореза на додату вредност. Становишта Пореске управе и суда – Врховног суда Србије и Управног суда, битно су се разликовала у погледу појединих услова, а посебно у погледу површине стана за коју се могу остварити наведене бенефиције, што је у коначном довело до нових измена и допуна наведених закона.

Иако је законодавац на врло сличан начин прописао услове за пореско ослобођење и услове за рефундацију пореза, постоје одређене специфичности које ће бити размотрене анализом примене ова два закона.

II Закон о порезима на имовину¹

Према одредби члана 23, став 1, тачка 1 у вези са чланом 24а, тачка 1 Закона о порезу на имовину (у даљем тексту: Закон) порез на пренос апсолутних права се плаћа на пренос уз накнаду права својине на непокретности, уколико се на тај пренос не плаћа порез на додату вредност у складу са законом којим се уређује порез на додату вредност. У одређеним случајевима, прописаним Законом, порез на пренос апсолутних права се не плаћа, односно прописана су пореска ослобођења. Једно од њих је ослобођење од пореза на пренос апсолутних права купца првог стана.

Одредбом члана 31а Закона прописано је да се „порез на пренос апсолутних права не плаћа на пренос права својине на стану или породичној стамбеној згради (у даљем тексту: стан), односно својинском уделу на стану или породичној стамбеној згради физичком лицу које купује први стан (у даљем тексту: купац првог стана), за површину која за купца првог стана износи од 40 м² и за чланове његовог породичног домаћинства који од 1. јула 2006. године нису имали у својини, односно сусвојини стан на територији Републике Србије до 15 м² по сваком члану (у даљем тексту: одговарајући стан), под условом да:

- 1) је купац првог стана пунолетни држављанин Републике Србије, са пребивалиштем на територији Републике Србије;

1 Закон о порезу на имовину (*Службени гласник РС*, бр. 26/2001, *Службени лист СРЈ*, бр. 42/2002 – одлука СУС и *Службени гласник РС*, бр. 80/2002, 80/2002 – др. закон, 135/2004, 61/2007, 5/2009, 101/2010, 24/2011, 78/2011, 57/2012 – одлука УС и 47/2013).

- 2) купац првог стана од 1. јула 2006. године до дана овере уговора о купопродаји на основу кога купац стиче први стан, није имао у својини, односно сусвојини стан на територији Републике Србије.

Ако купац првог стана купује својински удео на стану, право на пореско ослобођење из става 1 овог члана остварује се у сразмери са својинским уделом у односу на површину до 40 м², односно до 15 м².

Породичним домаћинством купца првог стана, у смислу става 1 овог члана, сматра се заједница живота, привређивања и трошења прихода купца првог стана, његовог супружника, купчеве деце, купчевих усвојеника, деце његовог супружника, усвојеника његовог супружника, купчевих родитеља, његових усвојитеља, родитеља његовог супружника, усвојитеља купчевог супружника, са истим пребивалиштем као купац првог стана.

Ако је површина стана који купац првог стана купује већа од површине одговарајућег стана из става 1 овог члана, порез се плаћа на пренос права својине на разлику површине купљеног и површине одговарајућег стана.“

Из наведене одредбе јасно произлазе услови које мора да испуни купац првог стана да би остварио право на пореско ослобођење, и то:

- да је држављанин Републике Србије;
- да је пунолетан;
- да има пребивалиште на територији Републике Србије;
- да од 1.7.2006. године, до дана овере уговора о купопродаји није имао у својини, односно сусвојини стан на територији Републике Србије.

Да би купац првог стана могао да оствари право на пореско ослобођење и за чланове породичног домаћинства, неопходно је да и они испуне одређене услове, и то:

- да су са купцем првог стана остварили заједницу живота, привређивања и трошења прихода, са истим пребивалиштем као купац првог стана, и
- да од 1.7.2006. године до дана овере уговора о купопродаји нису имали у својини, односно сусвојини стан на територији Републике Србије.

На први поглед се чини да је испуњеност ових услова једноставно доказивати и да у пракси нема спорних правних питања. Међутим, код утврђивања испуњености појединих од наведених услова јавили су се проблеми у пракси због различитих ставова органа управе и судова.

Опште је познато да се чињеница да је неко држављанин Републике Србије доказује уверењем о држављанству, издатим од стране надлежног органа управе. Проблеми су настали у случајевима када су матичне књиге са подручја одређених општина уништене, па је извршена обнова уписа чињенице држављанства после закључења уговора о купопродаји којим је неко лице стекло први стан. Пореска управа је била на становишту да то лице, чак и у случају када је стекло држављанство пореклом, не испуњава услове за ослобођење од пореза на пренос апсолутних права при куповини првог стана, сматрајући да у време закључења уговора није ни било држављанин Републике Србије. За разлику од Пореске управе, Управни суд је заузео потпуно супротан став у својој пресуди,² налазећи да обнова уписа чињенице држављанства због уништења матичних књига, не утиче на држављански статус лица које је држављанство стекло пореклом, те да се то лице сматра држављанином Републике Србије од дана рођења, дакле и у време закључења уговора о купопродаји првог стана. У прилог наведеном је и мишљење Министарства унутрашњих послова Републике Србије – Дирекције полиције – Управе за управне послове, према коме „именовани је стекао држављанство Републике Србије пореклом и држављанином Републике Србије се може сматрати од дана рођења. Околност да су матичне књиге уништене и да је лице у току 2008. године обновило упис чињенице држављанства Републике Србије, не утиче да држављански статус именованог.“³

Чињеницу да је, односно да купац првог стана није пунолетан није тешко доказати. Спорови су настали поводом различитог тумачења у ком моменту се цени ова околност, обзиром на протек времена од сачињавања уговора о купопродаји до закључења тог уговора, односно до евентуалног закључења анекса уговора и на крају до подношења захтева за остваривање права на ослобођење од пореза на пренос апсолутних права. Пореска управа и Управни суд су у погледу испуњености овог услова имали јединствен став да купац првог стана мора бити пунолетан у време закључења уговора о купопродаји (а то је дан овере уговора пред судом), да би био ослобођен пореза на пренос апсолутних права.

У погледу доказивања чињенице пребивалишта купца првог стана на територији Републике Србије, до сада није било недоумица нити спорова, али се спорови настали код доказивања ове чињенице приликом утврђивања да ли неко лице чини породично домаћинство купца првог стана, у циљу признавања права на пореско ослобођење за сваког чла-

2 Пресуда Управног суда 9 У. 7467/12.

3 Мишљење Министарства унутрашњих послова 03/10 број 204-9254/2009 од 16.11.2009. године.

на породичног домаћинства. Пореска управа је сматрала да су чланови породичног домаћинства купца првог стана његов супружник, купчева деца, купчеви усвојеници, деца његовог супружника, усвојеници његовог супружника, купчеви родитељи, његови усвојитељи, родитељи његовог супружника, усвојитељи купчевог супружника, али само ако су са купцем остварили заједницу живота, привређивања и трошења прихода, и ако су са истим пребивалиштем као купац првог стана, при чему се као доказ о истом пребивалишту прихвата искључиво податак уписан у личну карту купца првог стана и члана његовог породичног домаћинства. Насупрот томе, Управни суд је у својој пресуди оценио да се овакав став Пореске управе не може прихватити као правилан, налазећи да се „питање члана породичног домаћинства мора утврђивати у сваком појединачном случају на основу извођења доказа од стране управних органа, да ли постоји заједница живота, привређивање и трошење прихода са купцем првог стана, што се не може вршити само на основу података из личне карте о месту пријављеног пребивалишта, већ и другим доказима који стоје на располагању органу и странкама у поступку којим се утврђује постојање или непостојање пореске обавезе, при чему се сваки доказ за себе и у заједници са осталим доказима цени да би се утврдило постојање овог услова.

Наиме, заједница живота, привређивања и трошења прихода чланова породичног домаћинства не може се утврђивати само на основу адресе пребивалишта унете у личној карти, већ извођењем и других доказа у проведеном управном поступку.⁴

Да утврђивање својства члана породичног домаћинства купца првог стана није увек једноставно, односно да међу странкама у управном спору може да буде веома спорно, указују и бројне одлуке Управног суда. У пресуди III-9 У 5151/2012 од 12.9.2013. године, Управни суд је изразио став да се не може сматрати чланом породичног домаћинства купца првог стана дете које у време закључења и овере купопродајног уговора није било рођено, док је у пресуди 23 У. 8424/12 од 10.1.2014. године, Управни суд закључио да се ванбрачни партнер не може изједначити са супружником као чланом породичног домаћинства купца првог стана.

Језичким тумачењем одредбе члана 31а, став 1, тачка 2 Закона, може се закључити да се право на пореско ослобођење може остварити само на основу уговора о купопродаји првог стана овереног после 8. јула 2007. године.

Међутим, уколико се има у виду да је циљ законодавца био да купца првог стана ослободи обавезе по основу пореза на пренос апсо-

4 Пресуда Управног суда 4 У. 3784/2010 (2008) од 9.9.2010. године.

лутног права, јер се уговором ова обавеза скоро увек преноси на купца, односно лице на које се преноси право својине, мишљења сам да би и у случају стицања права својине на стану по основу уговора о заједничком финансирању изградње стана, Пореска управа била дужна да стицаоца ослободи обавезе по основу пореза на пренос апсолутних права, уколико су испуњени и остали услови прописани за пореско ослобођење. Ово стога, што се према одредби чл. 9, ст. 1 Закона о пореском поступку и пореској администрацији⁵ пореске чињенице утврђују према њиховој економској суштини.

Код уговора о финансирању заједничке изградње објекта, закљученог између носиоца права коришћења на земљишту и лица које нема никакво право на земљишту на коме се објекат гради, само један од финансијера изградње објекта и то онај на чије име гласи одобрење за изградњу, постаје инвеститор и оригинарни стицалац права својине на изграђеној непокретности у целини. Друго лице, као финансијер изградње објекта, изводи своје право својине на идеалном или посебном делу зграде, сагласно висини учешћа у финансирању, од инвеститора на кога гласе грађевинска и употребна дозвола. Стога се, у овом случају, може говорити о деривативном начину стицања права својине на непокретности од стране суфинансијера-купца првог стана, с обзиром да суфинансијер изводи своје право својине из права инвеститора. С обзиром да се у овом случају врши пренос права својине, и то уз накнаду опредељену висином учешћа у заједничком финансирању и изградњи објекта, која може бити изражена у новцу, грађевинском материјалу, опреми и слично, мишљења сам да су и у овом случају испуњени законом прописани услови за ослобођење суфинансијера обавезе по основу пореза на пренос апсолутних права за куповину првог стана.

Ово посебно стога што је Пореска управа у таквим случајевима сматрала да се ради о купопродајном односу, односно да је лице на које се врши пренос права својине правно и фактички купац дела објекта у изградњи, које је унапред платило цену купљеног простора, чију градњу неспорно изводи инвеститор – продавац. Имајући у виду овакав став Пореске управе при утврђивању пореза на пренос апсолутних права на основу уговора о заједничком финансирању изградње објекта, мишљења сам да би било логично да се Пореска управа доследно придржава овог става и приликом утврђивања права на пореско ослобођење у случају преноса права својине стицаоцу првог стана, односно да пренос права својине на основу уговора о заједничком финансирању

5 Закон о пореском поступку и пореској администрацији (*Службени гласник РС*, бр. 50/2002, 84/2002 – испр., 23/2003 – испр., 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005 – др. закон, 62/2006 – др. закон, 63/2006 – испр. др. закона, 61/2007, 20/2009, 72/2009 – др. закон, 53/2010, 101/2011, 2/2012 – испр., 93/2012, 47/2013 и 108/2013).

изградње објеката третира, према економској суштини, као купопродају, а суфинансијера као купца првог стана, ако су испуњени остали Законом прописани услови.

Па ипак, највише спорова је у пракси изазвао став Пореске управе у погледу обима права на пореско ослобођење када купац купује идеални део стана.

Одредбама члана 31а Закона, које су биле на снази од увођења пореског ослобођења 8.7.2007. до измена и допуна Закона 30.5.2013. године, било је прописано да се порез на пренос апсолутних права не плаћа на пренос права својине на стану или породичној стамбеној згради, односно својинском уделу на стану или породичној стамбеној згради (у даљем тексту: стан) физичком лицу које купује први стан (у даљем тексту: купац првог стана), за површину која за купца првог стана износи до 40 м² и за чланове његовог породичног домаћинства који до 1. јула 2006. године нису имали у својини, односно сусвојини стан на територији Републике Србије до 15 м² по сваком члану (у даљем тексту: одговарајући стан)...

Дакле, из саме одредбе Закона експлицитно је произлазило шта се све сматра станом: стан, породична стамбена зграда, својински удео на стану и својински удео на стамбеној згради. И поред тога што се, у смислу овог Закона, под појмом стана подразумева и својински удео на стану или породичној стамбеној згради, Пореска управа је у својим одлукама поштовала мишљење Министарства финансија, према коме:

„Продавац, као порески обвезник, право на ослобођење од пореза на пренос апсолутних права из члана 31а и 31б Закона остварује на пренос права својине на стану купцу првог стана, ако су испуњени прописани услови, било да тај купац купује стан као целину или идеални део стана у ком случају обим права на ослобођење остварује у одговарајућој сразмери.

На пренос права својине купцу који за себе (а не и за чланове свог породичног домаћинства) купује 1/2 идеалног дела свог првог стана на територији Републике Србије по основу купопродајног уговора закљученог 11.1.2010. године, ако су испуњени прописани услови, право на ослобођење од пореза на пренос апсолутних права остварује се у сразмери у односу на сусвојински део који купује, што код куповине стана чија је укупна површина 59 м² значи за површину од 20 м² (1/2 од 40 м²), док се на 9,5 м² (односно на разлику површине идеалног дела купљеног и површине сразмерног дела 1/2 одговарајућег стана) плаћа порез на пренос апсолутних права.“⁶

6 Мишљење Министарства финансија број 430-03-0014/2010-04 од 3.2.2010. године.

Како су Врховни суд Србије, а од 1.1.2010. године и Управни суд, били на становишту да се право на пореско ослобођење остварује за површину до 40 м², независно од тога да ли је купац првог стана купио стамбени објекат, економски дељиву целину у оквиру тог објекта или сувласнички удео на тим добрима, сва решења Пореске управе чија је законитост оцењивана у управном спору, а у којима је изражен супротан став, су била поништена и предмети враћени на поновни поступак.

Будући да је Пореска управа и даље инсистирала на потпуно супротном становишту да се у случају куповине идеалног дела зграде или стана обим права на пореско ослобођење остварује у одговарајућој сразмери, дилема је морала бити разрешена изменама и допунама закона, које су уследиле 30.5.2013. године, када је ступио на снагу Закон о изменама и допунама Закона о порезима на имовину.⁷

У члану 24 тог закона, који је почео да се примењује са даном његовог ступања на снагу, извршена је измена члана 31а, став 1 тако што су после речи: „права својине на стану или породичној стамбеној згради“ додате речи: „(у даљем тексту: стан)“, а после речи: „својинском уделу на стану или породичној стамбеној згради“ речи: „(у даљем тексту: стан)“ су брисане. После става 1 додат је нови став 2 који гласи: „Ако купац првог стана купује својински удео на стану, право на пореско ослобођење из става 1 овог члана остварује се у сразмери са својинским уделом у односу на површину до 40 м², односно до 15 м².“

На овај начин је дефиниција појма „стан“ сужена у односу на раније решење, па се под „станом“ сматра само стан или породична стамбена зграда, за које се право на пореско ослобођење остварује у пуном износу (до 40 м², односно до 15 м²). Куповина својинског удела од стране купца првог стана, када се има у виду пореско ослобођење, сврстана је у посебну законску категорију, па се у том случају пореско ослобођење остварује сразмерно својинском уделу у односу на површину до 40 м², односно до 15 м².

Овај начин утврђивања пореске обавезе, односно пореског ослобођења примењује се на све случајеве у којима је пореска обавеза настала после 30.5.2013. године. У случају када је пореска обавеза настала у време важења овог закона даном сазнања надлежног пореског органа због тога што није пријављена у прописаним роковима, порез и пореско ослобођење се утврђује и плаћа применом закона којим се уређују порези на имовину који је био на снази у време када би пореска обавеза настала да је пријављена у прописаном року.

⁷ Закон о порезима на имовину (Службени гласник РС, бр. 47/2013).

III Закон о порезу на додату вредност⁸

Готово исто као и Закон о порезима на имовину, Закон о порезу на додату вредност у члану 56а прописује да „право на рефундацију ПДВ за куповину првог стана, на основу поднетог захтева, има физичко лице – пунолетни држављанин Републике, са пребивалиштем на територији Републике, који купује први стан (у даљем тексту: купац првог стана).

Купац првог стана може да оствари рефундацију ПДВ из става 1 овог члана, под следећим условима:

- 1) да од 1. јула 2006. године до дана овере уговора о купопродаји на основу којег стиче први стан није имао у својини, односно сусвојини стан на територији Републике;
- 2) да је уговорена цена стана са ПДВ у потпуности исплаћена продавцу уплатом на текући рачун продавца.

Право на рефундацију ПДВ из става 1 овог члана може се остварити за стан чија површина за купца првог стана износи до 40 м², а за чланове његовог породичног домаћинства до 15 м² по сваком члану који није имао у својини, односно сусвојини стан на територији Републике у периоду из става 2, тачка 1 овог члана, а за власнички удео у стану до површине сразмерне власничком уделу у односу на површину до 40 м², односно до 15 м².

Ако купац првог стана купује стан површине која је већа од површине за коју у складу са ставом 4 овог члана има право на рефундацију ПДВ, право на рефундацију ПДВ може да оствари до износа који одговара површини стана из става 4 овог члана.

Породичним домаћинством купца првог стана, у смислу става 4 овог члана, сматра се заједница живота, привређивања и трошења прихода купца првог стана, његовог супружника, купчеве деце, купчевих усвојеника, деце његовог супружника, усвојеника његовог супружника, купчевих родитеља, његових усвојитеља, родитеља његовог супружника, усвојитеља купчевог супружника, са истим пребивалиштем као купац првог стана...

...Надлежни порески орган, по спроведеном поступку, контроле испуњености услова за остваривање права на рефундацију ПДВ који морају да буду испуњени на дан овере уговора о купопродаји стана, осим услова из става 2, тачка 2, односно става 3 овог члана који мора да буде испуњен на дан подношења захтева за рефундацију ПДВ, доноси решење о рефундацији ПДВ купцу првог стана.“

⁸ Закон о порезу на додату вредност (Службени гласник РС, бр. 84/2004, 86/2004 – испр., 61/2005, 61/2007, 93/2012, 108/2013 и 6/2014 – усклађени дин. изн.).

Из цитираних одредаба закона произлази да се право на рефундацију плаћеног пореза на додату вредност за куповину првог стана остварује на основу захтева физичког лица – купца првог стана, који мора да испуни готово идентичне услове као и лице које тражи ослобођење од пореза на пренос апсолутних права, и то:

- да је држављанин Републике Србије;
- да је пунолетан;
- да има пребивалиште на територији Републике Србије;
- да од 1.7.2006. године до дана овере уговора о купопродаји на основу кога стиче први стан није имао у својини, односно сусвојини стан на територији Републике Србије.

Чланови породичног домаћинства купца првог стана такође морају да испуне одређене услове и то:

- да од 1.7.2006. године до дана овере уговора о купопродаји на основу кога се стиче први стан, нису имали у својини, односно у сусвојини стан на територији Републике Србије;
- да су са купцем првог стана остварили заједницу живота, при-вређивања и трошења прихода, са истим пребивалиштем као купац првог стана.

Будући да су наведени услови исти као услови за ослобођење од пореза на пренос апсолутних права, сматрам да их није потребно посебно анализирати, јер се правила и правни ставови који су установљени у примени Закона о порезима на имовину, примењују и у примени овог закона.

Међутим, и у примени овог закона уочене су одређене специфичности које се тичу пре свега обима права на рефундацију пореза на додату вредност код куповине својинског удела на стану, као и код Закона о порезима на имовину.

Наиме, одредбом члана 56а Закона о порезу на додату вредност која је била на снази од увођења права на рефундацију пореза на додату вредност 8.7.2007. до 29.9.2012. године, било је прописано да право на рефундацију пореза на додату вредност за куповину првог стана, на основу поднетог захтева, има физичко лице-пунолетни држављанин Републике, са пребивалиштем на територији Републике, који купује први стан (у даљем тексту: купац првог стана). Купац првог стана може да оствари рефундацију пореза на додату вредност из става 1 овог члана, под следећим условима:

- 1) да од 1. јула 2006. године до дана овере уговора о купопродаји на основу којег стиче први стан није имао у својини, односно сусвојини стан на територији Републике;

- 2) да је уговорена цена стана са порезом на додату вредност у потпуности исплаћена продавцу.

Према истој одредби закона право на рефундацију пореза на додату вредност може се остварити за стан чија површина за купца првог стана износи до 40 m^2 , а за чланове његовог породичног домаћинства до 15 m^2 по сваком члану који није имао у својини, односно сусвојини стан на територији Републике у периоду од 1. јула 2006. године до дана овере уговора. Ако купац првог стана купује стан површине која је већа од површине за коју у има право на рефундацију пореза на додату вредност, право на рефундацију пореза на додату вредност може да оствари до износа који одговара површини стана до 40 m^2 , а за чланове његовог породичног домаћинства до 15 m^2 по сваком члану.

Како законом није прецизно дефинисан појам стана, у пракси се јавило као спорно правно питање да ли куповина сувласничког удела на стану представља куповину стана, те да ли се право на рефундацију пореза на додату вредност може остварити за укупну површину до 40 m^2 и у односу на сувласнички удео или само сразмерно величини удела.

Пореска управа је била на становишту да се право на рефундацију пореза на додату вредност може остварити у односу на површину до 40 m^2 само сразмерно величини сувласничког удела. То значи да купац првог стана (уколико нема чланова породичног домаћинства који имају право на рефундацију пореза на додату вредност) који је купио $1/2$ стана површине 100 m^2 , може остварити право на рефундацију пореза на додату вредност за 20 m^2 , односно за $1/2$ од 40 m^2 .

Врховни суд Србије је био на другачијем-супротном становишту. Будући да је нашао да је појам стана, у смислу Закона о порезу на додату вредност, дефинисан Правилником о поступку остваривања права на повраћај пореза на додату вредност и о начину и поступку рефакције и рефундације пореза на додату вредност, према коме се становима сматрају стамбени објекти, економски дељиве целине у оквиру тих објеката, као и власнички удели на тим добрима, Врховни суд Србије је у својој пресуди изразио следећи правни став:

„Купац првог стана има право на рефундацију пореза на додату вредност за површину до 40 m^2 , независно од тога да ли је купио стамбени објекат, економски дељиву целину у оквиру тог објекта или сувласнички удео на тим добрима.“⁹

Овај правни став је преузео и Управни суд од свог оснивања, али га никада није прихватила Пореска управа. Резултат дугогодишњег различитог тумачења овог прописа је био велики број поништених одлука Пореске управе од стране Врховног суда Србије и Управног суда.

9 Пресуда Врховног суда Србије У. бр. 5524/2009 од 29.10.2009. године.

Да би се отклониле дилеме и решило спорно правно питање, донет је и 29.9.2012. године ступио на снагу Закон о изменама и допунама Закона о порезу на додату вредност. Чланом 45 тог Закона, који се примењује од 1.10.2012. године, извршене су одговарајуће измене члана 56а Закона о порезу на додату вредност и то тако што су у ставу 3, који постаје став 4, после речи: „тачка 1 овог члана“ додате речи „а за власнички удео на стану до површине сразмерне власничком уделу у односу на површину до 40 м², односно до 15 м²“.

Шта то значи?

То значи да се од 1.10.2012. године, право на рефундацију пореза на додату вредност, како за купца првог стана тако и за чланове његовог породичног домаћинства, утврђује сразмерно власничком уделу купца првог стана на стану. Наведено важи за све пореске обвезнике чија ја пореска обавеза настала после 1.10.2012. године.

Другу специфичност представља додатни услов за остваривање права на рефундацију пореза на додату вредност – да је уговорена цена стана са порезом на додату вредност у потпуности исплаћена продавцу уплатом на текући рачун продавца на дан подношења захтева.

У погледу испуњености овог услова Пореска управа је била на становишту да су испуњени услови за рефундацију пореза на додату вредност искључиво ако је уговорена купопродајна цена уплаћена од стране купца првог стана на текући рачун продавца, а не и ако је исплата уговорене купопродајне цене извршена на неки други, законом дозвољен начин (компензацијом, цесијом, преузимањем дуга и слично). Насупрот томе, Управни суд је у својој одлуци изразио другачији правни став, налазећи да из одредаба Закона о порезу на додату вредност не произлази ко све може да исплати продавцу уговорену вредност стана, већ да уговорена цена са порезом на додату вредност мора бити исплаћена у потпуности. У образложењу пресуде Управног суда је наведено:

„Из образложења оспореног решења и списка предмета произлази да је тужени орган нашао да је у потпуности првостепени орган поступио у складу са законским одредбама и на основу мишљења Министарства финансија Републике Србије број 413-00-2740/2009-04 од 30.12.2009. године. Ово са разлога што, имајући у виду да купац првог стана може да оствари право на рефундацију ПДВ-а ако је испунио законом прописане услове сходно одредби члана 56а став 2, тачка 1 и 2 Закона о порезу на додату вредност, у конкретном случају тужилац не испуњава основни услов прописан наведеном одредбом Закона, односно да подносилац захтева није исплатио уговорну цену стана са ПДВ-ом продавцу, већ лицу са којим продавац има закључен уговор о преузимању дуга. Стога је тужени нашао да је првостепени орган правилно закључио и одбио

тужиочев захтев за рефундацију плаћеног ПДВ-а, при куповини првог стана. Тужени је оценио неоснованим наводе тужиоца којим се оспорава ожалбено решење, имајући у виду да је неспорно утврђен податак који не спори ни тужилац, да је купопродајна цена стана продавцу исплаћена путем Уговора о цесији. Са свега наведеног, тужени орган је одбио жалбу као неосновану, применом члана 151, став 1 Закона о пореском поступку и пореској администрацији.

Управни суд налази да се основао тужбом указује на незаконитост решења туженог органа. Ово са разлога, што се тужени орган у одговору на тужбу, а ради појашњења, позива на Упутство за поступање организационих јединица Пореске управе у поступку рефундације ПДВ купцу првог стана, број 436-00061/2010-18 од 30.8.2010. године (тачка 10) – уколико купац није исплатио уговорну цену стана са ПДВ-ом продавцу, већ лицу са којим има закључен уговор о преузимању дуга, не може му се признати право на рефундацију ПДВ за први стан, а у том смислу је и мишљење туженог од 30.12.2009. године. Међутим, по налажењу суда, погрешно је позивање туженог органа на поменуто упутство, односно на примену мишљења од 30.12.2009. године за које је тужени у одговору на тужбу навео да је дато у смислу наведеног упутства, с обзиром на то да се подзаконским актом не могу мењати одредбе закона и да право тужиоца произлази из законске одредбе, а не из мишљења наведеног у образложењу оспореног решења. Осим тога одредба члана 56а став 2, тачка 2 Закона о порезу на додату вредност („Службени гласник РС“, бр. 84/04... 61/07), омогућава да купац првог стана може да оствари рефундацију ПДВ-а под условом да је уговорена цена стана са ПДВ-ом у потпуности исплаћена продавцу, из чега произлази да наведене одредбе не прописују ко све може продавцу да исплати уговорену цену стана са ПДВ-ом уколико је иста исплаћена у потпуности. Са свега наведеног, по налажењу суда тужени је учинио повреде правила поступка из члана 199, став 2 Закона о општем управном поступку („Службени лист СРЈ“, бр. 33/97 и 31/01 и „Службени гласник РС“, бр. 30/10), које је у поновном поступку дужан да отклони, а затим правилном применом прописа донесе нову на закону засновану одлуку“¹⁰.

IV Закључак

Из до сада изложеног произлази да купац првог стана на два различита начина може да буде ослобођен пореза по основу преноса права својине на стану, стамбеној згради или по основу преноса сувласничког удела на истима – ослобађањем од обавезе плаћања пореза на пре-

10 Пресуда Управног суда 6 У. 608/12 од 22.11.2012. године.

нос апсолутних права и рефундацијом већ плаћеног пореза на додату вредност. Међутим, понекад није једноставно утврдити да ли се у конкретном случају ради о предмету опорезивања порезом на пренос апсолутних права – за који је предвиђено пореско ослобођење купца првог стана од пореза, или о предмету опорезивања порезом на додату вредност – за који је предвиђено право купца првог стана на рефундацију плаћеног пореза на додату вредност.

Одлучујући по захтеву купца првог стана за рефундацију плаћеног пореза на додату вредност, Пореска управа је одбила захтев налазећи да у односу на стан који је предмет промета није извршен први пренос права располагања, већ да се у конкретном случају ради о другом преносу права својине на непокретности, односно да је реч о предмету опорезивања порезом на пренос апсолутних права. Ово стога, што је предметни стан припадао привредном друштву коме је била издата грађевинска и употребна дозвола за локацију на којој се стан налази. Уговором о одвајању уз оснивање, овај привредни субјект је извршио пренос дела своје имовине, као и предметног стана, на новоосновано привредно друштво. Налазећи да је оригинарно право својине на објекту имао носилац права коришћења грађевинског земљишта, односно субјект на кога гласе грађевинска и употребна дозвола, а да се као продавац јавља новоосновано привредно друштво, Пореска управа је оценила да купац првог стана не може да оствари право на рефундацију пореза на додату вредност, јер промет који је извршен куповином стана није први пренос права располагања на новоизграђеном објекту, односно промет предметног стана је у пореском режиму којим се опорезује пренос апсолутних права.

У поступку по тужби купца првог стана Управни суд је тужбу уважио и оспорено решење поништио, налазећи да је решењем Пореске управе повређен закон на штету тужиоца. У образложењу пресуде Управног суда је наведено:

„Наиме, пренос дела имовине једног привредног друштва, по основу статусне промене, не сматра се преносом имовине уз накнаду, обзиром да сагласно цитираним одредбама Закона о порезу на додату вредност и Правилника о утврђивању преноса целокупне или дела имовине, са или без накнаде, или као улог који се не сматра прометом добара и услуга у смислу Закона о порезу на додату вредност, привредно друштво стицалац, ступа у права и обавезе друштва преносиоца, а власник удела не стиче нова права нити накнаду за промет постојећих права, већ се само замењују постојећа права за уделе у друштву стицаоца, у истој економској вредности.

Код чињенице да се у списима предмета ове правне ствари налази Уговор о одвајању уз оснивање друштва са ограниченом одговорношћу,

закључен дана 20.12.2011. године, из чије садржине се може утврдити да је његов предмет одвајање дела имовине Привредног друштва „А“ д.о.о., друштва дељеника, уз смањење основног капитала и оснивање новог друштва са ограниченом одговорношћу и то Привредног друштва „А. Р. Е.“ д.о.о., на истој адреси, којим се врши пренос права и обавеза на друштво настало одвајањем, укључујући и део основног капитала, као и право својине на некретнинама, на начин предвиђен тим уговором, то се продаја стана тужиоцу не може сматрати другим прометом. Ово стога, што је предметни стан обухваћен као део имовине која се преноси на новоосновано друштво, због чега нема оствареног промета добара, који тужени орган сматра првим прометом.“¹¹

Ruža UROŠEVIĆ

Judge of the Administrative Court

THE RIGHT OF BUYERS OF THE FIRST APARTMENT ON EXEMPTION FROM TAX AND REFUND OF VAT

Summary

Starting from July 7, 2007 the buyers of first apartment are entitled to exemption from tax on transfer of absolute rights, or entitled to request a refund for previously paid value added tax, under the conditions prescribed by law. Due to the fact that tax authorities and courts have different interpretations of the fulfillment of certain conditions for tax exemption or tax refund, this study presents the legal opinions of the Tax Administration, the Serbian Supreme Court and the Administrative Court. The persistence of tax administration on the interpretation that the ownership share of the apartment or apartment building cannot be considered as apartment in terms of the law, has led to a change in legislation in this area. The new (amended) law denies the right of customers of ownership stake in apartment or apartment building to be exempt from tax for the apartment surface which is prescribed as an exception for customers who buy a whole apartment, or whole apartment building.

Key words: *the buyers of first apartment, tax exemption, tax refund, value added tax.*

11 Пресуда Управног суда 9 У. 12178/12 од 13.12.2013. године.

Весна ДАНИЛОВИЋ
судија Управног суда

ВАНБРАЧНИ ПАРТНЕР И РЕФУНДАЦИЈА ПОРЕЗА НА ДОДАТУ ВРЕДНОСТ

Резиме

Одредбама чл. 56а Закона о порезу на додату вредности (у даљем тексту: Закон о ПДВ или само: Закон)¹ прописани су услови и начин остваривања права на рефундацију пореза на додату вредности куйцу првој сћана. Сјавом 6 наведеној члана Закона дефинисано је породично домаћинство куйца првој сћана и назначен круї лица, коју у смислу ње одредбе чине породично домаћинство.

Код практичне примене ове одредбе Закона, поставило се питање да ли се куйцу првој сћана може признати рефундација пореза на додату вредности и за ванбрачној партнеру као члана куйчевој породичној домаћинству.

Пракса је, приликом одлучивања у ујравном поступку, односно, ујравном сјору, на ово питање дала нејасан одговор, што је, по мишљењу аутора, неприхватљиво и у сујројности са „принципима владавине права и социјалној правди, начелима грађанске демократије, људским и мањинским правима и слободама и припадности европским принципима и вредностима“² прописаним већ у начелима Устава Републике Србије (у даљем тексту: Устав РС или: Устав), као темеља правној поретку и владавине права државе Србије.

1 Закон о порезу на додату вредност (Службени гласник РС, бр. 61/07).

2 Устав Републике Србије (Службени гласник РС, бр. 98/2006), чл. 1.

Кључне речи: *йорез на годатиу вредности, рефундација, йородично домаћинство, ванбрачни йартинер, уйравни йосиууак, уйравни сйор, йравни йоредак, йраћанска демократија, евройски йринципи и вредности, владавина йрава.*

I Право на рефундацију ПДВ за куповину првог стана

1. Одредбе члана 56а Закона о ПДВ

Одредбама чл. 56а Закона о ПДВ прописано је да право на рефундацију ПДВ за куповину првог стана, на основу поднетог захтева, има физичко лице, пунолетни држављанини Републике, са пребивалиштем на територији Републике, који купују први стан (у даљем тексту: купац првог стана). Купац првог стана може да оствари рефундацију ПДВ из става 1 овог члана, под следећим условима: 1) да од јула 2006. године до дана овере уговора о купопродаји на основу којег стиче први стан није имао у својини, односно сусвојини стан на територији Републике: 2) да је уговорена цена стана са ПДВ у потпуности исплаћена продавцу уплатом на текући рачун продавца. Право на рефундацију ПДВ из става 1 овог члана може се остварити за стан чија површина за купца првог стана износи до 40м², а за чланове његовог породичног домаћинства до 15м² по сваком члану који није имао у својини, односно сусвојини стана на територији Републике у периоду из става 2 тачка 1 овог члана, а за власнички удео на стан до површине сразмерне власничком уделу у односу на површину до 40м², односно до 15м². Ако купац првог стана купује стан површине која је већа од површине за коју у складу са ставом 4 овог члана има право на рефундацију ПДВ, право на рефундацију ПДВ може да оствари до износа који одговара површини стана из става 4 овог члана. Породичним домаћинством купца првог стана, у смислу става 4 овог члана, сматра се заједница живота, привређивања и трошења прихода купца првог стана, његовог супружника, купчеве деце, купчевих усвојеника, деце његовог супружника, усвојеника његовог супружника, купчевих родитеља, његових усвојитеља, родитеља његовог супружника, усвојитеља купчевог супружника, са истим пребивалиштем као купац првог стана.

2. Пракса управних органа и Управног суда

Одлучујући о захтеву странке, купца првог стана, управни органи су оценили да треба одбити захтев за рефундацију (рефакцију) ПДВ за

ванбрачног партнера, са којим купац првог стана живи у вишегодишњој ванбрачној заједници, са којим остварује заједницу живота (у смислу чл. 16 Породичног закона),³ са којим има двоје деце и са којим живи у заједничком породичном домаћинству са истим пребивалиштем, у смислу ст. 6 чл. 56а Закона о ПДВ, и са којим је саговорник код закључења Уговора о стамбеном кредиту са банком, у ком уговору је дефинисан износ кредита, као и непокретност (стан) која се купује, а за чију куповину су корисници кредита (ванбрачни партнери) закључили наведени Уговор.

Управни суд је, одлучујући о тужби купца првог стана, коме је признато право на рефундацију ПДВ за површину од 40м² (тужиљи као купцу првог стана) и за једно дете као члана њеног породичног домаћинства – за додатних 15м² (у време подношења захтева за рефундацију још није било рођено друго дете ванбрачних партнера), али није признато право на рефундацију за ванбрачног партнера, иако су сви остали, одредбама чл. 56а Закона прописани услови, били испуњени на страни тужиље и иако би јој ово право било признато да је у питању супружник (односно, да су закључили брак) а не ванбрачни партнер – тужбу одбио, оцењујући да су управни органи у конкретном случају правилно протумачили и применили наведену одредбу Закона приликом одлучивања о тужилином захтеву за рефундацију ПДВ.

И управни органи и Управни суд су оценили да се, без обзира на изједначеност брачне и ванбрачне заједнице у смислу Породичног закона, као и чл. 62 Устава РС, на који се странка у својој жалби, односно тужби позвала, не може признати право на рефундацију ПДВ за ванбрачног партнера, без обзира на испуњеност осталих услова из чл. 56а Закона о ПДВ, будући да овај члан Закона наводи супружника (дакле, лице, које је са купцем првог стана склопило брак у смислу одредбе чл. 3 Породичног закона), а не наводи и ванбрачног партнера (који са купцем првог стана, у смислу чл. 4 Породичног закона, живи у ванбрачној заједници, као трајнијој заједници живота жене и мушкарца). Како је у чл. 56а Закона наведен круг лица за која се купцу првог стана признаје право на рефундацију ПДВ, то према израженом становишту нема места признавању овог права и ванбрачном партнеру, без обзира на остале испуњене Законом прописане услове.

3 Породични закон (Службени гласник РС, бр. 18/05, 72/11).

II Анализа релевантних норми и критички осврт на правно становиште управних органа и Управног суда изражено у одлукама по захтеву за рефундацију ПДВ у конкретном случају

Аутор је у конкретној ствари анализирао позитивне норме, које су, по његовом мишљењу, релевантне за правилно тумачење и примену института рефундације ПДВ у конкретном случају, будући да је сматрао да се, код одлучивања у овој правној ствари суд не може задржати на тумачењу и применити само одредбе чл. 56а Закона о ПДВ, чл. 3, чл. 4 Породичног закона и чл. 62 Устава РС, како су то учинили и управни органи.

1. Породични закон

Одредбом чл. 3 Породичног закона (у даљем тексту: Закон) прописано је да је брак законом уређена заједница живота жене и мушкарца, да се може склопити само на основу слободног пристанка будућих супружника и да су супружници равноправни.

Одредбом чл. 4 Закона прописано је да је ванбрачна заједница трајнија заједница живота жене и мушкарца, између којих нема брачних сметњи (ванбрачни партнери). Ванбрачни партнери имају права и дужности супружника под условима одређеним овим законом.

Одредбом чл. 15 Закона прописано је да брак склапају два лица различитог пола давањем изјаве воље пред матичарем.

Одредбом чл. 16 Закона прописано је да се брак склапа ради остваривања заједнице живота супружника.

Одредбама чл. од 25–29 Закона, у глави „Дејства брака“ прописана су, начелно, дејства брака, која се даље, кроз норме Закона, детаљније регулишу, али, између осталог, и издржавање, као и имовински односи супружника, која начела се, кроз норме, које их детаљније регулишу, примењују на исти начин и у истој мери и код ванбрачних партнера.

Одредбама чл. 151 Закона уређује се начин издржавања супружника, а одредбама чл. 152 уређује се издржавање ванбрачног партнера, при чему је на идентичан начин уређено који супружник, односно ванбрачни партнер има право на издржавање од другог супружника, односно другог ванбрачног партнера, с тим што одредба чл. 152 ст. 2 Закона прописује да на издржавање ванбрачног партнера сходно се примењују одредбе овог Закона о издржавању супружника.

Одредбама чл. од 168 до 190 Закона прописани су, односно уређени имовински односи супружника.

Одредбама чл. 191 Закона уређени су имовински односи ванбрачних партнера, при чему ст. 1 овог члана дефинише заједничку имовину ванбрачних партнера на идентичан начин као и заједничку имовину супружника, а ст. 2 овог члана приписано је да се на имовинске односе ванбрачних партнера сходно примењују одредбе овог Закона о имовинским односима супружника.

Одредбама чл. 195 Закона прописано је да имовина коју су заједно са супружницима односно ванбрачним партнерима стекли радом чланови њихове породице у току трајања заједнице живота у породичној заједници представља њихову заједничку имовину, да се члановима породице у смислу става 1 овог члана сматрају крвни, тазбински и адоптивни сродници супружника односно ванбрачних партнера који заједно са њиме живе, те да се на имовинске односе чланова породичне заједнице сходно примењују одредбе овог Закона о имовинским односима супружника, осим одредбе члана 176 став 2 (уписивање у јавни регистар) и члана 180 став 2 (претпоставка о једнаким уделитема).

Одредбом чл. 196 Закона прописано је да се на имовинске односе супружника, ванбрачних партнера, детета и родитеља, те чланова породичне заједнице који нису уређени овим законом, примењују одредбе Закона којим се уређују својинско-правни односи и Закона којим се уређују облигациони односи.

2. Одредба члана 56а Закона о ПДВ и Породични закон

Имајући у виду да је Породични закон дефинисао брак као законом уређену заједницу живота жене и мушкарца, а ванбрачну заједницу као трајнију заједницу живота жене и мушкарца, између којих нема брачних сметњи, те да ванбрачни партнери имају права и дужности супружника под условима одређеним овим законом, а наведени Закон при том у свему изједначава брак и ванбрачну заједницу (осим што посебно регулише начин склапања брака, услове за склапање брака (чл. 15–24), као и престанак брака (чл. 30–41), то даље произилази да је брак законом прописана форма, на коју су, својом слободном вољом, пристали будући супружници (закључењем брака пред надлежним органом), док код ванбрачних партнера, који, у складу са својом слободном вољом, живе у трајнијој заједници живота, без брачних сметњи, изостаје овај Законом прописани услов да би се тај однос назвао браком.

Међутим, суштина брачне заједнице, као и ванбрачне заједнице у смислу Породичног закона јесте у *заједници живота супружника (ванбрачних партнера)*, јер је одредбом чл. 16 овог Закона прописано да се брак склапа ради остваривања заједнице живота супружника, што је

од суштнског значаја, јер чл. 32 ст. 1 истог Закона прописује да је брак ништав ако није склопљен ради остваривања заједнице живота супружника.

Имајући у виду ове одредбе Закона, као и одредбу чл. 56а, ст. 4, 5 и 6 наведеног Закона о ПДВ, од значаја, код оцене испуњености услова за рефудацију ПДВ јесте *заједница живота* између супружника (ванбрачних партнера), посебно имајући у виду да се рефундација неће одобрити чак ни супружнику купца првог стана, уколико ове заједнице живота нема, дакле од суштнског је значаја постојање: *йородичној домаћинствва као заједнице живота, йривређивање и йрошење йрихода куйца йрвој сйана и њејвој суйружника, са истйим йребивалишем*. Стога, у ситуацији у којој купац првог стана, о чијем је захтеву (односно жалби и, потом, тужби) у конкретном случају одлучивано, са ванбрачним партнером живи у вишегодишњем заједничком породичном домаћинству, има исто пребивалиште, да са ванбрачним партнером има заједничку децу, да су обоје уговорне стране у Уговору о стамбеном кредиту, који су као корисници кредита за куповину конкретног (првог) стана закључили са банком, тумачење да се (у таквом случају) ванбрачни партнер не може изједначити са супружником, ставља у неједнак положај пред законом оне грађане, који, сходно праву на слободу да живе у складу са својим уверењима остварују заједницу живота у ванбрачној заједници, у односу на оне грађане који су, такође, изражавајући своје слободно уверење, одлучили да заједницу живота остварују кроз институцију брака и то без утемељења у позитивно-правним прописима државе Србије, која себе дефинише као демократску, односно „*државу срјској народа и свих йрађана који у њој живе, заснована на владавини йрава и социјалној йравди, начелима йрађанске демокрајије, људским и мањинским йравима и слободама и йриядностйи евројским йринцијйима и вредностйима*“.⁴

3. Устав Републике Србије

Аутор сматра да је тумачење и примена права, код одлучивања у конкретном случају, у супротности и са одредбама Устава РС, у који су интегрисане одредбе Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту: ЕКЉП)⁵ и међународни правни стандарди, које држава Србија прихвата као своје у признавању људских права и стварању услова за остваривање признатих права, па је одредбом чл. 3 ст. 1 Устава прописано да је владавина права основна претпоставка Устава и почива на неутуђивим људским правима.

4 Исто као под 2.

5 Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (Службени лист СЦГ – Међународни ујовори, бр. 9/2003).

Одредбом чл. 18 Устава прописано је да се људска и мањинска права зајемчена Уставом непосредно примењују, да се одредбе о људским и мањинским правима тумаче у корист унапређења вредности демократског друштва, сагласно важећим међународним стандардима људских и мањинских права, као и пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење.

Чланом 19 Устава прописано је да јемства неотуђивих људских и мањинских права у Уставу служе очувању људског достојанства и остварењу пуне слободе и једнакости сваког појединца у праведном, отвореном и демократском друштву заснованом на начелу владавине права, док је одредбама чл. 20 прописано да људска и мањинска права зајемчена Уставом могу бити ограничена ако ограничење допушта Устав, у сврхе ради којег га Устав допушта, у обиму неопходном да се уставна сврха ограничења задовољи у демократском друштву и без задирања у суштину зајемченог права. Достигнути ниво људских и мањинских права се не може смањивати, а при ограничавању људских и мањинских права, сви државни органи, а нарочито судови, дужни су да воде рачуна о суштини права које се ограничава, важности сврхе ограничења, природи и обиму ограничења, односу ограничења са сврхом ограничења и о томе да ли постоји начин да се сврха ограничења постигне мањим ограничењем права.

Одредбом чл. 21 Устава прописано је да су пред Уставом и законом сви једнаки, да свако има право на једнаку законску заштиту, без дискриминације, да је забрањена свака дискриминација, непосредна или посредна, по било ком основу, а нарочито по основу расе, пола, националне припадности, друштвеног порекла, рођења, вероисповести, политичког или другог уверења, имовног стања, културе, језика, старости, психичког или физичког инвалидитета. Не сматрају се дискриминацијом посебне мере које Република Србија може увести ради постављања пуне равноправности лица или групе лица која су суштински у неједнаком положају с осталим грађанима.

Одредбом чл. 23 Устава прописано је да људско достојанство је неприкосновено, да су сви дужни да га поштују и штите, да свако има право на слободан развој личности ако тиме не крши права других зајемчена Уставом.

Одредбом чл. 36 ст. 1 Устава прописано је да се јемчи једнака заштита права пред судовима и другим државним органима, имаоцима јавних овлашћења и органима Аутономне покрајине и јединица локалне самоуправе, док је одредбом чл. 43 ст. 1 прописано да се јемчи слобода мисли, савести, уверења и вероисповести, право да се остане при свом уверењу или вероисповести или да се они промене према сопственом избору.

Одредбом чл. 62 Устава прописано је да свако има право да слободно одлучи о закључењу и раскидању брака, да се брак закључује на основу слободно датог пристанка мушкарца и жене пред државним органом, да закључење, трајање и раскид брака почивају на равноправности мушкарца и жене, да се брак и односи у браку и породици уређују законом, те да се ванбрачна заједница изједначава са браком, у складу са законом.

III Устав, Породични закон и Закон о ПДВ

Имајући у виду цитиране одредбе Устава и, претходно, цитиране одредбе Породичног закона, као и одредбу чл. 56а Закона о ПДВ, по мишљењу аутора, не постоји ни један, на Уставу и Закону утемељен разлог да се, код одлучивања о захтеву за рефундацију ПДВ купца првог стана, који живи у ванбрачној заједници, која је по својој суштини заједница живота идентична брачној заједници, доводи у неравноправан, па чак и дискриминаторски положај ванбрачни партнер купца првог стана, у односу на супружника. Ово посебно са разлога што би се, по мишљењу аутора, у неједнак положај пред законом довели грађани, који су у складу са правом на слободно уверење и слободну вољу у погледу начина организовања свог статуса, одлучили да уместо брачне, заснују ванбрачну заједницу са својим изабрним партнером (партнерком) и да на тај начин, остваривањем заједнице живота, остварују и свој породични живот, без и формалног закључења брака пред надлежним органом, те не постоји ни један Уставом, ни законом прописани, ни друштвено-оправдани разлог, нити, пак, јавном интересу супротстављени интерес појединца да се ванбрачни партнер, код рефундације ПДВ, у примени чл. 56а Закона о ПДВ, не изједначи са супружником, код несумњиво свих осталих, овим чланом Закона прописаних, и испуњених услова за одобрење рефундације ПДВ за куповину првог стана.

Такође, нема места правном тумачењу управних органа, које је од стране суда прихваћено као правилно: да се „изједначавање брачне и ванбрачне заједнице, на које се наводима тужбе (и жалбе, додаток аутора) указује сагласно чл. 4 Породичног закона и чл. 62 Устава Републике Србије *односи само на брачне и породичне односе као и њива и обавезе који из њих њризилазе и реулисана су Породичним законом, али не и на њива и обавезе сужужника и ванбрачних њрајнера која су реулисана друим законима*“⁶ са разлога што се изједначеност ванбрачне заједнице са брачном, у смислу Породичног закона, који је једини закон који ре-

6 Решење Министарства финансија РС, Пореска управа, Регионални центар Београд, бр. 4139-61/2012 од 8.5.2012. године.

гулише питања брака, односа у браку, односа у ванбрачној заједници, односа детета и родитеља, усвојење итд. (чл. 1 Породичног закона), те изједначеност брака и ванбрачне заједнице, гарантоване и прописане Уставом, не може, по мишљењу аутора, селективно примењивати, при чему то, даље, свакако, не искључује обавезу органа и суда да оцењују у сваком конкретном случају да ли ванбрачна заједница купца првог стана јесте по садржини таква, да би се могла изједначити са браком, како то чини и дефинише Породични закон, као што се и у сваком конкретном случају у вези са тим мора ценити постојање породичног домаћинства купца првог стана у смислу одредбе чл. 56а ст. 6, у вези са ст. 4 и 5 Закона о ПДВ, а ради оцене испуњености услова (поред испуњености услова из ст. 2 овог члана) за рефундацију ПДВ купцу првог стана.

Аутор је, такође, мишљења да је код тумачења и примене одредбе члана 56а Закона о ПДВ у оваквим ситуацијама, за оцену испуњености услова за рефундацију од значаја: постојање између ванбрачних партнера „трајније заједнице живота“, да ли је међу ванбрачним партнерима остварена заједница живота (у смислу члана 16 Породичног закона), да ли је у питању заједница живота, привређивања и трошења прихода купца првог стана, његовог ванбрачног партнера, те да ли ванбрачни партнер има исто пребилалиште као купац првог стана, а што је све од значаја за оцену испуњености услова за дозвољеност рефундације купцу првог стана као што се испуњеност ових услова тражи и код супружника (и осталих, у ст. 6 чл. 56а Закона о ПДВ, наведених лица).

IV Закључак

Чињеница да ванбрачни партнер није назначен у кругу лица из ст. 6 чл. 56а Закона сама по себи не значи да нема месту даљем тумачењу може ли се или не и за ово лице признати право на рефундацију ПДВ купцу првог стана, имајући у виду цитиране одредбе Устава и Породичног закона, те дефинисање државе Србије како је то учињено одредбом чл. 1 Устава, као и то да је одредбама чл. 57 Закона о ПДВ прописано и ко нема право на рефундацију код куповине првог стана.

Такође, не може се прихватити размишљање да суд „не сме да дописује закон“, како је аутору изречено у вези са конкретном ствари, будући да је у конкретном случају у питању чисто тумачење и примена одредбе у оквиру прописаних норми које чине систем позитивног права државе Србије, посебно имајући у виду да позитивно право „није само посебна врста права, нити је само конкретно – техничко регулисање односа општим и појединачним нормама“. Оно исто тако представља

према одређеним мерилима логички сређену и непротивречну целину чији је циљ да на постојан и предвидљив начин уреди друштвене односе.⁷

Ако смо постигли договор да темељ регулисања ових друштвених односа и извориште позитивних прописа представља сам Устав, а овај највиши правни акт је дао дефиницију наше државе кроз начело изражено у цитираном чл. 1 Устава, онда је јасно да се одредбе закона свакако не смеју парцијално тумачити, као да не представљају део правне целине, односно система који је – такав какав јесте – прихваћен од стране њених чланова, односно грађана, кроз Уставом и законима организоване и регулисане институције, а све зарад усвојених демократских принципа владавине права, остваривања правде и правне сигурности и онога што ови појмови значе.

Vesna DANILOVIĆ

Judge of the Administrative Court, Republic of Serbia

THE COMMON-LAW PARTNER AND REFUND OF VALUE ADDED TAX

Summary

Provisions of Art. 56a of the Law on Value Added Tax (hereinafter “the VAT Law” or “the Law”) prescribes the conditions and manner, in which a person that buys an apartment for the first time may exert the right to obtain a refund of the value added tax. Paragraph 6 of the aforementioned Article of the Law defines the family household of the person that buys an apartment for the first time and the specified group of persons that represent a family household in the sense of that law.

Regarding the practical application of the provisions of the Law, it was asked whether the common-law partner of the person that buys an apartment for the first time can be recognized as a member of the Buyer’s family household in terms of obtaining the refund of the value added tax.

The practice is to give a negative answer when deciding on administrative proceedings, i.e. administrative litigations. In the author’s opinion, such practice is unacceptable and contrary to “the rule of law and social justice, principles of civil democracy, human and minority rights and freedoms, and commitment to

⁷ Драган М. Митровић, *Увод у право*, 4. издање, Београд, 2012, стр. 335.

European principles and values”, which are prescribed in the principles of the Constitution of the Republic of Serbia, as the foundation of the legal system and the rule of law in the Serbian state.

Key words: *value added tax, refund, family household, unmarried partner, common-law partner, administrative proceedings, administrative litigation, legal system, civil democracy, European principles and values, rule of law.*

Jos UITDEHAAG

Експерт ГИЗ Програма за правне и правосудне реформе у Србији

НОВИ СИСТЕМ ИЗВРШЕЊА У СРБИЈИ: NOBLESSE OBLIGE

Резиме

Закон о извршењу и обезбеђењу (ЗИС) је на снази већ две године. Очигледно је да је потребно увести већу доследност у овај закон. Законодавац у Србији у том погледу припрема измене и дојуне како би унапредио њу доследност. Истовремено је очигледно и да се ЗИС налази у почетној фази примене. Поред тога, и Комора извршиоца игра значајну улогу у спровођењу овог закона.

Назив овог чланка је „Нови систем извршења у Србији: *noblesse oblige*“. Оксфордски речник енглеског језика дефинише „*noblesse oblige*“ као „повласицу која са собом носи и одговорност“. Законом је таква повласица дапа самозапосленом извршиоцу. Она подразумева одговорност за даље унапређење и јачање новог система извршења у сарадњи са државом. И држава има одговорност за даљи развој система извршења. Добро развијен и функционални систем надзора ће допринети повећању јавног поверења у нови систем. Међутим, држава ће се можда суочити и са следећим изазовом: да раскине са правном традицијом и у националне прилике о извршењу уведе механизме који су се показали успешним у другим земљама.

Кључне речи: Закон о извршењу и обезбеђењу, приватни извршиоци, систем извршења.

I Увод

Србија је 2011. усвојила нови Закон о извршењу и обезбеђењу.¹ Систем извршења у Србији је до 2011. године представљао плод комбинације сложених поступака, прекомерног формализма, процесних понављања и репетитивне процесне структуре, преобиља правних лекова, оклевања надлежних органа да делотворно спроведу извршни поступак, привилегованог положаја државе и њених интереса и интензивне судске умешаности која је доводила до тога да сам појам извршења буде схваћен као дуплирање судског поступка и судске праксе („схваћање извршења као понављања постојећег”).² Главни циљ аутора новог закона био је да побољшају делотворност и ефикасност извршења увођењем процесних промена и, друго, да уведу samozапослене (приватне) извршитеље. Ти samozапослени извршитељи су почели са радом 2012. године.

Прошле су две године откад је ЗИС усвојен, те би можда био прави тренутак за оцену нове организације извршења и њеног доприноса повећању ефикасности и делотворности система извршења.

II Двојни систем извршења

Бугарска је била прва земља у региону која је увела двојни систем извршења, коегзистенцију државних и приватних извршитеља. Иницијатори законодавства у Бугарској су морали да направе компромис како би скупштина усвојила закон о samozапосленим извршитељима.³ Тај компромис је подразумевао постојање два паралелна система извршења: нови систем samozапослених извршитеља и већ постојећи систем извршења који спроводе државни службеници. Занимљиво, оно што је у Бугарској представљало политичку одлуку је сада „унапређено“ и сматра се моделом извршења. Укључујући и у Србији.

Схватање извршења као понављања поступка био је један од проблема са којима су се земље Западног Балкана суочавале у прошлости. Југословенски Закон о извршном поступку из 1978. године – који је

1 Закон о извршењу и обезбеђењу (*Службени гласник РС*, бр. 31/2011, 99/2011 – др. закон и 109/2013 – одлука УС; даље у фуснотама: ЗИС).

2 Jos Uitdehaag, Alan Uzelac, *Нацрти Закона о извршењу и обезбеђењу Републике Србије, Коментари о усклађености са захтевима Европске конвенције за заштити људских права*, Савет Европе, 2010.

3 Аутор овог чланка је у својству међународног експерта био активно укључен у израду и спровођење новог система извршења у Бугарској у периоду од 2004. до 2011. године.

донет у контексту тадашњег социјалистичког система – пружао је висок степен заштите дужника у извршним предметима. То је за резултат имало развој културе злоупотреба. Дobar пример је одуговлачење поступка извршења од стране дужника (зло)употребом значајног броја правних средстава. А и организација система извршења није била добра. Успех или неуспех у великој мери зависи од професионалности извршитеља. Судови су, међутим, увек придавали мали приоритет извршењу. Увођење samozапослених извршитеља посредством ЗИС је имало за циљ унапређење професионалности извршитеља.

Већ сам поменуо двојни систем у Бугарској. У Бугарској обе врсте извршитеља делују у складу са једним сличним законом. Самозапослени извршитељ може да спроводи извршење и над јавним потраживањима. На повериоцу је да изабере да ли ће извршење спровести samozапослени или државни извршитељи.⁴

Да ли извршитељи у Србији уживају исти такав равноправан положај? Одговор је једноставан: не. Поверилац у Србији који намерава да пребаци предмет са суда на samozапосленог извршитеља мора да плати награду samozапосленом извршитељу. Очигледно да се бројни повериоци не одлучују да пребаце предмете због ове додатне финансијске обавезе.⁵

Међутим, још основније је питање да ли треба да постоје два паралелна система извршења? Да ли је законодавац намеравао да задржи мешовити систем или је намеравао да задржи судске извршитеље само током прелазног периода? Као што сам већ поменуо: ефикасност и делотворност система извршења у великој мери зависе од професионализма извршитеља, били они јавни или приватни. Међутим, у случају да законодавац намерава да задржи судски систем извршења, то значи да ће и судски и приватни извршитељи морати да поседују једнаке

4 Ове две врсте извршитеља су равноправне по бугарском Закону о парничном поступку. Члан 18 Закона о приватним извршитељима је, међутим, у корист samozапослених извршитеља: „Приватни извршитељ може по налогу повериоца да у вези са поступком извршења истражује имовинско стање дужника, проверава податке, прикупља исправе, документе и остало, *одређује начин извршења* и чува пописану имовину.“

5 Супротно ситуацији у Бугарској. У члану 3 Прелазних и завршних одредаба Закона о приватним извршитељима јасно је прописано:

- (1) Приватни извршитељ на захтев повериоца може да настави са спровођењем извршног поступка који није окончан. Ако судија-извршитељ није спровео захтевано извршење, предујмљена награда за извршење се исплаћује приватном извршитељу из буџета односног Регионалног суда.
- (2) Приватни извршитељ на захтев повериоца – државне институције може да настави са спровођењем извршног поступка који није окончан за намирење државног потраживања.

квалификације. Другим речима: држава ће морати значајно да уложи у судски систем извршења: како финансијска средства тако и у образовање извршитеља.⁶

III Уређење делатности самозапосленог извршитеља

1. Улога судова

Самозапослени извршитељ у Србији се сматра независним професионалцем, а његова делатност је уређена ЗИС. Сходно члану 313 ЗИС, извршитељ мора, између осталог, да испуњава следеће услове: да поседује диплому правног факултета, да има најмање две године радног искуства на пословима извршења, односно три године радног искуства на правним пословима и да је положио испит за извршитеља. И Министарство и Комора извршитеља надзиру рад самозапослених извршитеља и њихово поштовање етичких и професионалних стандарда.

Чини се, међутим, да се законодавац плашио да раскине са правном традицијом: утицај суда на рад самозапослених извршитеља је и даље значајан.

2. Делатност самозапослених извршитеља

У члану 325 је дат подробен опис овлашћења самозапослених извршитеља. Чини се да су њихове активности ограничене само на радње везане за извршење. Овде би требало поменути мишљење Савета Европе и Комисије за ефикасност правде Савета Европе (*CEPEJ*). Сходно Смерници бр. 34 *CEPEJ*⁷ извршитељи „могу такође бити овлашћени да спроводе секундарне активности спојиве са њиховом улогом у циљу заштите и обезбеђивања уважавања права странака у поступку и убрзања судског поступка или смањења оптерећености судова. Те активности, између осталог, могу обухватати:

6 Захтеви везани за образовање судских извршитеља тренутно нису утврђени. Види такође Препоруку бр. 17/2003 Комитета министара Савета Европе, усвојену 9. децембра 2003. године, у даљем тексту Препорука бр. 17/2003:

(7) Извршитељи који су државни службеници треба да имају одговарајуће услове рада, адекватне материјалне ресурсе и помоћно особље. Такође треба да примају адекватну накнаду за рад;

(8) Извршитељи треба да похађају почетну и континуирану обуку у складу с јасно дефинисаним и добро структурираним општим и конкретним циљевима.

7 *CEPEJ (2009) 11 REV* Смернице за боље спровођење постојећих препорука Савета Европе о извршењу, од 17. децембра 2009; даље: *CEPEJ (2009) 11 REV*.

- наплату дугова;
- добровољну продају покретне и непокретне имовине на јавном надметању;
- одузимање ствари;
- евидентирање и извештавање о доказима;
- поступање у својству судског послужитеља;
- пружање правних савета;
- стечајни поступак;
- обављање задатака које им судови повере;
- заступање странака у суду;
- сачињавање приватних исправа и писмена;
- подучавање.“

Желим да се детаљније позабавим двома наведеним активностима. Евидентирање и извештавање о доказима је обухваћено правним документом, описом чињеничног стања. Сачињавање писаног описа чињеничног стања је сложено. Извршитељи многих европских земаља су укључени у припрему тих описа чињеничног стања, у којима излажу чињеничне информације, без аргумената. Сврха описа чињеничног стања и није да изложи неки аргумент, већ да јасно изложи чињенице. На пример, извршитељи у Француској припремају такве описе чињеничног стања на захтев суда. Сваки документ који сачини извршитељ је сачинило лице са јавним овлашћењима. Стога се такав документ сматра доказом највеће вредности у судском поступку.

Друга активност се односи на наплату дугова. Активност наплате дугова је у складу са мишљењем Савета Европе о извршењу:

Извршни њосџуџак би џребало да буде довољно флексибилан како би се извршиџељу омоџућила разумна мера слободе деловања у циљу џосџизања доџвора са дужником када џосџоџи консензус између џовериоца и дужника. Такви аранжмани џреба да буду џодврџнуџи џемељној конџроли како би се обезбедила неџрисиџрасносџи извршиџеља и заџиџиџа инџереса џовериоца и џређих лица. Улоџа извршиџеља џреба да буде јасно дефинисана домађим законом (на џримџер, џихов сџеџен самосџиалносџиџи). Они моџу (на џримџер) да имају улоџу „џосџ-судскоџ џосредника“ џоком фазе извршења.⁸

Државе чланице моџу џреко џравноџ оквира за извршење да обезбеде да не долази до неџџребноџ џролонџирања извршења. Државе чланице се нарочитџо џодсџиџу да џредузимају мере за џоједносџављење џроцесноџ оквира за извршење како би извршиџељи имали неџџ-

8 СЕРЕЈ (2009) 11 REV, Смерница бр. 8.

*ходну самостјалностї да сами бирају најїрикладније процесне кораке у даїтом їредмеїу без їрейходної одобрења.*⁹

*Приоритетї увек їреба даватиї їосїизању сїоразума између сїїранака, како би се координисали временски оквири извршења. Када се сїїранке саме сїоразумеју о временском оквиру извршења, ниједан їосїуїак коїи је їредвидела држава чланица не би їреба-ло да сїїречи сїїровођење їаких сїоразума.*¹⁰

У важећем ЗИС-у се не помиње вансудско извршење. Прем-да је сходно члану 325, тач. 11 ЗИС самозапосленим извршитељима дозвољено да на захтев извршног дужника или извршног поверио-ца посредују у циљу постизања споразумног решења, чини се да је то у пракси компликовано. Сходно члану 76 ЗИС, извршни поступак се обуставља по службеној дужности ако се извршни дужник и извршни поверилац споразумеју о исплати дуга на рате. Међутим, и у таквим случајевима они морају да поднесу споразум оверен у суду. Обично се споразум између странака односи и на дотадашње трошкове извршења. Међутим, сходно члану 76, одлуком о обустави извршења се укидају спроведене извршне радње.

3. Развој система надзора

Пројекат за правну реформу (ППР) ГИЗ од 2001. године пружа Србији помоћ у процесу унапређења правног и институционалног окви-ра за снажну владавину права и здрав економски раст, чиме се утире пут приступању Србије Европској унији. ППР се усредсређује на следећа три главна изазова са којима се правне реформе у Србији суочавају: унапређење општег законодавног процеса; спровођење реформских за-кона и на популаризацију закона, нарочито у области грађанског и при-вредног права. ППР уз подршку Европске уније такође пружа помоћ спровођењу система самозапослених извршитеља у Србији.

Једна од основних тема у оквиру тог пројекта ће обухватати развој система праћења и контроле рада самозапослених извршитеља. Сходно ЗИС, надзор над законитошћу рада самозапослених извршитеља врше Министарство правде (члан 346 ЗИС) и Комора извршитеља (члан 347 ЗИС).

Пројектни тим ГИЗ ће у блиској сарадњи са Министарством правде и Комором сачинити скуп јединствених (минималних) стан-дарда управљања канцеларијама. Ови професионални стандарди ће представљати саставни део приручника у којем ће бити описани струк-

9 СЕРЕЈ (2009) 11 REV, Смерница бр. 67.

10 СЕРЕЈ (2009) 11 REV, Смерница бр. 70.

тура канцеларије samozапосленог извршитеља, планирање, ресурси, процесуирање докумената, маркетинг и финансијско управљање а он ће садржати и препоруке за унапређење управљања канцеларијом и услуга које се пружају у вези са извршним поступком. Овај скуп професионалних стандарда ће бити обавезан за све samozапослене извршитеље и биће усвојен у облику подзаконског акта. Истовремено ће бити развијен систем спољне ревизије како би се обезбедила примена професионалних стандарда у свим канцеларијама. Професионални стандарди ће такође послужити и онима који се баве праћењем и контролом професије (Комори и Министарству правде).

Слични се системи већ примењују у разним европским земљама, нпр. у Бугарској и Холандији.

Даљи развој надзорног система ће такође подразумевати предлоге неопходних измена и допуна законских одредби којима се уређује дисциплинска одговорност samozапослених извршитеља.

4. Управљање и располагање новчаним средствима

Током даљег развоја система надзора ће се посебна пажња придати члану 329 ЗИС којим се уређује управљање и располагање новчаним средствима. Банковни рачун који се помиње у члану 329 је уведен како би се заштитили и интереси дужника и интереси повериоца. Сходно ставу 3, извршитељ је дужан да без одлагања на рачун извршног повериоца пренесе средства која је уплатио дужник. Чини ми се да би требало побољшати одредбе овог члана.

Као што сам напоменуо, сврха овог члана је да заштити и интересе повериоца и интересе дужника. Трехало би додати став којим се прецизира да samozапослени извршитељ само управља тим рачуном али да износи на рачуну заједно припадају законитим повереницима.

Законит извршни поверилац се намирује сразмерно износу свог потраживања из износа који је у његову корист уплаћен на посебан рачун. Поверилац има право на исплату свог дела потраживања из средстава на посебном рачуну. Ако на посебном рачуну нема довољно средстава да сваком законитом повериоцу буде исплаћен цео износ потраживања, извршитељ може законитом повериоцу да исплати само износ који не доводи до кршења права осталих законских поверилаца. Извршитељу (у случају да је дужник) се додељује износ који *йреостйане након исйлайтје износа на које сви остйали йовериоци имају йраво*.

Такође бих предложио да се дода одредба о одговорности samozапосленог извршитеља за мањак на том рачуну. Извршитељ би у том случају био обавезан да без одлагања надомести мањак на посебном ра-

чуну и могао би бити позван на прекршајну, кривичну и дисциплинску одговорност за тај мањак.

5. Број samozапослених извршитеља

Сходно члану 315 ЗИС, једно место извршитеља, одређује се, по правилу, на 25.000 становника. Сваки извршитељ се именује за подручје основног суда и подручје привредног суда (члан 312, став 3 ЗИС). Министар има одређену слободу у одређивању броја извршитеља: сходно члану 315, став 3, министар може да одреди и већи број извршитеља, у зависности од потреба или на образложен предлог Коморе.

Чини се да се овлашћење министра односи само на одређивање већег броја извршитеља, на основу нпр. потреба тржишта. Међутим, те потребе тржишта (или њихово непостојање) могу такође изискивати именовање мањег броја извршитеља. Пракса већ показује да извршитељи у регионима морају (финансијски) да опстану. Именовање још извршитеља у овим регионима (услед законских одредби) може довести до њиховог банкротства.

6. Комунални предмети

Понекад се чини да се samozапослени извршитељи поистовећују само са комуналним предметима. Нема сумње да значајан број предмета утиче на оперативно управљање канцеларијом samozапосленог извршитеља. Неколико амандмана је припремљено како би се овај проблем решио.

Прво на чему бих се задржао је примењивост Закона о јавним набавкама на делатност извршитеља. За разлику од бележника, извршитељи нису изузети из овог закона. По мом мишљењу, битно је да су и samozапослени извршитељи изузети из његових одредби.

У разним приликама сам раније коментарисао нацрте измена и допуна ЗИС.¹¹ И даље сматрам да те предмете треба равномерно додељивати samozапосленим извршитељима, на основу боравишта или пребивалишта дужника. Законодавац је увођењем samozапослених извршитеља на тржиште имао за циљ да повећа ефикасност и делотворност система извршења. Тржишно функционисање значи да извршитељи треба да се усредсреде на стално унапређење квалитета свог рада како

11 Jos Uitdehaag, Alan Uzelac, *нав. дело*. Вид. и Правно мишљење о Закону о извршењу и обезбеђењу у Србији (нацрти измена и допуна из 2012. године), Jos Uitdehaag, Andrej Ekart, *Legal Opinion on the Law on Enforcement and Security in Serbia (2012 draft amendments)*, доступно на адреси: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacitybuilding/expertises_EN.asp, 1.4.2014.

би били могли да се надмећу са својим колегама (конкуренцијом). Дакле, чини се да су изузимање извршитеља из Закона о јавним набавкама и равномерна расподела предмета супротни увођењу тржишног механизма. Међутим, тржишни механизам је мање битан за функционисање samozапосленог извршитеља као професионалца ком су поверена јавна овлашћења – јавног службеника који представља државни орган.

7. Достављање писмена од стране samozапослених извршитеља

Чланом 29 ЗИС се уређује достављање писмена у извршном поступку. Члан 325, став 1, тачка 3 извршитеља овлашћује да у извршном поступку „доставља своја акта, као и поднеске и судске одлуке по овлашћењу суда“.

Достављање писмена се у свим земљама Западног Балкана сматра једним од главних проблема и у извршном поступку. Проблеми су мање више слични. Само већи судови имају посебну службу за достављање писмена. У тим службама се припрема пошта коју достављају надлежни службеници. Средњи и мали судови немају такве службе и зависе од ПТТ. Чини се да је достава поштом у потпуности неефикасна и да се појављује велики број проблема јер се писмена достављају на погрешну адресу или се уопште не достављају. Велики број проблема би био решен прописним и коректним достављањем писмена којима се покреће поступак или извршење. Достава писмена на погрешну адресу или њихово недостављање могу довести до вишемесечног кашњења у поступку и до значајног повећања броја извршних предмета у суду. Систем зависи од професионалности, квалификованости и обуке поштанских службеника и управо се ти квалитети и квалификованост могу довести у питање.

И Савет Европе и *СЕПЕЈ* су у контексту члана 6 Европске конвенције о људским правима истакле значај развијеног система за достављање писмена:

У тачки III 2. г. Препоруке Комитета министара Савета Европе бр. 17 из 2003. године је прописано да извршни поступак треба да „*обезбеди надолговорнији и најприкладнији начин за достављање писмена (на пример, лично достављање од стране извршитеља...)*“.

СЕПЕЈ (2009) 11 REV, Смерница бр. 17: „*Обавештавање странака о извршењу судских одлука или извршних исправа или овера јавног бележника или других писмена представља суштински аспекти процеса о извршењу. Благовремено обавештавање странака представља неопходан елемент правичног суђења, у смислу члана 6, ст. 1 Европске конвенције о људским правима.*“

Нажалост, до сада нису измењени ни члан 29 ни члан 325 ЗИС. Стога samozапослени извршитељ може да доставља само ограничен број писмена (своја акта и поднеске). Таква достава писмена може бити извршена само на „званичној адреси“ дужника, чак и у случају да је дужник већ напустио своје боравиште или пребивалиште (члан 29, ст. 2 ЗИС). Треба размотрити правила о достави у извршном поступку како би се обезбедила прописна равнотежа између интереса поверилаца и дужника.¹²

Европска комисија је децембра 2013. године објавила извештај о евалуацији Уредбе ЕУ о прекограничној достави судских и вансудских писмен.¹³ По том извештају, овај начин доставе се користи због малих трошкова, али се у пракси појављују тешкоће које негативно утичу на ефикасност овог начина доставе (а сличне тешкоће постоје и у Србији):

- Круг особа којима се писмено може доставити поштом. У складу са правилима грађанског поступка у одређеним земљама, писмена морају бити лично достављена особи којој су упућена. У другим државама чланицама постоји могућност за такозвану „доставу другој особи“ када се писмено не уручује лично

12 Види, на пример, пресуде Европског суда за људска права у предметима *Грозданоски против БЈРМ* од 31. маја 2007, бр. представке 2151/03 и *Бочварска против БЈРМ* од 17. септембра 2009, представка бр. 27865/02. ЕСЉП је у пресуди у предмету *Грозданоски* подсетио да начело једнакости средстава у грађанским поступцима подразумева да свакој страни треба дозволити разумну могућност да изнесе свој случај – укључујући и доказе – под условима који је не доводе у значајније неповољнији положај у односу на противничку страну. Једнакост средстава представља један од аспеката појма правичног суђења. Та једнакост подразумева право страна да буду упознате и да коментаришу све изнете доказе или поднете напомене.

ЕСЉП је закључио: „У одсуству било каквог доказа о достави, Суд не може да прихвати аргумент Државе да су подносиоцу представке икада достављене жалба и захтев. Штавише... жалба и захтев јавног тужиоца су довели до одлуке Врховног суда, која је у значајној мери била неповољна по подносиоца представке. Суд сматра да је због процесног пропуста подносилац представке био спречен да делотворно учествује у поступку пред Врховним судом. Првенствени циљ члана 6, ст. 1 Конвенције је да обезбеди интересе страна и интересе прописног спровођења правде... У овом предмету је поштовање права на правично суђење зајемчено чланом 6, ст. 1 Конвенције изискивало давање могућности подносиоцу представке да буде упознат и да коментарише... жалбу и захтев јавног тужиоца. Стога је дошло до повреде члана 6, ст. 1 Конвенције.“

13 Извештај Комисије о примени Уредбе бр. 1393/2007 од 4. децембра 2013 (*Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the application of Regulation (EC) No 1393/2007 of the European Parliament and of the Council on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters (service of documents)*, COM(2013) 858 final, Brussels, 4.12.2013).

примаоцу већ другој особи на истој адреси или се одлаже у поштанско сандуче или на одређено место на одређено вријеме како би га прималац преузео;

- Правни оквир који се примјењује на поштанске оператере када извршавају доставу писмена примаоцу препорученом поштиљком. Јавне или приватне поштанске службе обично на доставу препоручених поштиљака уз потврду пријема примењују властита „правила“ (нпр. правила Светске поштанске уније или правила предузећа која нуде специјализоване приватне поштанске услуге). Осим тога, поштански оператери у неколико држава чланица морају да поштују додатне прописе у случајевима када је писмено које се доставља судско или друго службено писмено. Поштански оператери, на пример, у таквим случајевима морају да користе одређене потврде о достави или морају у неколико наврата да покушају да изврше доставу;
- Осим тога, чини се да у пракси постоји општи проблем с потврдама пријема које нису исправно или у потпуности попуњене због чега није могуће доставити одговарајући доказ о важним чињеницама успешне или покушане доставе.

Извршитељи играју улогу у достави писмена у многим европским земљама.¹⁴ Снажно се залажем за увођење физичке доставе писмена од стране samozапослених извршитеља. Искуства других земаља показују да тај метод доставе значајно унапређује делотворност и ефикасност система доставе писмена.

У члану 29 ЗИС се помиње достављање истицањем на огласну таблу суда. Поставља се питање да ли је истицање писмена на огласној табли делотворно. У Холандији Министарство сада на предлог холандске Коморе samozапослених извршитеља припрема законске прописе о објављивању извода достављених писмена на посебној интернет страници. Ту интернет страницу одржава кућа која издаје холандски „Службени гласник“. И друге европске земље су увеле сличне прописе.

14 Види такође: *СЕРЕЈ (2009) 11 REV*, Смерница бр. 20: „Требало би да постоји могућност повраћања доставе обавештења извршитељима. Државе чланице у том циљу треба да утврде услове за безбедан метод достављања писмена.“
СЕРЕЈ (2009) 11 REV, Смерница бр. 21: „Када обавештење производи права или обавезе, извршитељ је дужан да обезбеди блаовремено достављање одговарајућег обавештења странкама.“

IV Закључак

ЗИС је на снази већ две године. Очигледно је да је потребно увести већу доследност у овај закон. Законодавац у Србији у том погледу припрема измене и допуне како би унапредио ту доследност. Истовремено је очигледно и да се ЗИС налази у почетној фази примене. Поред тога, и Комора извршитеља игра значајну улогу у спровођењу овог закона.

Назив овог чланка је „Нови систем извршења у Србији: *noblesse oblige*“. Оксфордски речник енглеског језика дефинише „*noblesse oblige*“ као „повластицу која са собом носи и одговорност“. Законом је таква повластица дата samozапосленом извршитељу. Она подразумева одговорност за даље унапређење и јачање новог система извршења у сарадњи са државом. И држава има одговорност за даљи развој система извршења. Добро развијен и функционални систем надзора ће допринети повећању јавног поверења у нови систем. Међутим, држава ће се можда суочити и са следећим изазовом: да раскине са правном традицијом и у националне прописе о извршењу уведе механизме који су се показали успешним у другим земљама.

Jos UITDEHAAG

Expert of the GIZ Program for Legal and Judicial Reforms in Serbia

NEW ENFORCEMENT SYSTEM IN SERBIA: NOBLESSE OBLIGE

Summary

Law on Enforcement and Security (EAS) is now in force during two years. It is clear that the law needs more consistency. In this respect the Serbian legislator is preparing amendments to improve this consistency. At the same time it is also obvious that EAS is still in the phase of implementation. Also the Serbian Chamber of self-employed enforcement agents plays an active role in the further implementation of the law.

The title of this article is “new enforcement system in Serbia: noblesse oblige”. The Oxford English Dictionary explains “noblesse oblige” as “privilege entails to responsibility”. Such a privilege is given, by law, to the self-employed enforcement agent. It also means a responsibility to further improve and strengthen the new enforcement system, in cooperation with the

Government. Also the Government has its responsibilities in the further development of the enforcement system. A well-developed and well functioning system of supervision will contribute to an increasing public trust in the new system. However, maybe the challenge for the Government is also to break-away from legal traditions and to introduce also in Serbian enforcement law those mechanisms that also in other countries have proven to be a success.

Key words: *Law on Enforcement and Security, self-employed enforcement agents, enforcement system.*

др Владимир КОЗАР
доцент на Правном факултету за привреду и правосудје
Универзитета Привредна академија
специјални саветник – НЛБ банка а.д. Београд

ЗАШТИТА ПРАВА У ПОСТУПКУ ЈАВНЕ НАБАВКЕ

Резиме

Защити права и то у свим стадијумима поступка јавне набавке остварује се у посебном (ујравном) поступку. Закон о оштем ујравном поступку у члану 3 дозвољава могућности прописивања посебних ујравних поступака, иако што предвиђа да: „одредбе закона којима се, због специфичне природе ујравних ствари у појединим ујравним областима, прописују неопходна одступања од правила оштем ујравној поступка, морају бити у сагласности са основним начелима утврђеним овим законом.“

Овај поступак окреће се посебним ујравним средством – захтевом за защити права.

Поступак доношења мериторне одлуке је једностепен – одлучују наручилац (државни орган, организација, установа или друго ујравно лице одређено овим законом (нпр. јавно предузеће) и/или Републичка комисија за защити права као посебан ујравни орган, односно ујравна организација, са својством ујравној лица, а двостепености је предвиђена за одлучивање по жалбама на процесне закључке наручиоца (којим одбацује захтев као неуредан, неблаовремен, поднет од стране неовлашћеној лица).

Рок за доношење одлуке о захтеву је одређен, а у случају његовој прекорачења прописана је претпоставка о „ћушању администрације“ када се сматра да је захтев за защити права одбијен, па је дозвољена тужба у ујравном сору.

Против одлуке Републичке комисије не може се изјавити жалба, али се може покренути ујравни спор, што значи да је одлука Републичке комисије коначна, али не и јравноснажна.

Кључне речи: *захтев, заштитна права, јавне набавке, ујравни спор, ујравни спор.*

I Увод

Нови Закон о јавним набавкама ступио је на снагу 6. јануара 2013. године, а почиње да се примењује од 1. априла 2013. године.¹ Неусклађеност система заштите права био је један од основних недостатака претходног закона, што је довело до неделотворне и неефикасне заштите права. Основни циљ овог Закона о јавним набавкама је обезбеђивање услова за ефикасну употребу јавних средстава, прописивањем јасних процедура за доделу јавних уговора, односно механизма за спречавање корупције и обезбеђивање конкуренције.²

Ради остварења наведеног циља успостављен је нови систем ревизије поступака јавних набавки, кроз реорганизацију и промену начина рада и састава Републичке комисије за заштиту права и поједностављење поступка заштите права. Републичкој комисији за заштиту права дата су посебна, нова овлашћења што ће утицати на понашање учесника у поступку: у надлежност овог органа стављена је могућност новчаног кажњавања, поништење уговора, као и вођење прекршајног поступка у првом степену. Систем заштите права учињен је ефикаснијим, са једне стране, кроз поједностављење самог поступка, а са друге, кроз прописивање нових могућности као што је предлагање и одређивање привремених мера. Заштита права у поступцима јавних набавки усклађена је са Директивом 2007/66/ЕЗ, која регулише ревизију поступка јавне набавке.

II Надлежност Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки

Чланом 138 Закона о јавним набавкама одређен је положај Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки, као самосталног и независног органа Републике Србије, са статусом правног

1 Закон о јавним набавкама (Службени гласник РС, бр. 124/2012).

2 Владимир Козар, Тијана Жунић, „Приказ новог закона о јавним набавкама“, *Радно-јравни савешник*, бр. 2/2013, стр. 77.

лица које се финансира из буџета Републике Србије. У суштини, реч је о посебној управној организацији са својством правног лица.³

Понуђачу је у свим фазама поступка обезбеђена правна заштита од стране Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки. Законом је утврђена надлежност Републичке комисије, а то је одлучивање о: захтеву за заштиту права, жалби против закључка наручиоца и Управе за јавне набавке, предлогу наручиоца и понуђача да поднети захтев за заштиту права незадржава, односно задржава активности у поступку јавне набавке, трошковима поступка заштите права. Закон предвиђа и да Републичка комисија: изриче новчане казне наручиоцу и одговорном лицу наручиоца, поништава уговор о јавној набавци, води прекршајни поступак у првом степену, покреће поступак за утврђивање ништавости уговора о јавној набавци.⁴

Надлежност (капацитети и овлашћења) Републичке комисије за заштиту права из претходног закона, и њен начин рада и организација нису одговарали реалним потребама за успешном и брзом ревизијом поступка. Поред тога, овлашћења Републичке комисије била су мања од оних која има тело надлежно за ревизију, према Директиви 2007/66/ЕЗ, која регулише ревизију поступка јавне набавке.

Поступак заштите права (поступак ревизије) претходним законом уређен је на начин који није био усклађен са Директивом 2007/66/ЕЗ која регулише ревизију поступка јавне набавке, а са друге стране имао је значајне и непотребне разлике у односу на општи управни поступак, што је стварало проблеме у његовој примени понуђачима, наручиоцима и самој Републичкој комисији. Сам поступак трајао је јако дуго, често и више од четири месеца од дана подношења захтева за заштиту права до доношења и достављања одлуке Републичке комисије. Неefикасност поступка је доводила до његове употребе у сврхе за које није намењен, односно до злоупотребе поступка. Одредбама новог закона отклоњени су наведени недостаци поступка заштите права у коме се спроводи ревизија законитости јавне набавке.

III Активна легитимација у поступку

Чланом 148 одређено је ко има активну легитимацију за покретање поступка заштите права. Закон као активно легитимисане за покретање овог поступка одређује понуђача, подносиоца пријаве, кандидата и сва-

3 Мирслав Врховшек, Владимир Козар, „Заштита права и ништавост уговора о јавној набавци“, *Либерализам и заштитна конкуренције*, Крагујевац, 2010, стр. 357.

4 Закон о јавним набавкама, чл. 139.

ко заинтересовано лице.⁵ У име ових лица захтев за заштиту права може да поднесе и пословно удружење, које поступа као њихов заступник.

Захтев за заштиту права може да поднесе и Управа за јавне набавке, Државна ревизорска институција, јавни правобранилац и грађански надзорник, али су ови органи ослобођени обавезе плаћања таксе. Међутим, ови органи нису дужни да подносе захтев за заштиту права на захтев лица, које иначе има активну легитимацију (нпр. понуђач или пословно удружење), ако то право није искористило, што је преузето из претходног закона. Са друге стране, изостављена је повреда јавног интереса, која је у претходном закону била прописана као услов за подношење захтева за заштиту права од стране наведених органа.⁶ То значи да је учешће наведених органа у поступку заштите права по новом закону, првенствено усмерено на заштиту јавног интереса, без обзира на термилошке разлике у односу на претходни закон, док се заштита права понуђача остварује на њихов приватни захтев. Предвиђена је сходна примена правила из општег управног поступка на питања поступка заштите права која нису посебно уређена Законом о јавним набавкама.

Активна легитимација је процесна претпоставка за допуштеност захтева за заштиту права.⁷ Закон о јавним набавкама активну легитимацију дефинише као процесну претпоставку, чији недостатак доводи до одбацивања захтева сагласно члану 152 став 2, а њено постојање везује за учеснике спорног односа набројане у члану 148 став 1, и за органе из става 3 којима је такође дато овлашћење да поднесу захтев. За лица из члана 148 став 1 као учеснике спорног односа стварна легитимација је изједначена са активном процесном легитимацијом, јер недостатак активне легитимације, односно недостатак својства понуђача, подносиоца пријаве, кандидата или заинтересованог лица доводи до одбацивања, а не до одбијања захтева. Активна процесна легитимација се у правној теорији дефинише као овлашћење за вођење поступка, за разлику од материјалноправне – стварне легитимације, која означава учешће у спорном материјално-правном односу у својству титулара одређеног права.⁸

5 Заинтересовано лице је свако лице које има интерес да закључи конкретан уговор о јавној набавци, Закон о јавним набавкама, чл. 3 ст. 5.

6 Владимир Козар, „Заштита права у поступку јавне набавке“, *Право, теорија и пракса*, бр. 10–12/2011, стр. 27–41.

7 Владимир Козар, „Заштита права понуђача и јавног интереса у поступку јавне набавке“, *Правни информатор*, бр. 3/2010, стр. 28.

8 Боровоје Познић, *Грађанско процесно право*, Београд, 1987, стр. 130.

IV Рокови и начин подношења захтева за заштиту права

Члан 149 регулише рокове и начин подношења захтева за заштиту права. Прописано је да се захтев подноси Републичкој комисији, преко наручиоца (предаје се наручиоцу). У Директиви 2007/66/ЕЗ, прописано је да државе чланице могу предвидети да се понуђач за ревизију најпре обраћа наручиоцу. Законом о јавним набавкама то је поједностављено тако да се захтев одмах подноси Републичкој комисији, али предаје наручиоцу. Ово решење је у складу са поменутом директивом, јер наручилац може да преиначи своју одлуку без достављања Републичкој комисији и усвоји захтев, а са друге стране поступак заштите је убрзан и усклађен са правилима општег управног поступка. Ово је, иначе, опште правило у нашем правном систему да се жалба против одлуке и у управном и у судском поступку подноси другостепеном органу или суду преко првостепеног органа, односно суда.

Када је у питању мериторно одлучивање о захтеву, нови закон у суштини укинуо је двостепеност поступка, која је постојала у претходном закону, јер наручилац не може одбити захтев за заштиту права као неоснован, већ може решењем само усвојити захтев за заштиту права или ако сматра да исти није основан, доставити одговор на захтев за заштиту права и комплетну документацију из поступка јавне набавке Републичкој комисији ради одлучивања о захтеву за заштиту права. Дакле, за даљи ток поступка није потребан акт подносиоца захтева. У претходном закону било је предвиђено писмено изјашњење подносиоца захтева о наставку поступка пред Републичком комисијом, којим се иницирао поступак пред Републичком комисијом у случају одбијања захтева у првом степену.⁹ Двостепеност је задржана само за процесне одлуке, јер нови закон предвиђа да против закључка о одбацивању недовољног захтева или због недостатка активне легитимације, подносилац може поднети жалбу Републичкој комисији.¹⁰

С обзиром на специфичност материје, подношење захтева за заштиту права није везано искључиво за доношење одлуке наручиоца о додели уговора, већ се може поднети у току целог поступка против било које радње наручиоца, за разлику од општег управног поступка или парничног поступка, у којима се жалба или друго правно средство, по правилу, може поднети само против првостепене одлуке којом се окончава поступак.

Захтев којим се оспорава врста поступка, позив за подношење понуда или конкурсна документација сматраће се благовременим ако

9 Владимир Козар, *Коментар Закона о јавним набавкама*, Београд, 2010, стр. 128.

10 Закон о јавним набавкама, чл. 152 ст. 2.

је примљен од наручиоца најкасније седам дана пре истека рока за подношење понуда, односно три дана пре истека рока за подношење понуда код поступка јавне набавке мале вредности и квалификационог поступка, осим у случају преговарачког поступка без објављивања позива за подношење понуда, где тај рок није ограничен ако подносилац захтева или са њим повезано лице није учествовао у том поступку. На овај начин ограничен је рок за подношење захтева за заштиту права на одређени период пре истека рока за подношење понуда. То значи да ће благовременим захтевом рачунати само онај захтев који се налази у „рукама“ наручиоца (примљен од стране наручиоца) седам, односно три дана пре истека рока за подношење понуда, а не и они захтеви који су послати поштом (обичном, препорученом или другом врстом поштиљке), јер се може десити да су они предати пре истека наведених рокова, који претходе року за подношење понуда али да стигну код наручиоца након што је отварање понуда већ обављено. Поступање по таквим захтевима довело би до велике правне несигурности. Из тих разлога законодавац је прецизирао шта се сматра благовременим захтевом. Према томе, не важи правило из парничног или других судских поступака, да се дан предаје поднеска пошти препорученом поштиљком или упућеног телеграфским путем сматра се као дан подношења суду.¹¹

Након доношења одлуке о додели уговора, одлуке о закључењу оквирног споразума, одлуке о признавању квалификације и одлуке о обустави поступка, рок за подношење захтева за заштиту права је десет дана од дана пријема одлуке, а у случају јавне набавке мале вредности пет дана. У случају преговарачког поступка без објављивања позива за подношење понуда, рок се рачуна од дана објављивања одлуке о додели уговора на Порталу јавних набавки. У односу на претходни закон продужен је рок из два разлога: ради објективне потребе за дужим роком, имајући у виду да је понуђачу потребно да пре подношења евентуалног захтева за заштиту права изврши у виду документацију (за шта је потребно одређено време) и ради усклађивања са Директивом 2007/66/ЕЗ. Рок од десет, односно пет дана за подношење захтева након доношења одлуке о додели уговора, може се одржати и предајом преко поште препорученом поштиљком пре истека, сагласно општем правилу из члана 104 став 2 Закона о парничном поступку.

Прописано је да примерак захтева за заштиту права подносилац истовремено доставља Републичкој комисији. Ово је одступање од правила општег управног поступка је неопходно, имајући у виду да је у овом случају првостепени орган сам наручилац који хијерархијски није

11 Закон о парничном поступку прописује у чл. 104 ст. 2: „Дан подношења поднеска упућеног суду преко поште препорученом поштиљком или упућеног телеграфским путем сматра се као дан подношења суду.“

подређен другостепеном – Републичкој комисији и да одлучује у поступку у којем и сам има одређени интерес.

У циљу спречавања продужавања рока мировања, предвиђено је да је подносилац захтева дужан да захтев достави на начин да наручилац захтев прими што је могуће пре, што је постигнуто позивањем на сходну примену законских одредби из члана 108 ст. 6 до 9 које регулишу достављање одлуке наручиоца.

Захтевом заштити права не могу се оспоравати радње наручиоца предузете у поступку јавне набавке ако су подносиоцу захтева били или могли бити познати разлози за његово подношење пре истека рока за подношење захтева којим се оспорава врста поступка, садржина позива за подношење понуда или конкурсне документације (то је рок од седам дана пре истека рока за подношење понуда), а подносилац захтева га није поднео пре истека тог рока. Ако је у истом поступку јавне набавке поново поднет захтев за заштиту права од стране истог подносиоца захтева, у том захтеву се не могу оспоравати радње наручиоца за које је подносилац захтева знао или могао знати приликом подношења претходног захтева. Прописивањем овог правила закон је увео преклузију – немогућност оспоравања појединих радњи наручиоца у каснијим фазама поступка, ако је подносилац знао за разлоге оспоравања, односно спорне радње, а није поднео захтев у прописаном року, односно није их оспоравао у раније поднетом захтеву.

О поднетом захтеву за заштиту права наручилац обавештава све учеснике у поступку јавне набавке, односно објављује обавештење о поднетом захтеву на Порталу јавних набавки, најкасније у року од два дана од дана пријема захтева за заштиту права.

V Последице поднетог захтева за заштиту права и привремене мере

1. Суспензивно дејство захтева за заштиту права и изузеци

Подношење захтева одлаже даље активности наручиоца. Дакле, захтев за заштиту права има суспензивно дејство на одлуку наручиоца о избору најповољније понуде, што значи да наручилац не може пуноважно да закључи уговор о јавној набавци са најповољнијим понуђачем до коначности одлуке о захтеву за заштиту права, тј. док Републичка комисија за заштиту права не донесе одлуку, с тим што закон допушта одређене изузетке.¹²

12 Владимир Козар, „Заштита права у поступку јавне набавке“, *Право, теорија и пракса*, бр. 10–12/2011, стр. 27–41.

Последице поднетог захтева за заштиту права ближе су уређене у члану 150 Закона о јавним набавкама. Опште правило је да захтев за заштиту права задржава даље активности наручиоца у поступку јавне набавке, што значи да се после доношења одлуке о додели уговора, не може приступити закључењу уговора све до одлуке Републичке комисије о поднетом захтеву. Републичка комисија на предлог наручиоца може одлучити да захтев нема суспензивно дејство, тј. да се може приступити даљим активностима, нпр. закључењу уговора. Таква одлука назива се привремена мера.

Изузетак, односно одступање од општег правила постоји у случају преговарачког поступка без објављивања позива за подношење понуда из разлога изузетне хитности у коме важ и супротно правило о суспензивности захтева.¹³

Ако је захтев за заштиту права поднет након закључења уговора о јавној набавци у поступцима у којима није прописан обавезан „рок мировања *послџуика*“ после доношења одлуке о додели уговора (уговор је закључен на основу оквирног споразума, затим у случају преговарачког поступка без објављивања позива за подношење понуда из разлога изузетне хитности, или у систему динамичне набавке или након издавања наруџбенице у поступку јавне набавке мале вредности ниже од 400.000 динара), поднети захтев спречава извршење уговора, осим ако Републичка комисија на предлог наручиоца не одлучи другачије.

Дакле, постоје два изузетка од правила о суспензивном дејству захтева, и то:

- први, у преговарачком поступку из разлога изузетне хитности (у коме важи супротно правило);
- други, када Републичка комисија на предлог наручиоца утврди да би задржавање активности наручиоца у поступку јавне набавке проузроковало велике тешкоће у раду или пословању наручиоца, које су не сразмерне вредности јавне набавке, односно значајно угрозило интерес Републике Србије. У случају да Републичка комисија усвоји предлог наручиоца за укидање суспензије, може се приступити закључењу уговора или извршењу већ закљученог уговора, не чекајући исход поступка о поднетом захтеву за заштиту права.

13 У Закону о јавним набавкама, чл. 36 ст. 1 тач. 3 прописано је да наручилац може спроводити преговарачки поступак без објављивања позива за подношење понуда ако због изузетне хитности проузроковане ванредним околностима или непредвиђеним догађајима, чије наступање ни у ком случају не зависи од воље наручиоца, наручилац није могао да поступи у роковима одређеним за отворени или рестриктивни поступак. Околности које оправдавају хитност не могу бити у било каквој вези са наручиоцем.

Ако наручилац сматра да постоје услови за укидање су спензивног дејства захтева, дужан је да одмах по пријему, без претходне провере, захтев за заштиту права и комплетну документацију из поступка јавне набавке достави Републичкој комисији са образложеним предлогом за доношење одлуке да захтев не задржава даље активности, односно да не задржава извршење уговора.

С обзиром да се ради о изузетку треба га веома рестриктивно, уско тумачити у примени.

2. Привремена мера у преговарачком поступку покренутом из разлога изузетне хитности

Са друге стране подносилац захтева може предложити привремену меру којом се задржавају даље активности наручиоца и у преговарачком поступку покренутом из разлога изузетне хитности, а Републичка комисија ће у року од пет дана решењем усвојити предлог и забранити наручиоцу да закључи, односно изврши уговор о јавној набавци, ако сматра да би закључење, односно извршење уговора о јавној набавци без претходне провере правилности поступка, могло да проузрокује знатну штету по јавна средства. Дакле, код примене овог изузетка важи супротно правило – захтев за заштиту права незадржава даље активности наручиоца, али подносилац захтева може предложити да Републичка комисија донесе решење којим се забрањује наручиоцу да закључи, односно изврши уговор о јавној набавци. Након доношења решења о „привременој мери“ поступак се наставља пред Републичком комисијом.

VI Поступање наручиоца после претходног испитивања захтева за заштиту права

Друга фаза представља мериторно одлучивање о захтеву за заштиту права, тј. у тој фази наручилац доноси суштинску одлуку о захтеву у форми решења.

Члан 153 регулише поступање наручиоца после претходног испитивања захтева за заштиту права. Ако утврди да је захтев за заштиту права формално-правно исправан (уредан, благовремен и поднет од стране активно легитимисаног лица), наручилац има две могућности, да усвоји захтев ако утврди да је захтев основан или да достави захтев, одговор на захтев и целокупну документацију Републичкој комисији, ради одлучивања о захтеву, ако сматра да захтев није основан. Ако усвоји

захтев за заштиту права наручилац је дужан да решење достави подносиоцу захтева, понуђачима и Републичкој комисији.

Наручилац је дужан да поступи на један од два прописана начина, у року од пет дана од дана пријема уредног захтева.

У суштини, пропуштање наручиоца да одлучи о захтеву за заштиту права у законом прописаном року од пет дана од дана пријема уредног захтева, тако што ће исти усвојити или доставити „предмет“ Републичкој комисији (чл. 153 ст. 1) има исту последицу као да је захтев одбијен, тј. ствара фикцију да је захтев одбијен, дакле, слично као код „ћутања администрације“ из општег управног поступка. У члану 208 став 2 Закона о општем управном поступку¹⁴ прописано је да „ако орган против чијег је решења допуштена жалба не донесе решење и не достави га странци у прописаном року, странка има право на жалбу као да је њен захтев одбијен. Ако жалба није допуштена, странка може непосредно покренути управни спор пред надлежним судом у складу са савезним законом којим се уређују управни спорови“.

Са друге стране, с обзиром да наручилац нема законско овлашћење да одбије захтев, може се поставити питање да ли је у описаној процесној ситуацији уопште могуће применити правило о „ћутању администрације“ из општег управног поступка. Закон о јавним набавкама не даје одговор на ово питање. Међутим, мора се спречити неажурно поступање наручилаца са поднетим захтевима и одуговлачење поступка, јер се захтев подноси преко наручиоца, а не непосредно Комисији. А један од начина је примена правила о „ћутању администрације“.

Ако подносилац повуче захтев у форми писменог обавештења, наручилац, односно Републичка комисија ће закључком обуставити поступак заштите права.

VII Поступак пред Републичком комисијом

Члан 154 регулише поступак пред Републичком комисијом у вези са поднетим захтевом. И ако наручилац у поступку претходне провере утврђује да ли захтев садржи све обавезне елементе (уредност), као и благовременост и активну легитимацију, и Републичка комисија може одбацити захтева ко утврди да не садржи све обавезне елементе, а подносилац не допуни захтеву накнадно остављеном року. Републичка комисија такође мора да одбаци неблаговремен захтев или ако подносилац нема активну легитимацију.

14 Закон о општем управном поступку (*Службени лист СРЈ*, бр. 33/97, 31/01; *Службени лист РС*, бр. 30/2010).

Закон није прихватио решење да се одређеним подносиоцима може изрећи мера забране подношења захтева за заштиту права, која би представљала процесну сметњу за покретање поступка.

Како би правилно утврдило чињенично стање и ценила поднете доказе, Републичка комисија може да тражи додатну документацију, податке, објашњења и мишљења од наручиоца, подносиоца захтева или других учесника у поступку, Управе за јавне набавке и других лица и да оствари увид у остале документе код странака у поступку јавне набавке. Сва наведена лица дужна су да тражене податке, документацију и мишљења доставе у року који одреди Републичка комисија. Ако то не ураде наручилац или подносилац захтева као странке у поступку, сумња која је последица изостанка наведених доказа, биће узета на штету странке која није поступила по налогу, а члана Републичка комисија ће донети одлуку према стању расположивих доказа у предмету. На овај начин Закон о јавним набавкама је увео правило о терету доказивања приликом оцене доказа ради утврђивања чињеничног стања, које у сличном облику постоји и у парничном поступку.¹⁵ И у поступку пред Републичком комисијом требало би да важи правило да се не доказују негативне чињенице. Према мишљењу правне теорије странка не може доказивати негативну чињеницу. Напротив, терет доказивања позитивне спорне чињенице је на противној странци. Јер, „свака странка сноси терет доказивања чињенице која њој по материјалном праву иде у прилог“.¹⁶

Члан 155 предвиђа могућност одржавања усмене јавне расправе, када сложеност чињеничне или правне ситуације то захтева. Подносилац захтева може предложити одржавање усмене расправе у захтеву за заштиту права, а наручилац у одговору на захтев. Прописано је да се усмена расправа одржава у просторијама Републичке комисије, а да се јавност може искључити ради заштите пословне тајне или тајних података. О усменој расправи сачињава се записник.

VIII Одлука Републичке комисије

Чланом 157 прописан је начин одлучивања Републичке комисије и форма одлука које доноси. Републичка комисија одлучује у границама поднетог захтева за заштиту права, али и о повредама за које подносилац захтева није знао, ако јесу утицале на одлуку наручиоца у поступку јавне набавке. Ово је неопходно, зато што подносилац захтева често

15 Владимир Козар, *Коментар Закона о парничном поступку са судском праксом и рејсџром појмова*, Београд, 2011, стр. 312.

16 Б. Познић, *нав. дело*, стр. 256

нема довољно знања у овој области (нарочито када су у питању предузетници и мала предузећа), а са друге стране трошкови правне помоћи могу одвратити понуђаче и друга заинтересована лица од подношења захтева.

Закон изричито одређује да Републичка комисија по службеној дужности испитује и да ли су испуњени законски услови за примену одређеног поступка јавне набавке. На овај начин без обзира на разлог подношења захтева за заштиту права, Републичка комисија ће проверити оправданост изабраног поступка јавне набавке, што ће допринети стварању добре праксе у овом домену примене закона. Такође, по службеној дужности Републичка комисија проверава да ли су прекршене одредбе закона због којих се уговор може поништити или се сматра ништавим. Према томе, Закон о јавним набавкама поред расправног начела и начела диспозиције, уводи и ограничено истражно начело, односно начело официјелности, омогућавајући Републичкој комисији да одређене чињенице утврђује по службеној дужности.

Поред тога, у наведеним случајевима када је законом дозвољена примена истражног начела, изричито је прописано да Републичка комисија може наставити поступак и ако подносилац захтева за заштиту права повуче захтев. У том случају Републичка комисија неће обуставити поступак, применом члана 153 став 4, већ ће наставити и даље водити поступак без захтева овлашћеног предлагача. На овај начин поступак заштите права од акузаторског поступка прелази у једну врсту инквизиторског поступка, који се покренуо на захтев овлашћеног предлагача, односно подносиоца захтева, а после повлачења захтева за заштиту права, даље се наставља и води по службеној дужности. Инквизиторски поступак у нашем правном систему постојао је у Закону о стечају (чл. 150–155) под називом „Посебан поступак у случају дуготрајне неспособности за плаћање“,¹⁷ али су те одредбе оглашене неуставним одлуком Уставног суда од 12. јула 2012. године и престале да важе даном објављивања те одлуке.¹⁸

Републичка комисија изводи доказе за које оцени да су од утицаја за доношење правилне и законите одлуке о поднетом захтеву за заштиту права. Управо због овога, код вреднијих набавки предвиђено је учешће вештака, који треба да помогну члановима да изведе потребне доказе у примереном року.

Одлука Републичке комисије може бити закључак или решење. Закључком се одбацује захтев за заштиту права, одбацује жалба подносиоца захтева, обуставља поступак заштите права и одбацује захтев за

17 Владимир Козар, *Коментариј сјечајних закона*, Београд, 2010, стр. 133 и 134.

18 *Службени гласник РС*, бр. 71/2012 од 25. јула 2012. године.

покретање прекршајног поступка. То су процесне одлуке, а мериторне одлуке се доносе у форми решења. Решењем се усваја или одбија захтев за заштиту права и жалба подносиоца захтева, усваја или одбија предлог наручиоца да захтев нема суспензивно дејство, или привремена мера забране закључења или извршења уговора у преговарачком поступку покренутом из разлога изузетне хитности, изриче новчана казна, поништава уговор и одлучује у прекршајном поступку.

Постоје четири врсте одлука које доноси Републичка комисија у поступку заштите права, а од тога су прва, друга и четврта врста процесне природе, док је трећа врста суштинске природе и тиче се мериторног решавања захтева:

У прву групу одлука спадају закључци из члана 157 став 5 тачка 1, којим Републичка комисија одбацује захтев за заштиту права.

У прву групу одлука спада и закључак из члана 157 став 5 тачка 3, којим Републичка комисија одбацује жалбу као недопуштену, неблаговремену или изјављену од стране неовлашћеног лица. Реч је о жалби на закључак из члана 152 којим је наручилац одбацио захтев за заштиту права који је поднет неблаговремено или од стране лица које нема активну легитимацију, у поступку претходне провере захтева.

У другу врсту одлука спада закључак којим Комисија обуставља поступак на основу пријема писменог обавештења о повлачењу захтева за заштиту права пре доношења одлуке (чл. 157 ст. 5 тач. 2).

Трећа група одлука јесу решења из члана 157 став 6 Закона о јавним набавкама којим Комисија мериторно одлучује о захтеву тако што усваја захтев за заштиту права и, у целини или делимично, поништава поступак јавне набавке, уколико је захтев за заштиту права основан (тач. 1) или одбија захтев за заштиту права као неоснован (тач. 2). У ову групу спада и решење којим Комисија поништава уговор.

Четврту врсту одлука представљају процесна решења (чл. 157 ст. 6 тач. 3) о жалбама на закључке наручиоца којим Комисија може да потврди закључак наручиоца или поништи закључак наручиоца и наложи даље поступање наручиоца у вези са садржином захтева за заштиту права (када је наручилац одбацио неуредан захтев – чл. 151 ст. 3) или у вези са претходним испитивањем захтева за заштиту права (када је наручилац одбацио неблаговремен захтев или захтев поднет од стране неовлашћеног лица, које нема активну легитимацију – чл. 152). У ову групу спада и решење о изрицању новчане казне (чл. 157 ст. 6 тач. 7).

Саставни део одлуке Републичке комисије је образложење, као и налог наручиоцу да предузме одређене мере у циљу законитог завршетка поступка јавне набавке. Најдужи рок који може одредити комисија је 25 дана од дана пријема одлуке.

IX Закључак

Заштита права и то у свим стадијумима поступка јавне набавке остварује се у посебном (управном) поступку. Закон о општем управном поступку у члану 3 дозвољава могућност прописивања посебних управних поступака, тако што предвиђа да: „одредбе закона којима се, због специфичне природе управних ствари у појединим управним областима, прописују неопходна одступања од правила општег управног поступка, морају бити у сагласности са основним начелима утврђеним овим законом.“

Овај поступак покреће се посебним правним средством – *захтевом за заштитију права*.

Закон као активно легитимисане за покретање поступка за заштиту права одређује понуђача, подносиоца пријаве, кандидата и свако заинтересовано лице. У име ових лица захтев за заштиту права може да поднесе и пословно удружење, које поступа као њихов заступник. Захтев за заштиту права може да поднесе и Управа за јавне набавке, Државна ревизорска институција, јавни правобранилац и грађански надзорник.

Подношење захтева одлаже даље активности наручиоца. Дакле, захтев за заштиту права има суспензивно дејство на одлуку наручиоца о избору најповољније понуде, што значи да наручилац не може пуноважно да закључи уговор о јавној набавци са најповољнијим понуђачем до коначности одлуке о захтеву за заштиту права, тј. док Републичка комисија за заштиту права не донесе одлуку, с тим што закон допушта одређене изузетке.

Поступак доношења мериторне одлуке је једноступен – одлучују наручилац (државни орган, организација, установа или друго правно лице одређено овим законом (нпр. Јавно предузеће) и/или Републичка комисија за заштиту права као посебан управни орган, односно управна организација, са својством правног лица, а двостепеност је предвиђена за одлучивање по жалбама на процесне закључке наручиоца (којим одбацује захтев као неуредан, неблаговремен, поднет од стране неовлашћеног лица).

Закон о јавним набавкама поред расправног начела и начела диспозиције, уводи и ограничено истражно начело, односно начело официјелности, омогућавајући Републичкој комисији да одређене чињенице које се тичу неважности уговора утврђује по службеној дужности.

Рок за доношење одлуке о захтеву је одређен (чл. 158), а у случају његовог прекорачења прописана је претпоставка о „*ћушању администрације*“ када се сматра да је захтев за заштиту права одбијен, па је дозвољена тужба у управном спору (чл. 159 ст. 3).

Против одлуке Републичке комисије не може се изјавити жалба, али се може покренути управни спор. (чл. 159 ст. 1 и 2), што значи да је одлука Републичке комисије коначна, али не и правноснажна.

Vladimir KOZAR, PhD

Assistant Professor at Faculty of Law at University of Commercial Academy

Special Advisor at NLB, doo Belgrade

PROTECTION OF RIGHTS IN PUBLIC PROCUREMENT PROCESS

Summary

Protection of rights in all phases of public procurement process is carried out in a separate (administrative) proceeding. The Law on Administrative Procedure in article 3 allows for the possibility of prescribing specific administrative procedures, and stipulates that “the provisions of the law”, due to specific nature of administrative matter since certain administrative areas, provide for necessary exceptions to the general rules of administrative proceedings and must be in accordance with the basic principles laid down by this law.

This procedure is initiated by a special remedy – request for the protection of rights.

Procedure for ruling in merits is one instance procedure – decision made by purchaser (state agency, organization, institution or other legal entity, as defined by this law (e.g. a public company) and/or the Republic Commission for the Protection of Rights as a special administrative organ or governing organization, with the status of legal entity and two instances are provided for deciding upon appeals on procedural conclusions of a purchaser (rejects the request as incomplete, untimely, submitted by an unauthorized person).

The deadline for making a decision on the request is determined, and in case of exceeding prescribed deadline there is an assumption of “silence of the administration” when it is considered that the request for the protection of rights is denied and the complaint is allowed in administrative proceedings.

The decision of the National Commission cannot be appealed, but an administrative dispute can be initiated, which means that the decision of the National Commission is final, but not enforceable.

Key words: *request, protection of rights, public procurement, administrative proceedings.*

Драгољуб СИМОНОВИЋ
адвокат у Београду

НЕТИПИЧНИ ОБЛИЦИ УГОВОРА О ПРОДАЈИ

Резиме

Под типичним (основним) обликом уговора о продаји аутор под-разумева уговор о продаји који је дефинисан одредбом члана 454 ст. 1 Закона о облигационим односима у складу основних обавеза уговорника – предаје ствари и плаћања цене, уз предузимање културне ствари.

Код основног облика уговора о продаји, типичној и због тога што се најчешће закључује у пракси, постоји једновременост престајања уговорника (мали временски размак, изражен у данима или седмицама, аутор занемарује) или су престајање дефинитивне, и слично.

Као нетипичне, аутор описује оне уговоре о продаји код којих нема једновременост престајања, на пример, право својине се не преноси на купца док не исплати у целини уговорену цену (последњу рату код продаје на чек) – уговор о продаји са задржавањем права својине или када престајање нису дефинитивне, као код уговора о продаји са правом тражења поволније купца.

Познато је да је предмет уговора о продаји ствар или (имовинско) право. Но, предмет овог уговора може бити и сторно право. Уговор о продаји сторног права је редак у пракси и слабо је заступљен у правној литератури, те га је аутор означао нетипичним обликом у право из наведених разлога.

Кључне речи: уговор, продаја, основни и нетипични облик продаје.

I Увод

Основни облик уговора о продаји дефинисан је одредбом члана 454 ст. 1 Закона о облигационим односима.¹ Уговором о продаји обавезује се продавац да пренесе на купца право својине на продату ствар и да му је у ту сврху преда, а купац се обавезује да плати цену у новцу и преузме ствар.

У појму уговора о продаји садржане су основне обавезе уговорника. Продавац је дужан да купцу пренесе право својине на продату ствар и да му је преда, а купац се обавезује да купљену ствар прими (преузме) и да продавцу плати уговорену цену.

Као одступања од основног, горе дефинисаног облика уговора о продаји, аутор је одабрао за опсервацију неколико облика (модалитета) овог уговора, означивши их као нетипичне због извесних разлика у односу на основни (типични) облик, те из разлога што су ретки у пракси и недовољно заступљени у правној литератури.

Упркос чињеници да су ретки у пракси, аутор је нетипичне облике уговора о продаји одабрао за кратку опсервацију, у уверењу да су исти недовољно познати и правничкој јавности, а веома су интересантни.

II Уговор о продаји са задржавањем права својине

Продаја са задржавањем права својине (*Pactum reservati dominii*) представља облик продаје са посебним погодбама. Њој ЗОО посвећује два члана.² Продавац одређене покретне ствари може посебном одредбом уговора задржати право својине и после предаје ствари купцу, све док купац не исплати цену у потпуности.³

Код основног облика купопродаје, по правилу, престације уговорних страна су једновремене. Купац плаћа цену, а продавац му предаје ствар у непосредну државину. У моменту пријема купац стиче право својине на купљеној покретној ствари (на непокретности право својине стиче се тек уписом у јавни регистар непокретности).

Продаја са задржавањем права својине је изузетак у односу на наведено правило. Код овог уговора о продаји са посебним погодбама продавац задржава право својине на продатој ствари и после њене

1 Закон о облигационим односима (Сл. лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, Сл. лист СРЈ, бр. 31/93, Сл. лист СЦГ, бр. 1/2003 – Уставна повеља, у даљем тексту: ЗОО).

2 ЗОО, чл 540–541.

3 ЗОО, чл. 540 ст. 1.

предаје купцу, све до момента у коме овај исплати цену у потпуности, када стиче право својине на купљеној ствари (*factum reservati dominii*).

Задржавање права својине се уговара нарочито код куповине на почек, када се пренос права својине на продатој ствари одлаже до исплате последње рате уговорене цене. Код овог посебног облика купопродаје предаја продате покретне ствари не представља акт стицања својине за купца, већ купац њиме стиче само државину ствари. Државина ће „пре-расти“ у својину тек у моменту када купац исплати цену у потпуности.

Како је ЗОО нагласио, продаја са задржавањем права својине могућа је само на покретној ствари. Такво решење је углавном заступљено и у упоредном законодавству.⁴ Међутим, у правној теорији има заговорника става да се продаја са задржаним правом својине може применити и на непокретност, наводећи за то два разлога. Први, продаја непокретних ствари са задржавањем права својине није противна јавном поретку. Други разлог је искуствен, будући да се у пракси неретко дешава да продавац непокретности задржи извршење преноса права својине у земљишној или другој јавној књизи док му купац не исплати цену у потпуности.

У нашем праву пре доношења ЗОО, ни у правним правилима предатног права, институт продаје уз задржавање права својине није био обухваћен, али је његову примену признавала теорија и пракса.⁵

Задржавање права својине представља својеврсно средство обезбеђења продавца у односу на купчеву основну обавезу да му исплати цену. Уговарањем клаузуле о задржавању права својине на продатој и предатој ствари продавац обезбеђује своје потраживање према купцу, тако што купац у моменту предаје не постаје сопственик продате ствари, те не може њом располагати док цену не измири продавцу у целости.

Задржавање права својине има дејства према купчевим повериоцима само ако је учињено у облику јавно оверене исправе, пре купчевог стечаја или пре пленидбе ствари.⁶ Уговорна одредба о задржавању права својине код овог уговора о продаји са посебним погодбама, осим што изазива правно дејство између продавца и купца, релевантна је и за трећа лица. Генерално посматрано, „обично“ задржавање права својине нема правног дејства према трећим лицима (купчевим повериоцима). Оно је за њих релевантно само ако је учињено у облику јавне оверене ис-

4 На пример, у швајцарском Законнику о облигацијама и уговорима, немачком ГЗ, енглеском Закону о продаји добара, италијанском ГЗ, пољском ГЗ.

5 Иван Букљаш, Борис Визнер, *Коментар Закона о облигационим (обвезним) односима*, трећа књига, Загреб, 1979, стр. 1779.

6 ЗОО, чл. 540 ст. 2.

праве, пре купчевог стечаја или пре пленидбе ствари. У овом контексту, јавно оверена исправа је потребна због сигурности правног промета, у односу на потенцијална права трећих лица (купчевих поверилаца).

До момента потпуне исплате цене, купац код овог облика уговора о продаји не може стећи право својине на купљеној ствари. То значи да до наведеног момента он не може предметну ствар отуђити (путем уговора о продаји, уговора о поклону и сл.), нити на други начин њом располагати на правно ваљан начин, с обзиром на то да није постао сопственик ствари, него само њен држалац. За разлику од својине која представља правну власт на ствари, укључујући и право њеног располагања (отуђења), државина је фактичка власт на ствари.

На покретним стварима о којима се воде посебне јавне књиге може се задржати право својине само ако је то предвиђено прописима о уређењу и вођењу тих књига.⁷ Јавни регистри се, по правилу, воде за непокретне ствари. У ретким случајевима они се воде за покретне ствари (на пример, регистар бродова). Код јавно регистрованих покретних ствари уговарање продаје са задржањем права својине могуће је само ако је то предвиђено посебном јавном књигом у којој је таква ствар уписана (регистрована).

Клаузула о задржавању права својине уговара се посебном одредбом у самом уговору о продаји. Међутим, с обзиром на диспозитивну природу законске норме која то прописује, продавац и купац могу уговорити задржавање права својине и после закљученог уговора о продаји, све до момента предаје ствари купцу. Ризик случајне пропасти или оштећења ствари сноси купац од часа када му је ствар предата.⁸

Ризик случајне пропасти или оштећења ствари сноси њен сопственик, у складу са древним принципом *res perit domino* (ствар чува господар, власник). Код основног облика уговора о продаји предаја покретне ствари и стицање права својине на њој временски се поклапају. Отуда, код основног вида купопродаје предајом покретне ствари продавац се „развлашћује“, а купац њеним пријемом стиче право својине.

С обзиром на специфичност уговора о продаји са задржавањем права својине, питање преласка ризика је уређено тако да представља одступање од основног правила. Код тог посебног вида купопродајног уговора стицање права својине на покретној ствари је одложено до момента потпуне исплате цене. Отуда и законска одредба да ризик случајне пропасти или оштећења ствари сноси купац од момента када му је ствар предата, иако он и том моменту не постаје сопственик ствари, већ само њен држалац.

7 ЗОО, чл. 540 ст. 3.

8 ЗОО, чл. 541.

Ако ствар случајно пропадне, престаје продавчево право располагања (својине), а купац је дужан продавцу платити цену према уговору. Ако се ствар случајно оштети, купац је дужан платити продавцу пуну цену.⁹

Веома је интересантно питање поларизације теоријских ставова у погледу правне природе уговора о продаји са задржавањем права својине. Према једном схватању, продаја са посебном погодбом о задржавању права цене у суштини представља заложно право на продатој и предатој покретној ствари, ради обезбеђења потраживања исплате цене. Природу овог уговора треба истраживати по циљу који се њим постиже, а не по употребљеним изразима. Није битно што се ова врста обезбеђења продавца не назива заложним правом, већ задржавањем права својине, она је по свом циљу заложно право.¹⁰

Ипак, задржавање права својине није исто што и заложно право. Такво право се конституише на страни дужника како би се поверилац обезбедио у случају неисплате дуга. Задржавањем права својине не конституише се никакво стварно право на туђој ствари, већ продавац задржава своје право својине до потпуне исплате цене. С обзиром на то да купац није постао власник, он не може правно располагати са ствари. У супротном, ако би то било заложно право, купац би као дужник и власник заложене ствари ову могао отуђивати. То што се задржавањем права својине врши обезбеђење продавчевог потраживања, не може бити разлог за његово изједначење са заложним правом.¹¹

Већи број аутора, одбацујући заложно право као објашњење правне природе уговора о продаји са задржавањем права својине, прихвата становиште по коме се задржавање права својине може објаснити помоћу услова схваћеног у правно-техничком смислу. Међутим, када се постави питање шта се овде условљава (уговор или предаја ствари) и какав је услов присутан (одложни или раскидни), онда долази до деобе аутора у више праваца. По једнима, овде се не условљава сам уговор већ предаја ствари као начин преноса својине. По другима, закључење уговора је безусловно, али је плаћање цене везано за услов. Чини се да се овде не може говорити о условљавању акта предаје ствари или исплате цене већ да се ради о условљавању самог уговора о купопродаји.¹²

Због сврхе овог облика продаје, нека права га везују за продају на отплату. На пример, италијанско право прописује да купац стиче

9 И. Букљаш, Б. Визнер, *нав. дело*, стр. 1779.

10 Слободан Перовић, *Коментар Закона о облигационим односима, књига друга*, Савремена администрација, Београд, 1995, стр. 996.

11 С. Перовић, *нав. дело*, стр. 996.

12 *Ibid.*

право својине тек исплатом последње рате код уговора о продаји на отплату.¹³

Правно и економско значење овог облика продаје је у томе што продавцу пружа већу заштиту наплате његових потраживања.¹⁴

У преднацрту Грађанског законика Републике Србије¹⁵ уговору о продаји са задржавањем права својине посвећена су два члана (чл. 605 и 606), са преузетим (идентичним) формулацијама из чл. 540 и 541 ЗОО.

III Уговор о продаји са правом откупа

Продаја са правом откупа представља традиционални вид купо-продаје који у савременим условима промета губи на значају. Упркос тој чињеници, овим уговором се треба позабавити у основним његовим обележјима и особеностима, пошто и овај модалитет указује на варијантност, обиље специфичних клаузула, разноликост правних мишљења и на изазове научне мисли код незаобилазног уговора о продаји.

Овај традиционални и веома сложени правни институт (продаја ствари и њена куповина од стране продавца) не само што је у дугом периоду представљао мисаони изазов за правне теоретичаре, већ је пронашао примерено место у већини класичних грађанских кодификација.¹⁶

У упоредном праву постоји разноликост рокова трајања продавчевог права откупа, у распону од две године за покретне ствари¹⁷ до 30 година за непокретности.¹⁸ Постоје разлике у регулативи и у другим питањима у вези са продајом са правом откупа (врста ствари на које се примењује, преносивост права откупа, реституција цене).

Према АГЗ, примењиваном на нашим просторима, продаја са правом откупа је могућа само код непокретности, право откупа је за продавца доживотно, а не може се преносити на наследнике. Према СГЗ, право откупа траје за живота продавца, уколико није уговорено време, не може се пренети за живота нити на наследнике, а не прави се разлика у врсти ствари на које се откуп примењује.

13 Члан 1523 ГЗ Италије, чл. 1523.

14 И. Букљаш, Б. Визнер, *нав. дело*, стр. 1779.

15 Комисија Владе за израду Грађанског законика Републике Србије, *Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, друга књига Облигациони односи*, Генерални секретаријат Владе, Београд, 2009, стр. 197.

16 На пример, у швајцарском Законику о облигацијама и уговорима, АГЗ, француском ГЗ, немачком ГЗ, италијанском ГЗ, мађарском ГЗ, пољском ГЗ.

17 Према италијанском ГЗ.

18 Према немачком ГЗ.

У Скици за законик о облигацијама и уговорима (у даљем тексту: Скица)¹⁹ постоји обиље норми о продаји са правом откупа. С обзиром на то да у Србији не постоје позитивни правни извори о овом модалитету продаје, аутор се определио да презентује решења из Скице, верујући да је то корисно, будући да се ради о веома интересантном облику продаје, упркос чињеници да ЗОО није преузео овај уговор из Скице.

Продавац може посебном одредбом уговора задржати за себе право да раскине уговор и узме ствар натраг, а купцу врати цену (право откупа). Право откупа може бити уговорено само истовремено са продајом, а кад је уговорено доцније, онда је то нов уговор о продаји са одложним условом између истих лица, али са промењеним улогама.²⁰

Кад је у корист продавца уговорено право откупа, купац не може отуђити ствар, нити је може оптеретити, нити вршити на њој суштинске промене. Отуђење и оптерећење немају дејства према продавцу ако је трећи знао или није могао не знати за продавчево право откупа и продавац може тражити враћање ствари од трећег лица, као и скидање терета.²¹

Право откупа непокретних ствари може се уговорити најдуже за шест година, а покретних за три године. Уговорени рок не може се накнадно продужити. Ако трајање права откупа није уговором одређено или ако је уговорен дужи рок него што је законом дозвољено, сматраће се да је уговорен најдужи дозвољен рок.²²

Право откупа прелази на наследнике и може бити пренесено на другог.²³ Откуп се врши изјавом продавца купцу. Кад је предмет откупа нека непокретна ствар, изјава о откупу мора бити саопштена купцу писмено.²⁴

Ради наплате свог доспелог ненамиреног потраживања, сваки продавчев поверилац може вршити право откупа, али купац може спречити раскидање уговора ако исплати повериоцу разлику између вредности коју је ствар имала у часу закључења уговора и цене коју је за њу платио. Потраживање продавчевог повериоца прелази на купца у мери у којој га је исплатио, а право откупа се гаси.²⁵

19 Михаило Константиновић, *Облигације и уговори – Скица за Законик о облигацијама и уговорима*, Београд, 1996.

20 Скица, чл. 455.

21 Скица, чл. 467.

22 Скице, чл. 468.

23 Скица, чл. 469.

24 Скица, чл. 470.

25 Скица, чл. 471.

Истовремено са изјавом о откупу продавац је дужан вратити купцу цену и накнадити му трошкове које је овај имао око уговора или их у случају купчевог одбијања положити код суда. Кад је за откуп уговорена већа цена од оне за коју је ствар продата, продавац није дужан исплатити више од вредности ствари у време откупа, али не може исплатити ни мање него што је предвиђено у претходном ставу. Камата на цену и користи које је купац имао од ствари до раскида пребијају се.²⁶

Ако је купац чинио трошкове око ствари, продавац је дужан накнадити му све нужне трошкове, а од корисних трошкова онолико колико је од њих ствар добила у вредности.²⁷

Купац може скинути додатке које је учинио на ствари, ако се ови могу одвојити без оштећења ствари, али их продавац може задржати ако исплати купцу њихову вредност у време раскидања уговора, а највише до износа издатака учињених за њих.²⁸

Да се наш законодавац определио за увођење уговора о продаји са правом откупа као облика уговора са посебним погодбама, решења из Скице би му послужила као изванредан узор, с обзиром на целовитост регулативе и бриљантан правнички језик професора Михаила Константиновића.

Ако ранији савезни законодавац није имао „слуша“ за овај посебан облик уговора о продаји, остаје нада да ће га имати српски законодавац *pro futuro*, кад буде донео Грађански законик.

Комисија за израду Грађанског законика Србије предлаже враћање у нашу легислативу уговора о продаји са правом откупа, предлажући решења која се у највећој мери поклапају са одредбама из Скице професора Михаила Константиновића.

IV Уговор о продаји са правом тражења повољнијег купца

Овај облик уговора о продаји није регулисан у ЗОО. О њему ни Опште узансе за промет робом не садрже одредбе.²⁹ Ово је, дакле, уговор без диспозитивних законских одредаба и без икаквих прописаних ограничења, те је у сфери потпуне аутономије воље уговорних страна. Он је редак у пракси, те ни у јудикатури није заузео неко значајније место.

26 Скица, чл. 472.

27 Скица, чл. 473.

28 Скица, чл. 474.

29 Опште узансе за промет робом (*Службени листи ФНРЈ*, бр. 15/1954, у даљем тексту: ОУ).

Велики помагач у одређивању природе и основних обележја овог уговора, као и његових специфичности, јесте правна доктрина. Она ће и аутору помоћи у излагању елементарних одредница овог специфичног облика продаје. Иако нема већег значаја у трговинском промету, са овим уговором се треба упознати, просто из разлога сагледавања варијантних могућности уговора о продаји, несумњиво најраспрострањенијег уговора и школског примера за опсервацију разноликих могућности уговорних страна кад су неспутане и предате потпуној аутономији воље.

Уговор о продаји са правом тражења повољнијег купца јесте врста уговора о продаји на основу кога се продавац обавезује да купцу пренесе право својине на продату ствар и да му је преда, а купац се обавезује да плати износ цене и преузме ствар, све под условом да ту исту ствар продавац може доцније продати трећем лицу под повољнијим приликама.³⁰

За овакву продају продавац ће се обично одредити кад је у економској нужди и у посебној журби, те изражава спремност да одређену ствар прода испод њене стварне вредности, тј. за нижу цену од оне коју би у редовним приликама могао постићи. Овим уговором продавац задржава широко овлашћење које му омогућује да већ продату ствар прода другом купцу под повољнијим условима од оних које је остварио у првој продаји.

Рок у коме продавац може пронаћи бољег (повољнијег) купца треба утврдити самим уговором. У одсуству тога, треба „консултовати“ добре трговинске обичаје и правну доктрину.

Према једном правном ставу, рок за тражење повољнијег купца за покретне ствари треба да износи три дана, а за непокретности једну годину.³¹

Настанак првобитног уговора зависи од будуће и неизвесне чињенице (услова) да ли је продавац пронашао другог повољнијег купца у предвиђеном року. Услов је раскидан и ова врста уговора о продаји престаје важити ако се услов испуни, тј. ако продавац пронађе повољнијег купца. Повољнији купац је онај који нуди већу цену или плаћање исте цене одједном уместо на рате, као и купац који ће сносити трошкове преузимања и одвожења робе, итд.

Купац из првог уговора није овлашћен да пристане на услове које нуди нови купац, како би уговор према њему и даље деловао. Са циљем заштите интереса првог купца, у правној науци се истиче да би њему требало омогућити да и он може прихватити повољније услове које нуди нови купац и да тако спречи раскид првог уговора.³²

30 Илија Бабић, *Лексикон облигационог права*, Београд, 2001, стр. 317.

31 Богдан Лоза, *Облигационо право*, књига друга, Српско Сарајево, 2000, стр. 50.

32 И. Бабић, *нав. дело*, стр. 317.

Ако је продавац пронашао бољег купца, првобитни уговор о продаји престаје. Продавац из првог уговора је овлашћен да од првог купца захтева враћање ствари, уз обавезу да купцу врати плаћену цену. Купац не одговара за случајну пропаст или оштећење ствари до раскида уговора. Он ће одговорати само по правилима субјективне деликтне одговорности, тј. уколико је својом кривицом уништио или оштетио ствар.

За случајну пропаст или оштећење ствари у року предвиђеном за проналажење повољнијег купца одговоран је, међутим, ранији купац и првобитни уговор остаје на снази. Такав купац је одговоран продавцу за штету која му је настала због немогућности да закључи и испуни нови уговор о продаји са повољнијим купцем. У случају да је ранији купац, у року за проналажење бољег купца, отуђио ствар трећем несавесном лицу, продавац је овлашћен да побија уговор ранијег купца и трећег лица и да захтева да се ствар њему преда.³³

V Уговор о продаји ради покрића

Према систематици ЗОО, уговор о продаји ради покрића није смештен у одељак који регулише модалитете продаје са посебним погодбама, већ овај вид продаје, односно куповине, ЗОО регулише у оквиру одељка о накнади штете у случају раскида продаје.

Кад је предмет продаје извесна количина ствари одређених по роду, па једна страна не изврши своју обавезу на време, друга страна може извршити продају ради покрића, односно куповину ради покрића, и захтевати разлику између цене одређене уговором и цене продаје, односно куповине ради покрића. Продаја, односно куповина ради покрића мора бити извршена у разумном року и на разуман начин. О намераваној продаји, односно куповини ради покрића, поверилац је дужан обавестити дужника.³⁴

Пре више од пола века у нашој јудикатури изражен је став да се не сматра куповином ради покрића она куповина која је извршена пре него што је купац обавестио продавца да ће одустати од уговора о купопродаји и извршити куповину од трећег.³⁵

О продаји, односно куповини ради покрића, ОУ се не изјашњавају у посебним узансама, већ у оквиру других узанси (бр. 211 и 212) које се налазе у правнотехничким јединицама које уређују права купца у

33 Б. Лоза, *нав. дело*, стр. 50.

34 ЗОО, чл. 525.

35 Одлука Врховног привредног суда, Сл. 773/55.

случају одустанка од уговора о продаји због доцње продавца³⁶ и права продавца у случају одустанка од уговора због доцње купца.³⁷

Кад одустане од уговора о купопродаји због доцње продавца, купац може по свом избору, између осталог, купити од трећег лица робу коју му је продавац био дужан испоручити и тражити од продавца разлику између цене коју је са њим уговорио и више цене по којој је робу купио од трећег лица, затим накнаду трошкова око куповине робе, као и накнаду друге штете коју је претрпео због неизвршења испоруке од стране продавца, о чему мора на сигуран начин и на време обавестити продавца о намераваној куповини ради покрића, а куповину мора извршити у примереном року.³⁸

Одредбе ОУ о куповини ради покрића (исто важи и за продају ради покрића) срочене су једноставним и јасним правним језиком, те се оне могу употребљавати као допунска правила одредбама ЗОО које су недоречене и, стога, тешке за разумевање суштине куповине, односно продаје ради покрића.

Кад одустане од уговора због доцње купца, продавац може по свом избору, између осталог, продати трећем лицу робу коју је купац био дужан да прими и тражити од купца разлику између цене коју је са њим уговорио и ниже цене по којој је робу продао трећем лицу, затим накнаду трошкова око продаје робе, као и накнаду друге штете коју је претрпео због неиспуњења обавезе од стране купца, о чему мора на сигуран начин и на време обавестити купца о намераваној продаји ради покрића, а продају извршити у примереном року.³⁹

И за продају ради покрића и за куповину ради покрића ЗОО прописује истоветне услове. Први услов је објективне природе. Он се односи на то да се продаја, односно куповина ради покрића могу применити само када су у питању ствари одређене по роду (генеричне ствари). Дакле, предмет продаје (куповине) ради покрића не могу бити индивидуално одређене ствари. Таква одредба наводи на закључак да се продаја (куповина) ради покрића примењује код уговора о продаји у привреди.

Оваква рестриктивност ЗОО у погледу одређивања врсте ствари (генеричне) које могу бити предмет продаје (куповине) ради покрића прилично зачуђује. Ово нарочито из разлога што у ОУ није прецизирана врста ствари на које се примењују правила продаје (куповине) ради покрића, што значи да би предмет овог облика продаје (куповине) могле

36 ОУ, Узанса број 211.

37 ОУ, Узанса број 212.

38 ОУ, Узанса број 211 ст. 1 ал. 3 и ст. 2.

39 ОУ, Узанса број 212 ст. 1 ал. 3 и ст. 2.

бити и индивидуално одређене ствари. Такође, ни Једнообразни закон за међународну продају телесних покретних ствари не прецизира врсту ствари која је релевантна код продаје (куповине) ради покрића.

Још је мање схватљиво што ЗОО захтева да је предмет куповине ради покрића „извесна количина ствари“, што значи да ако је предмет једна ствар (на пример, један фрижидер), не би могло доћи до продаје или куповине ради покрића. Сматрамо да би биле ваљане одредбе уговора о продаји којима би продавац или купац предвидели право да изврше продају или куповину ради покрића кад је предмет уговора о продаји индивидуално одређена ствар или је уговор о једној ствари, иначе по роду одређеној.⁴⁰

Други услов је субјективне природе. За примену правила о продаји (куповини) ради покрића потребно је да постоји доцња продаваца или купца у извршењу уговорних обавеза. У случају доцње продаваца са извршењем обавезе испоруке робе, примењују се правила куповине ради покрића. Обрнуто, у случају доцње купца са пријемом робе или због плаћања цене у уговореном року примењују се правила продаје ради покрића.

Примена правила о продаји (куповини) ради покрића подразумева неиспуњење обавеза уговорних страна у целини. Међутим, нема сметње да се та правила примене и у случају делимичног неиспуњења обавеза. Тако, продавац би имао право на продају ради покрића и у случајевима кад је купац исплатио само део цене, односно кад је преузео само део уговорене количине робе.

Предмет продаје (куповине) ради покрића су ствари исте врсте и квалитета као ствари које су предмет основног уговора о продаји. Ово значи да продавац (купац) није дужан да се покрије робом бољег квалитета од оног који је предвиђен основним уговором о продаји. Али, то не би требало да буде правило без изузетка, нарочито када је на тржишту у време продаје (куповине) ради покрића тешко наћи робу квалитета који је уговорен основним уговором о продаји.

Такав став дуго егзистира у нашој судској пракси. Тако, у куповини ради покрића купац се може покрити куповином робе бољег квалитета од уговореног само изузетно и под одређеним околностима, тј. да робу истог квалитета није могао наћи на тржишту или да то није могао учинити без великих тешкоћа.⁴¹

Шта се дешава у случају робе горег квалитета? Купац се увек може покрити куповином робе горег квалитета од уговореног, с обзиром на то да тиме не вређа интересе продавца који је пао у доцњу са извршењем обавезе испоруке робе.

40 С. Перовић, *нав. дело*, стр. 976.

41 Одлука Врховног привредног суда, Сл. 140/62.

У сваком случају, код куповине (продаје) ради покрића у погледу квалитета робе треба се, колико је могуће, држати начела еквиваленције. Роба купљена ради покрића мора бар приближно да одговара роби која је била предмет купопродајног уговора.⁴²

Накнада штете код продаје (куповине) ради покрића представља конкретну штету. Она представља разлику између уговорене цене и цене остварене при продаји (куповини) ради покрића. Осим такве штете, продавац (купац) има право и на накнаду друге штете проузроковане неизвршењем уговорне обавезе друге стране, као и право на накнаду трошкова изазваних продајом (куповином) ради покрића.⁴³

Да би продавац (купац) имао права која произлазе из продаје (куповине) ради покрића, потребно је да је продаја (куповина) ради покрића извршена у разумном року и на разуман начин. Како нису утврђени стандарди разумног рока и разумног начина, питања фактичке природе су та која суд треба да процењује према свим околностима случаја. При тој оцени суд води рачуна о општим начелима облигационог (уговорног) права, као што су начело савесности и поштења и начело забране злоупотребе права, затим о примени добрих пословних обичаја, као и о свим релевантним околностима појединачног случаја (својства предмета продаје, односно куповине ради покрића, својства лица која врше продају, односно куповину ради покрића и сл.) које помажу утврђивању чињенице да је продаја (куповина) ради покрића извршена на разуман начин.

Ако поверилац не изврши продају (куповину) ради покрића у разумном року и на разуман начин, дужник се може позивати на немарност повериоца и може захтевати снижење накнаде штете, при чему терет доказивања да се поверилац могао јефтиније покрити пада на дужника.⁴⁴

Продаја ради покрића, односно куповина ради покрића, мора бити извршена у разумном року, те се оваква продаја извршена по протеку рока од пет месеци не може сматрати примереном.⁴⁵ У погледу рока за куповину ради покрића наш ЗОО се определио за стандард „разуман рок“, док је у ОУ употребљен стандард „примерен рок“.⁴⁶

У упоредном праву има прописа који прописују да се куповина ради покрића има извршити „без неоправданог одуговлачења“.⁴⁷ Овак-

42 Одлука Врховног привредног суда, Сл. 2573/68.

43 ОУ, Узансе бр. 211 и 212.

44 Душан Стаменковић, „Накнада штете у случају раскида продаје“, *Зборник радова*, Београд, 1979, стр. 319.

45 Одлука Врховног привредног суда, Сл. 1498/1970.

46 ОУ, Узанса број 211, ст. 4.

47 Амерички једнообразни трговачки законик, чл. 712.

во прописивање разумног (примереног и сл.) рока произлази не само из начела поштења и савесности, да не би било шпекулисања на продавца, него и из начела да поверилац (овде купац) треба да настоји да штета буде што мања. Из саме сврхе набавке ради покрића проистиче да би она требала да се изврши у кратком времену од протеча рока испоруке, јер се полази од тога да купац врши ову набавку ради задовољења потребе, која је остала непокривена услед продавчеве доцње.⁴⁸

Да ли је куповина ради покрића извршена у разумном (примереном) року суд цени као фактичко питање, при чему има у виду све околности под којима је извршена та куповина, као што су: врста и природа робе, услови тржишта, комуникације и сл.⁴⁹

Код продаје (куповине) ради покрића продавац (купац) мора поступати са пажњом која се захтева у пословном промету (пажња доброг привредника) и мора водити рачуна о интересима друге уговорне стране, али не у мери у којој би, чувајући интересе друге стране, поступао на сопствену штету.

У случају продаје (куповине) ради покрића поверилац је о намераваној продаји (куповини) дужан да обавести дужника. То значи да је продавац дужан да обавести купца о намераваној продаји ради покрића и обрнуто. То обавештење се чини у циљу заштите интереса друге уговорне стране која може носиоцу обавезе обавештења да укаже на евентуално повољније услове продаје (куповине) ради покрића.

Обавезу обавештавања друге стране код уговора о продаји (куповини) робе ради покрића предвиђају и ОУ, док у Једнообразном закону о међународној продаји телесних покретних ствари она није стипулисана.

Поставља се питање природе обавезе обавештавања и начина њеног извршења, као и питање последица у случају необавештавања. У правној доктрини изражен је став да треба правити разлику да ли је обавештење друге стране о намераваној продаји (куповини) ради покрића послато пре него што је уговор о продаји раскинут или после раскида уговора. Ако је послато пре него што је уговор о продаји раскинут, обавештење може да има два значења. Једно је кад слање овог обавештења истовремено има карактер изјаве о раскиду уговора. Друго је кад се сауговарач позива да испуни своју обавезу поводом које је пао у доцњу, са обавештењем да ће се, ако је не испуни до одређеног рока, извршити продаја (куповина) ради покрића. У овом другом смислу, у пословној пракси се најчешће шаље ово обавештење и његова је сврха да се сауговарач последњи пут позове да изврши своју уговорну обавезу

48 Владимир Капор, „Купопродаја“, *Енциклопедија имовинској права и права удруженој рада, први том*, Београд, 1978, стр. 867.

49 Одлука Врховног привредног суда, Сл. 839/58.

(предаја ствари, преузимање ствари, исплата цене). У времену које је обавештењем остављено сауговарачу не може се извршити продаја (куповина) ради покрића.⁵⁰

Купац има право на куповину ради покрића и пре истека уговореног рока испоруке ако се продавац унапред одређено изјаснио да неће испунити уговорну обавезу.⁵¹

Осим код продаје (куповине) ради покрића, ОУ предвиђају обавезу повериоца да обавести другу уговорну страну о намери да сам изврши задоцнелу радњу дужника или да закључи уговор са трећим лицем ради извршења дужникове обавезе.

Кад поверилац због дужникове доцње одустане од уговора, може и сам извршити радњу коју је дужник био дужан да изврши или да закључи уговор са трећим лицем да оно изврши радњу коју је дужник био обавезан да изврши, али мора препорученим писмом или на други сигуран начин да обавести дужника о намеравању извршењу радње или о закључењу уговора са трећим лицем.⁵²

Правила о куповини ради покрића примењују се и код тзв. фиксне купопродаје. Та правила важе код послова (продаје) са фиксним роком испоруке, с тим да се куповина ради покрића има извршити без одлагања по истеку рока испоруке.⁵³ Код фиксних послова (продаје) сматра се да купац има потребу за робом одмах, због чега је и уговорено да продаја буде фиксна. То значи да у случају набавке ради покрића, њу треба извршити одмах. У противном, могло би доћи до шпекулације на рачун друге уговорне стране.⁵⁴ Код фиксних послова купац је овлашћен да куповину ради покрића изврши већ сутрадан по истеку рока за испуњење уговора.⁵⁵

На крају се намеће питање циља (сврхе) куповине ради покрића. Чему она служи? Куповина ради покрића служи као један од начина за обрачунавање накнаде штете, а истовремено пружа купцу могућност да задовољи своју потребу за набавку добара која му продавац није испоручио.⁵⁶ Таква сврха куповине ради покрића је претпостављени разлог за њену широку заступљеност и у упоредном праву.⁵⁷

50 С. Перовић, *нав. дело*, стр. 977.

51 Одлука Врховног привредног суда, П. 426/57.

52 ОУ, Узанса број 210, ст. 1.

53 ОУ, Узанса број 226; Немачки трговински законик, пар. 376.

54 В. Капор, *нав. дело*, стр. 867.

55 Одлука Врховног привредног суда, Сл. 241/58.

56 В. Капор, *нав. дело*, стр. 867.

57 На пример, у Швајцарском законнику о облигацијама и уговорима, Немачком ГЗ, Америчком једнообразном трговачком законнику, Хашком једнообразном закону о међународној продаји.

VI Уговор о продаји спорног права

Осим ствари (робе) на којој се путем уговора преноси право својине са продавца на купца, предмет уговора о продаји могу да буду и права имовинске природе која су преносива. Међутим, то не значи да сва преносива права могу бити предмет уговора о продаји. Нека од њих елиминишу посебни закони.

Предмет уговора о продаји може да буде само оно преносиво право које није предмет неког другог именованог уговора.⁵⁸

Осим права својине, од стварних права предмет уговора о продаји могу бити, на пример, право коришћења и право стварне службености које се не преноси самостално, већ преносом права својине на повласном добру за које је везано.

Право залогe на покретној и непокретној ствари (хипотека) не може као такво (засебно) бити предмет продаје, с обзиром на то да је право залогe акцесорне (споредне) природе и да дели судбину потраживања које се тим правом обезбеђује. Међутим, када се преноси потраживање обезбеђено залогом, преноси се и заложно право које га обезбеђује, што је регулисано и нашим позитивним правом.

Код уступања потраживања уговором (цесија), са потраживањем на пријемника прелазе споредна права, као што су право првенствене наплате, хипотека, залога, права из уговора са јемцем, право на камату, уговорну казну и сл.⁵⁹ Такође, хипотека се може пренети на другог само заједно са преносом потраживања које је њом обезбеђено.⁶⁰

Иако се редовно наводи да предмет уговора о продаји могу бити и имовинска права аутора и проналазача, она се најчешће не могу сматрати предметом уговора о продаји, јер из законских прописа којима се регулишу ауторско право и право индустријске својине недвосмислено произлази да су та права предмет неких других именованих уговора.⁶¹

Предмет уговора о продаји може да буде и спорно право. То ЗОО изричито омогућава.⁶² Свакако, реч је о праву које иначе може да буде предмет уговора о продаји. Спорно право као предмет уговора о продаји представља преносиво право о ком се води спор пред судом или другим надлежним органом (управним и сл.). То би било уже значење појма спорног права.

Данас преовлађује шире значење овог појма, по коме спорно право није само оно које је оспорено у судском или другом поступку пред

58 Борислав Благојевић, *Грађанскојравни облијациони ујговори*, Београд, 1947, стр. 39.

59 ЗОО, чл. 437. ст. 1.

60 Закон о основама својинскоправних односа, чл. 66. ст. 1.

61 Ђорђе Николић, „Продаја спорног права“, *Правни животи*, бр. 10/2005, стр. 887.

62 ЗОО, чл. 461 ст. 1.

надлежним судом, већ се под њим подразумева и право које је изложено нападу (претензији) трећег лица мимо судског или другог сличног поступка. Тако, спорним правом сматра се и право које треће лице на било који начин оспорава његовом титулару (оспоревањем основа права, његове садржине, обима или оспоревањем самог својства имаоца права).

И ималац спорног права, под условом да је оно преносиво, слободно може њиме да располаже, у складу са аутономијом воље као основним начелом уговорног права. Ниједан савремени облигациони закон не прописује забрану отуђења спорног права. Уређујући заштиту од евикције, ЗОО прописује да продавац одговара ако на продатој ствари постоји неко право трећег лица које искључује, умањује или ограничава купчево право, а о чијем постојању купац није обавештен, нити је пристао да узме ствар оптерећену тим правом.⁶³ Наведена законска норма помаже у прецизнијем одређивању појма спорног права. Дакле, то је право које је на било који начин изложено правној претензији трећег лица која искључује, умањује или ограничава нечије право.

Под уговором о продаји спорног права подразумева се такав уговор код којег уговорници у тренутку закључења уговора знају да је у питању продаја спорног права, тако да имају у виду да је управо спорно право предмет њиховог уговора. Продаја спорног права се не претпоставља, већ мора бити посебно уговорена.⁶⁴

Да би настао пуноважан уговор о продаји спорног права, у првом реду, нужно је да је продавац титулар спорног права. Ако он није ималац спорног права, он то право не може ни да пренесе на другог, те нема уговора о продаји спорног права. И продавац и купац у моменту закључења овог облика уговора о продаји морају бити свесни чињенице постојања спорног права. У супротном, реч је о обичном уговору о продаји који за предмет има неко (неспорно) право. Уколико се после закључења уговора о продаји неког права покаже да је предметно право било спорно, што купац није знао у моменту закључења уговора, примениће се правила о заштити од евикције, као и општа правила о манама воље (заблуда, превара).

Није уговор о продаји спорног права ни онај уговор о продаји права код којег само купац зна да се ради о спорном праву, јер је очигледно да у том уговору уговорници нису сагласном изјавом воље одредили спорно право као његов предмет. И то је обичан уговор о продаји права, с тим што се редовно предвиђа да се продавац ослобађа одговорности ако буде евинциран купац који је знао за правни недостатак нема право

63 ЗОО, чл. 508 ст. 1.

64 Ђ. Николић, *нав. дело*, стр. 892.

на накнаду штете већ само право да тражи враћање, односно снижење цене.⁶⁵

Спорна ситуација може настати у случају када је и продавцу и купцу у тренутку закључења уговора о продаји права било познато да је то право спорно, а они свој уговор нису означили као уговор о продаји спорног права, нити су посебно назначили да је спорно право предмет тог уговора. У том случају треба сматрати да је закључен обичан уговор о продаји, осим ако из околности конкретног случаја, а посебно из одредбе о цени, не произлази да су уговорне стране имале у виду уговор о продаји спорног права.

За разлику од (обичног) уговора о продаји који је типичан комутативан уговор код кога се остварује принцип еквиваленције престација и који се може нападати због прекомерног оштећења, уговор о продаји спорног права има алеаторан карактер и не може се нападати због прекомерног оштећења.

Алеаторност уговора о продаји спорног права проистиче из чињенице купчевог знања о постојању спорног права и пристајању да купи такво право. Он у тренутку закључења овог уговора може само да се нада да ће спорно право у неком будућем времену постати неспорно и да ће купац из тога извући корист. Таква корист је будућа неизвесна чињеница и, ако се она не оствари, купац код уговора о продаји спорног права може остати „кратких рукава“, тј. без остварења економског интереса, а да исти буде остварен само за продавца коме је купац исплатио цену. Отуда уговор о продаји спорног права представља „правни хазард“ у коме се исказује његова алеаторност.

Управо из алеаторне природе уговора о продаји спорног права код њега продавац не одговара за правне недостатке ствари, те нема ни примене правила о евикцији. Купац је већ у моменту закључења овог уговора знао да његов предмет има правни недостатак, односно да је предмет уговора спорно право чија је реализација у будућности неизвесна са становишта остварења купчевих економских интереса. А опште је правило код уговора о продаји да купац који је знао за правне недостатке не може бити евинциран (заштићен од правних недостатака, тј. од правних претензија трећих лица).

Алеаторност уговора о продаји спорног права у вези је са ризиком који купац преузима код овог модалитета купопродајног уговора. Иако одредбе ЗОО омогућују продају или куповину спорног права, треба знати да купац приликом куповине спорног права преузима ризик од негативног исхода спора.⁶⁶ Ако се купац жели ослободити ризика

65 Ђ. Николић, *нав. дело*, стр. 893.

66 И. Букљаш, Б. Визнер, *нав. дело*, стр. 1542.

куповине спорног права, може закључити уговор о продаји под одложним условом, тако да са продавцем уговори да ће уговор имати правно дејство уколико спорно право постане неспорно.⁶⁷

Уговор о продаји спорног права је правоваљан уговор и производи правно дејство под условима који важе и за сваки други уговор. Да би произвео правно дејство, уговор о продаји спорног права не сме бити противан принудним прописима, јавном поретку и добрим обичајима. То је садржина начела аутономије воље, врховног принципа уговорног права, израженог у ЗОО⁶⁸ одредбом да су стране у облигационим односима слободне да своје односе уреде по својој вољи, у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја.

Код уговора о продаји спорног права ЗОО прописује посебну забрану закључења овог уговора одређеним лицима, под претњом ништавости. Ништав је уговор којим би адвокат или који други налогопримац купио спорно право чије му је остварење поверено или уговорио за себе учешће у подели износа досуђеног његовом налогодавцу.⁶⁹ Ова забрана је прописана из разлога што би адвокат (или други налогопримац) могао представити налогодавцу како има слаб положај у спору, иако то није случај, како би спорно право купио што јефтиније или како би на име накнаде за свој рад уговорио знатно већи износ од оног који му на основу одговарајуће тарифе припада.⁷⁰ Оваква забрана је сасвим оправдана. Будући да је адвокат (и други налогопримац) професионалац који далеко боље познаје прописе и прилике у спору од свог налогодавца, он би куповином спорног права, чије му је остварење поверено, и потенцијалним остварењем несразмерне имовинске користи, повредио основне професионалне и етичке принципе односа који треба да успостави са клијентом, тј. својим налогодавцем.⁷¹ Са овом забраном не треба мешати ситуацију у којој је адвокат са налогодавцем уговорио да му награду за рад плати по остварењу спорног права.

67 И. Букљаш, Б. Визнер, *нав. дело*, стр. 1542.

68 ЗОО, чл. 10.

69 ЗОО, чл. 461 ст. 2.

70 Владимир Капор, *Коментар ЗОО* (чл. 454–526), главни редактори Борислав Благојевић и Врлета Круљ, Београд, 1980, стр. 955.

71 Слично И. Букљаш, Б. Визнер, *нав. дело*, стр. 1542. Одредбом става 2 члана 461 ЗОО спречава се злоупотреба у обављању функције адвоката или другог налогопримца. Републичко законодавство о адвокатури предвиђа право адвоката на награду за његов рад и накнаду трошкова, те куповина неког (спорног) права или уговарање за себе удела у неком оствареном праву није у складу са законом и адвокатском етиком.

VII Закључак

У овом раду аутор није осетио потребу да на његовом крају синтетизује посебне закључке или да укаже на отворена питања, из два разлога. Прво, сматра да је то делимично учинио у самом тексту чланка. Друго, аутору се то учинило непотребним, имајући у виду сврху овог рада. Аутор је само желео на укаже на специфичности пет посебних модалитета уговора о продаји које су, неретко, недовољно познате и самим правницима, укључујући адвокате.

Dragoljub SIMONOVIĆ
Attorney at Law, Belgrade

ATYPICAL FORMS OF CONTRACT OF SALE

Summary

By typical form of contract the author means the contract of sale which is defined by the provisions of Article 454 Paragraph 1 Code of Obligations regarding the basic duties of contractors – of delivery and payment with overtaking of purchased items.

In the basic form of the contract of sale, typical because it is usually concluded in practise, there is a simultaneous execution of duties (the author ignores short time interval, expressed in days or weeks) or contractual obligations are definite etc.

As atypical, the author observes those contracts of sales where there is no simultaneous execution, for example, the ownership is not transferred to the buyer until he pays off the agreed price as a whole (e. g. the last installment) – the contract of sale with detention of property rights or when the contractual obligations are not definite, as in the contract of sales with right to seek a more favorable buyer.

It is known that the subject matter of the sales contract is tangible or intangible property. But, the subject of this contract may also be some disputed right. Contract of sale of disputed right is rare in practice and it is poorly represented in the legal literature, and that is why the author marked it as an atypical form of sales contract.

Key words: contract, sale, type, basic atypical.

др Томица ДЕЛИБАШИЋ
Прекршајни апелациони суд, Београд

ДАЉИ РАЗВОЈ НАШЕГ КОНЦЕПТА ОДГОВОРНОСТИ ПРАВНИХ ЛИЦА ЗА КРИВИЧНО ДЕЛО, ПРИВРЕДНИ ПРЕСТУП И ПРЕКРШАЈ – АСПЕКТ СПРОВОЂЕЊА ПОСЛОВНИХ И ФИНАНСИЈСКИХ ПРОПИСА

Резиме

Наше право карактерише одговорности правних лица за кривично дело, привредни преступ и прекршај, што су засебне врсте деликата чије пројисивање има посебан значај. У таквој ситуацији, код постојање три врсте казних деликата, поставља се питање њиховог односа, па и даље судбине привредних преступа, нарочито након доношења Закона о одговорности правних лица за кривична дела и имајући у виду решења из ујоредног права. У овом чланку се указује на карактер и значај привредних преступа у нашем праву и везу ових деликата са финансијским прекршајима, као и нека питања која се у вези са њима постављају.

Кључне речи: *правна лица, одговорности, кривична дела и привредни преступи, појмовно одређење, страна правна лица, паралелни поступци, домаће и ујоредно право.*

I Одговорност правних лица за кривична дела и друге деликте

Одговорност правних лица за деликтно кажњиве радње, иако дуго оспоравана због правно-теоријских контравези, избија у први план одмах са развојем индустријализације и привредних активности, које постају терен и за броје злоупотребе, мотовисане стицањем добити, чиме се доводе у питање основне друштвене вредности. Тако настаје схватање да код делатности правног лица и кршења прописа није довољно казнити појединца, већ треба обухватити и правно лице које је стекло добит, па не може бити закљон за вршење кривичних дела.¹ Жеља за профитом и величина привредних трансакција правних лица, уз концентрацију средстава, стварају тло за разне облике деликата правних лица, укључујући дела организованог криминала. У присуству смо криминалитета корпорација, криминалитета белог оковратника,² прања новца,³ промета дрога, коришћења опасних технологија и њиховог пребацивања у неразвијене земље, искоришћавања њихових природних ресурса, коришћења монополског положаја, злоупотребе стечаја, компјутерског криминала, све до трговине људима и њиховим органима, из којих радњи нису искључена правна лица. Захваћене су разне области, као што су банкарско пословање, берзе, осигурање, право конкуренције, екологија. У теорији се истиче специфичност ових разних области организованог криминала, да су дела и појединци у правном лицу повезани по вертикалној структури, налазе се на различитим нивоима одлучивања,⁴ што компликује систем одговорности.

Доношењем Закона о одговорности правних лица за кривична дела,⁵ у нашем праву је заокружен систем одговорности правних лица, која могу одговарати за три врсте деликата: кривична дела, привредне преступе и прекршаје. За разлику од држава у окружењу, које су при-

1 О томе Мирослав Ђорђевић, „Основни проблеми одговорности за привредне преступе и прекршаје“, *Право – теорија и пракса*, бр 11–12/1986, стр. 12.

2 Ђорђе Игњатовић, „Појмовно одређење криминалитета белог оковратника“, *Архив*, бр. 1–3/1996, стр. 237, разликује криминалитет белог оковратника и криминалитет корпорација, где се постиже корист за корпорацију. О овоме и Јелена Шупут, „Одговорност правног лица за кривична дела“, *Сирани правни животи*, бр. 1/2009, стр. 169.

3 О последицама прикривања незаконитог порекла новца Агнеса Селмонај, „Прање новца“, *Зборник Института за криминолошка и социолошка истраживања*, бр. 2/2012, стр. 167.

4 Горан Илић, „Одговорност правних лица за кривична дела“, *Билтен судске праксе Округној суда у Београду*, 2009, стр. 3.

5 *Сл. гласник РС*, бр. 97/08.

вредне преступе превеле у прекршаје, код нас су задржани привредни преступи. Поставила се даља судбина привредних преступа, чак је већина наших теоретичара очекивала њихово укидање,⁶ али ово питање треба са опрезом размотрити.

II Предвиђеност и учесталост привредних преступа у нашим законима

Анализа наших закона показује да су привредни преступи предвиђени у већем броју закона, уз прекршаје или понекад закон само садржи привредне преступе, при чему се не ради само о законима из области привредног и финансијског пословања, односно пословног права, већ је заштитни објект шире постављен и заступљен. Ретки су закони који у казним одредбама садрже само кривична дела, какав је Закон о стечају (*Сл. гласник РС*, бр. 104/09, 71/12) који садржи само кривична дела физичких лица, ангажованих у поступку. Поједини закони који се тичу привредног и финансијског пословања, прописују привредне преступе, као Закон о рачуноводству (*Службени гласник РС*, бр. 62/13) карактеристичан по томе што садржи привредне преступе правних лица и широко је заступљен је у пракси. Следе Закон о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 36/11, 99/11), такође садржи само привредне преступе правних лица; као и Закон о обавезном осигурању у саобраћају (*Службени гласник РС*, бр. 51/09, 7/13); затим Закон о приватизацији (*Службени гласник РС*, бр. 38/0, 119/12) који садржи привредни преступ субјекта приватизације; Закон о банкама (*Службени гласник РС*, бр. 107/05, 91/10), који садржи кривична дела појединаца, као и привредне преступе и прекршаје банака. Привредне преступе и уједно прекршаје правних лица садрже: Закон о тржишту капитала (*Службени гласник РС*, бр. 31/11); Закон о инвестиционим фондовима (*Службени гласник РС*, бр. 46/06, 31/11); Закон о преузимању акционарских друштава (*Службени гласник РС*, бр. 46/06, 99/11); Закон о осигурању депозита (*Службени*

6 О оправданости даљег постојања привредних преступа: Г. Илић, *нав. чланак*, стр. 5; Ј. Шупут, *нав. чланак*, стр. 176; Вељко Икановић, *Одговорности правних лица за кривична дела*, Бања Лука, 2012, стр. 49; Мирослав Врховек, „Услови одговорности правног лица за кривично дело“, *Анали ПФ Београд*, бр. 2/2008, стр. 293; Мирослав Врховешек, „Кривична одговорност правних лица“, *Архив*, 3-4/2005, стр. 290, изричито каже да треба укинути Закон о привредним преступима, да не треба задржавати једну пара кривичну одговорност (стр. 247). Ивана Симовић-Хибер, „Кривична одговорност правних лица и привредни преступи: да ли је разликовање само терминолошке природе?“, *Анали ПФ Београд*, бр. 3/1995, стр. 222, наглашава искуство француског законодавства па закључује да нема разлога да се не напусти једна фикција и замагљивање средњим решењима. Ово сматрамо исхитреним размишљањем, јер једноставна рецепција страних решења није сретно решење.

гласник РС, бр. 61/05, 91/10); Закон о јавном дугу (*Службени гласник РС*, бр. 61/05, 78/11); Закон о жиговима (*Службени гласник РС*, бр. 104/09, 10/13). Коначно, и Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма (*Службени гласник РС*, бр. 20/09, 91/10) садржи привредне преступе правних лица, а прекршаје физичких лица.⁷

Следе закони који прописују привредне преступе у другим значајним областима, које нису привредне и финансијске природе, где је заштитни објект друге природе, као што је то рецимо заштита природе, животне средине и здравља. Криминалитет корпорација се и у упоредном праву често везује за еколошку област, а у у нашој теорији се такође истиче да криминалитет правних лица не треба сводити само на кривична дела из области компанијског пословања.⁸ Код нас је велики број еколошких закона који садрже привредне преступе, ту су практично сви закони из ове области: Закон о заштити природе (*Сл. гласник РС*, бр. 36/09, 91/10), којим се уређује заштита и очување природе, биолошке, геолошке и предеоне разноврсности као дела животне средине; Закон о националним парковима (*Службени гласник РС*, бр. 39/93, 36/09); Закон о заштити животне средине (*Службени гласник РС*, бр. 135/04, 43/11); Закон о шумама (*Службени гласник РС*, бр. 30/10, 93/12); Закон о процени утицаја на животну средину (*Службени гласник РС*, бр. 135/02, 36/09); Закон о заштити ваздуха (*Службени гласник РС*, бр. 36/09, 10/13); Закон о бањама (*Службени гласник РС*, бр. 80/92); Закон о интегрисаном спречавању и контроли загађивања животне средине (*Службени гласник РС*, бр. 135/04); Закон о подстицајима у пољопривреди и рурарном развоју (*Службени гласник РС*, бр. 10/13); Закон о водама (*Службени гласник РС*, бр. 30/10, 93/12); Закон о надзору над прехранбеним производима биљног порекла (*Службени гласник РС*, бр. 25/96, 101/05); Закон о репродуктивном материјалу шумског дрвећа (*Службени гласник РС*, бр. 135/04, 41/09); Закон о садном материјалу воћака, винове лозе

7 У члану 90 став 3 предвиђа прекршај који се састоји у непријави царинском органу преноса преко државне границе срестава плаћања у износу од 10.000 евра или више, али не прописује заштитну меру одузимања ових средстава. Како идентичан прекршај садржи Закон о девизном пословању (*Службени гласник РС*, бр. 62/06, 119/12), чл. 62 ст. 1 тач. 18 и чл. 63 ст. 1 тач. 14, а у чл. 64 прописана је мера одузимања предмета прекршаја, испада да је Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма блажи, што није логично и ту недоследност треба отклонити. Пракса се до тада мора бавити покушајима отклањања ове нелогичности.

8 Г. Илић, *нав. чланак*, стр. 3. О еколошком криминалитету, коришћењу прљавих и по околину опасних хетнологија Наташа Тањевић, „Друштво као жртва криминалитета правних лица“, *Темида*, 2011, а о организованом привредном криминалу против животне средине и здравља људи Жаклина Спалевић, „Кривична одговорност правних лица“, *Право – теорија и пракса*, бр. 7–9/2011. На еколошке катастрофе, угрожавање здравља а неретко и велике жртве указује Вања Бајовић, „Правно лице као окривљени у кривичном поступку“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2010, стр. 489.

и хмеља (*Службени гласник РС*, бр. 18/05, 30/10); Закон о семену (*Службени гласник РС*, бр. 45/05, 30/10); Закон о биоцидним производима (*Службени гласник РС*, бр. 36/09, 92/11); Закон о одрживом коришћењу рибљег фонда (*Службени гласник РС*, бр. 36/09, 32/13); Закон о вину (*Службени гласник РС*, бр. 41/09, 93/12); Закон о сточарству (*Службени гласник РС*, бр. 41/09, 93/12); Закон о ветеринарству (*Службени гласник РС*, бр. 91/05 – 93/12). Број ових закона је заиста велики, а ту су и: Закон о забрани развоја, складишетања и употребе хемијског оружја и о његовом уништавању (*Службени гласник РС*, бр. 36/09, 104/13); Закон о заштити од јонизујућих зрачења и нуклеарној сигурности (*Службени гласник РС*, бр. 36/09, 93/12); Закон о хемикалијама (*Службени гласник РС*, бр. 36/09, 93/12); Закон о оружју и муницији (*Службени гласник РС*, бр. 9/92, 104/13); Закон о управљању отпадом (*Службени гласник РС*, бр. 36/09, 88/10).

Коначно, има и других закона, са другим заштитним објектима, који прописују привредне преступе: Закон о пловидби и лукама на унутрашњим водама (*Службени гласник РС*, бр. 73/10, 121/12); Закон о поморској пловидби (*Службени гласник РС*, бр. 87/11, 104/13); Закон о јавним путевима (*Службени гласник РС*, бр. 101/05, 104/13); Закон о превозу у друмском саобраћају (*Службени гласник РС*, бр. 46/95, 31/11); Закон о енергетици (*Службени гласник РС*, бр. 57/11, 124/12); Закон о планирању и изградњи (*Службени гласник РС*, бр. 72/09, 98/13); Закон о ефикасном коришћењу енергије (*Службени гласник РС*, бр. 25/13); Закон о задужбинама и фондацијама (*Службени гласник РС*, бр. 88/10, 99/11); Закон о удружењима (*Службени гласник РС*, бр. 51/09, 99/11) и тако даље, не можемо тврдити да је списак потпун.

Из наведеног се може закључити да законодавац привредним преступима препушта значајне и бројне области, па се на то мора обратити пажња и наћи одговарајуће решење, јер евентуално укидање привредних преступа и њихово превођење у прекршаје (декриминација није могућа) отвара бројна питања, пре свега питање ефикасности спровођења ових закона који су значајни за стабилност привредног система. Ширина заштитних објеката,⁹ исказаних у различитим законским областима, као и бројност прописаних привредних преступа у тим законима, говоре да се о привредним преступима и даље регулишу значајна правна питања.

9 Закон о одговорности правних лица за кривична дела у члану 2 кривичну одговорност везује за дела предвиђена у кривичном закону и споредном кривичном законодавству, док је објект заштите привредних преступа одређен преступима прописаним свим наведним законима, дакле нема поклапања.

III Даља улога и појмовно одређење преступа

Из цитираних закона је јасно да се привредни преступи не односе само на привредно и финансијско пословање, иако су још од законског обликовања 1960. године у нашем праву задржали тадашњу форму, чак назив закона и појам привредног преступа. Они према изнетом нису појмовно адекватни, као што није ни адекватан назив закона – Закон о привредним преступима.¹⁰ Адекватни би био назив закона о преступима правних лица. Треба свакако напустити досадашњи појам привредног преступа као друштвено штетног дела које је могло пружити штетне последице, тим пре што елемент друштвене опасности није више ни општи појам кривичног дела, већ мотив појединачне законодавне инкриминације, исто ако што више не треба говорити о повреди прописа о привредном и финансијском пословању, иако се добар део преступа односи на те области, али се преступи тичу и других значајних области, као што је рецимо заштита животне средине, чему се посебна пажња придаје на упоредном и међународном плану. Ако напустимо материјално-формалну и прихватимо објективно-субјективну дефиницију, односно појам преступа, не би се ни радило о привредном преступу, већ евентуално преступу правног лица, а сам појам би по узору на општи појам кривичног дела могао бити дефинисан: преступ правног лица је онај преступ који је законом предвиђен као такав преступ, који је противправан и који је скривљен. У општи појам на тај начин не би био укључено одговорно лице као субјект, што се може поставити као питање, да ли је то исправно или треба тражити појам који је обухватнији, уместо да закон говори о правном лицу, а да се садржински односи и на одговорна лица, имајући у виду природу односа одговорности ова два субјекта.

То што би из општег појма привредних преступа био избачен елемент о материјалном и финансијском пословању правних лица, што је прихватљива варијанта, не значи да тим областима не треба придати одговарајућу организациону пажњу и наћи адекватна решења у даљем развоју нашег права.

Преступи и даље имају значајно место у нашем законодавству, обухватају значајне законе и од значаја су за њихово спровођење, а искуство од више од 60 година њиховог постојања говори да их није могуће нити оправдано олако укинути и превести у прекршаје. Тиме би нестало и оно мало сачуване специјализације казених привредних органа – привредних судова, а морамо имати у виду и искуство са укидањем

10 *Сл. лист СФРЈ* бр. 4/77 до *Сл. гласник РС*, бр. 191/05. Законодавац се дуго времена није бавио овим текстом, а за то има потребе.

специјализованих царинских, девизних и пореских прекршајних органа и преношење те надлежности на прекршајне судове, што се одразило на законитост, ажурност, ефикасност спровођења прописа, стабилност система и коначно буџетске расходе. Једна од могућности је обједињавање целокупне ове надлежности, преступа и привредних и финансијских прекршаја, код привредних судова рецимо. У теорији и пракси се наглашава да су за финансијске прописе од значаја квалитетне финансијске истраге, стручно оспособљавање специјализованог компетентног кадра,¹¹ што се односи и на судске органе, односно органе који одлучују о привредним преступима, као и финансијским прекршајима. Негирати потребу специјализације, исто је што и оспоравати потребу посебне стручности значајне за примену финансијских прописа, па и стручности уопште.

IV Страно правно лице као субјект одговорности

Положај страног правног лица као субјекта казнене одговорности упоредно право решава полазећи од принципа територијалног важења закона и примене домаћег закона на дела учињена на домаћој територији. Дакле, када се говори о одговорности правног лица, не изузимају се страна правна лица, а обично је територијални принцип допуњен и проширен реалним и персоналним принципом. Од тога полази и члан 4 нашег Закона о одговорности правних лица за кривична дела, прописујући да се тај закон примењује и на домаће и на страно правно лице, које одговара за кривично дело учињено на територији Републике Србије (територијални принцип). Ово правило је у истом члану допуњено даљом одредбом, да се закон примењује и на страно правно лице за дело учињено у иностранству на штету Републике Србије, њеног држављанина и домаћег правног лица (реални принцип), као и одредбом да се закон примењује и на домаће правно лице које одговара за кривично дело учињено у иностранству (персонални принцип).

Међутим, у привреднопреступном и прекршајном праву наше право по истом питању има решење које заслужује критичко преиспитивање. У члану 31 Закона о прекршајима (2013), који је од недавно на снази, исправно се поставља општи принцип да страно правно лице и одговорно лице (као и физичко лице) одговарају за прекршај једнако као и домаће правно и одговорно лице. Међутим, одредба о наводној „једнакој“ одговорности (став 1 цитираног члана), негирана је наредним ставом 2, да ће се страно правно и одговорно лице казнити за „прекршај

11 То истиче Милица Торбица, „Органи надлежни за спровођење финансијске истраге“, *Избор судске праксе*, бр. 12/2010, стр. 7.

учињен на територији Републике Србије ако страном правно лице има пословну јединицу или представништво у Републици Србији или је прекршај учињен његовим превозним средством, ако прописом којим је прекршај регулисан није нешто друго предвиђено“. У образложењу предлога оваквог законског текста стајало је да је у члану 31 по узору на прописе који уређују привредне преступе одговорност страних правних лица проширена на прекршаје које учине на територији Републике Србије својим превозним средствима, као и да је то инцирано потребама праксе. Овим је прихваћена из ранијег члана 27 став 2 дискутабилна одредба да је услов за одговорност страног правног лица да има пословну јединицу или представништво у Републици Србије. То је негација принципа територијалног важења закона, јер уместо тога где је дело учињено, важи принцип одговорности који говори о регистрацији на домаћој територији. То може бити од значаја за извршење, али се не тиче територијалног важења закона, који се тиме не може доводити у питање. Једну контраверзну одредбу законодавац задржава, супротно решењима Закона о одговорности правних лица за кривична дела, који по овом питању има јасну и исправну регулативу, какву познаје упоредно право, а акцептира се превазиђена одредба која по овом питању одавно постоји у Закону о привредним преступима, а не само прекршајном закону. Одредба о представништву страног правног лица, која је раније постојала, допуњује се одредбом из Закона о привредним преступима (члан 6а), постављајући алтернативу (што је још нејасније) „или је прекршај учињен његовим превозним средством“. Таква ситуација (да страна правна лице чине прекршаје) постоји нарочито у царинској материји, али то не може бити ваљано објашњење за цитирано решење које се противи принципима казненог права, јер се задржава принцип о регистрацији на домаћој територији као некаквом услову за одговорност. То само указује да је овакво решење веома штетно, да има негативне практичне последице. Ако је битно питање регистрације на домаћој територији, шта значи овај алтернативан услов, која је логика овако постављене алтернативе, нема логичног одговора, или питање, шта тек значи да прописом којим се прекршај регулише (ваљда прописује) може нешто друго бити превиђено. Ово никако не може ни бити ствар појединачне посебне регулативе, јер се ради о основном принципу одговорности, који мора бити и једино може бити садржан у Закону о привредним преступима и Закону о прекршајима, у одредбама о материјалном казненом праву, а не одредбама о појединачном делу, привредном преступу или прекршају. Ако постоји алтернатива, па још и могућност некаквог другачијег регулисања (које нема у посебним законима), није јасно како онда гласи основни материјалноправни принцип о одговорности страног правног лица, да ли та одговорност суштински

постоји и чиме је ограничена или искључена. Доведен је у питање принцип територијалности закона, као основни принцип, јер закон који то регулише има неприхватљиве и контрадикторне одредбе.

Савремена законодавства која познају одговорност правних лица за кривична дела од одговорности не изузимају страна правна лица, па се рецимо у КЗ Македоније (1996) каже да та одговорност постоји независно од тога да ли имају своје представништво или подружницу на њеној територији.¹² Француско законодавство познаје кривичну одговорност правних лица која су основана у иностранству, од чега се не разликује решење закона Русије, да страна правна лица која на територији Русије почине административни прекршај одговарају по општим правилима, без изузетака. У теорији се поставља као спорно питање привредних субјеката који по страном праву немају својство правног лица, а то својство имају по праву државе где је дело учињено. У вези са тим је занимљиво решење Хрватског закона,¹³ да су правне особе у смислу овог закона и „стране правне особе које се по хрватском праву сматрају правним особама“ (члан 1 став 2). Закон о одговорности правних лица за кривична дјела Црне Горе (2007) када прописује одговорност правних лица (члан 3), под правним лицем подразумева и „страно друштво и дио страног друштва“ (члан 4). Кривични законик БиХ који прописује одговорност правних лица за кривична дела (чл. 122-144) у члану 123 каже да су домаћа и страна правна лица, у складу са овим законом, одговорна за кривична дела учињена на територији БиХ, допуњујући овај принцип реалним и персоналним принципом, као и наш Закон о одговорности правних лица за кривична дела, али која решења не прихвата Закон о прекршајима, иако се ради о неспорним принципима казненог права. На тај начин се у наш систем уносе неусклађена и некохерентна решења, противно решењима упоредног права.

V Проблем паралелних поступака за различите (исте) деликте

Правно лице у нашем праву може да одговара за три врсте деликта: кривично дело, привредни преступ и прекршај. Једино правна лица могу одговорати за све три врсте ових деликата, што на изврстан начин подсећа на некадашњи тродеобу на злочине, преступе и иступе, али је сличност привидна. Садашња природа ових деликата је битно другачија. Већина правних система познају решење да правно лице од-

12 Вељко Икановић, *Одговорности правних лица за кривична дела*, докторска дисертација, Ниш, 2010, стр. 239 и сл.

13 Закон о одговорности правних лица за казнена дјела (2003, 2007).

говара за једну врсту деликата, сада су то кривична дела правних лица, ако нису у питању нека друга врста деликата која је томе подударна. У ситуацији када постоје деликти правних лица различитих степена и квалитета, са различитим санкцијама и последицима, а део су истог правног ситета, какав је случај са нашим правом, поставља се питања односа и разграничења ових деликата.

Спорно је да ли се за исти чињенични догађај може одговорати по различитим основима, за различита дела. Могу ли се водити различити поступци, да ли се може једном радњом повредити више прописа и одговорати по различитим основима, питање је које се намеће. У нашем праву је вишедеценијски присутно решење да се поступци за различите деликте међусобно не искључују и да је у принципу сваки поступак самосталан, што не значи да се не води рачуна да се за исто дело двоструко не одговара и не кажњава. Прави се разлика зависно од тог да ли кривично дело садржи обележја прекршаја, односно привредног преступа. Друга могућност, која сада све више долази до изражаја, јесте да се ова дела (кривична дела, привредни преступи и прекршаји) међусобно искључују, да се за једно дело може донети само једна одлука, што се може оценити као оправдано настојање, али је такво разграничење деликата правних лица скопчано са тешкоћама, па и практично немогуће. Може се чак рећи да је легитимно настојање да се у праву такво разграничење постигне, иако је тешко очекивати да се у сваком конкретном случају унапред јасно зна о ком делу је реч. То зависи од мноштва конкретних околности, унапред непредвидивих, тако да органи гоњења, овлашћени да иницирају поступак, не могу знати какав ће став заузети суд по том питању.

У пракси међународних судских инстанци долази до изражаја став да се поводом истог дела, па и чињеничног догађаја не може одговорати по различитим основима, што утиче на наше право, посебно судску праксу. Ово не значи да је оправдано сасвим напустити наведена опредељења нашег права, већ само направити извесна прилагођавања и корекције, како не би било повређено лично право које даје меродавно право. У противном би ефикасност правног поретка била доведена у питање. Овде истичемо пресуду Европског суда за људска права Марести против Хрватске (55759/07 од 25.6.2009. године)¹⁴ где је исто понашање окривљеног, једанпут третирано као дрско и непристојно понашање на

14 Детаљније Е. Ивичевић Карас, „Поводом пресуде Европског суда за људска права у предмету Марести против Хрватске – анализа могућег утјецаја на реформу прекршајног права у Републици Хрватској“, саветовање Примјена прекршајног закона и осталих прописа с подручја прекршајног права, Башка, 15–17.9.2009. О овоме и пресуде Оливеира против Швајцарске, Золотукхин против Русије, Градингер против Аустрије, Фишер против Аустрије.

јавном месту, односно ударање на јавном месту (прекршај), а други пут као наношење тешке повреде (кривично дело), чиме је повређено начело *ne bis in idem*. Суд се позива на члан 4 Протокола број 7 уз Конвенцију о заштити људских права и основних слобода, да се никоме не може поново судити нити се неко може казнити у казненом поступку исте државе за казнено дело за које је већ правноснажно ослобођен или осуђен у складу са казним поступком те државе. Правно означавање деликта не третира се као једино мерило да ли се ради о повреди наведеног начела. За оцену се узимају три елемента, прво раздвајање дела према националном праву, друго правна природа дела, и треће је тежина казне којој дотично лице може бити изложено. Друго и треће мерило су алтернативни, не нужно и кумулативни, а кумулативни приступ није искључен ако је потребан ради јаснијег закључка. У нашем праву је деценијски присутно решење да се цене обележја дела, његова природа, посебно заштитни објекат, а не само да ли се ради о истом чињеничном догађају, што у правилу није спорно. Питање је колико и како овај принцип даље примењивати и у ком правцу развијати, односно кориговати, да би се задовољили захтеви који произлазе из међународних аката, што је комплексно питање које захтева ширу анализу која превазилази оквире овог рада.

Наше право полази од принципа да теже дело (кривично дело) може да садржи и обележја лакшег дела (привредни преступ, прекршај), да лакше дело не искључује теже, већ ако долази до кумулације, обухватања обележја другог дела, долази до урачунавања казне плаћене за блажи деликт у казну која се изриче за кривично дело.¹⁵ Тако према члану 63 став 3 Кривичног законика,¹⁶ затвор или новчана казна коју је осуђени издржао, односно платио за прекршај или привредни преступ, као и казна или дисциплинска мера лишења слобода коју је издржао због повреде војне дисциплине урачунава се у казну изречену за кривично дело чија обележја обухватају и обележја прекршаја, привредног престапа, односно повреде војне дисциплине. У вези је са тиме Законик о кривичном поступку¹⁷ када у члану 17 регулише претходно правно питање од које зависи примена кривичног закона, а за које питање је надлежан други суд или државни орган, па у ставу 3 каже да ако већ постоји таква одлука, да таква одлука не обавезује кривични суд у по-

15 Закон о прекршајима у члану 256 тачка 6 говори о урачунавању издржане казне (не само задржавању, које није спорно), што је нелогично и правно није могуће, чак је противно и чл. 47 и 251 став 1 тачка 5 истог закона, који о томе не говоре, наиме није могуће у казну за лакши деликт урачунати казну плаћену за тежи деликт, ако блажи деликт не може обухватити и конзумирати тежи.

16 *Сл. гласник РС*, бр. 85/05, 111/09.

17 *Сл. гласник РС*, бр. 72/11, 45/13.

гледу оцене да ли је учињено одређено кривично дело. Међутим, треба имати у виду да се у цитираној пресуди међународног суда наводи да урачунавање четрдесет дана казне затвора коју је изрекао прекршајни суд у казну затвора од године дана коју је изрекао општински суд, не мења чињеницу да је суђено два пута за исто дело.

Наш нови Закон о прекршајима¹⁸, који је у примени од 1. марта 2014. године, у члану 8 став 1 који је у Делу првом који садржи материјално-правне одредбе, мења досадашње правило материјално-правне природе о некажњавању за прекршај за исту радњу, да се неће казнити за прекршај лице које је у кривичном поступку или у поступку за привредни преступ правноснажно оглашено кривим за дело које има и обележја прекршаја (члан 8 ранијег Закона). Сада се ово претвара у процесно правило, али које се неприродно налази у материјалним законским одредбама. У ставу 1 цитираног члана сада се каже: „никоме се не може поново судити нити му поново може бити изречена прекршајна санкција за прекршај о коме је правноснажно одлучено у складу са законом.“¹⁹ Даље се каже: „Против учиниоца прекршаја који је у кривичном поступку правноснажно оглашен кривим за кривично дело које обухвата и обележја прекршаја не може се за тај прекршај покренути поступак, а ако је покренут или је у току, не може се наставити и довршити“ (став 3). Идентична формулација се понавља за поступак по привредном преступу (став 4). Формулација: „неће се казнити“ претвара се у формулацију: „не може се покренути поступак“, што је процесно правило које се налази на неприродном месту, јер су ово материјалне одредбе и то начела, а други се део закона односи на прекршајни поступак. Да не говоримо о неспретности формулације да поступак који је покренут „не може се наставити нити довршити“.²⁰ Испада да поступак остаје недовршен, а сваки поступак треба довршити, окончати на одговарајући начин. Ово говори колико назадује законодавна номотехника, уместо да напредује.

18 *Сл. гласник РС*, бр. 65/13.

19 Под утицајем члана 4 Протокола број 7 уз Конвенцију даље се каже: „Забрана из става 1 овог члана не спречава понављање прекршајног поступка, у складу са овим законом.“ Ово је беспотребна одредба, ако се понављање поступка посебно регулише (чл. 280–284), а скраћење указује на негацију, која се чак може погрешно тумачити. Наиме, Протокол каже: „Одредбе претходног става не спречавају поновно разматрање случаја у складу са законом и казним поступку дотичне државе ако постоје докази о новим и новооткривеним чињеницама, или ако је у претходном поступку дошло до битних повреда које су могле утицати на решење случаја.“ Ваља указати на позитивну новину нашег закона, да се сада поступак може поновити само у корист, а не и штету окривљеног (члан 281 став 1), какав је до сада био случај.

20 Формулација је вероватно преузета из хрватског Закона о прекршајима (члан 6), што не оправдава нашег законодавца.

Исти закон даље у члану 248 предвиђа да ће се поступак обуставити ако је окривљени у кривичном поступку, односно поступку по привредном прступу правноснажно ослобођен или оглашен кривим за истоветан догађај које обухвата и обележја прекршаја. Како се у члану 8 и даље говори да је битно да ли дело (кривично, привредни преступ) обухвата и обележја прекршаја, али се у члану 280 код понављања поступка говори да ће се поступак поновити ако се утврди да је лице за исту радњу већ једном кажњено за прекршај, привредни преступ или кривично дело, дакле нема одредбе да се ради о делу које обухвата обележја прекршаја, па испада да се уведе нака другачија правила од раније цитираних одредби, или је у питању непрецизно изражавање. Иако се у закону говори о делу које обухвата обележја прекршаја,²¹ једном се говори о „истоветном догађају“ (члан 248), потом о „истој радњи“ (члан 280), што само уноси нејасноће по питањима о којима је било речи.

Вратимо се опет формулацији члану 4 Протокола број 7 уз Конвенцију, да се „никоме не може поново судити нити се може казнити у казненом поступку исте државе за казнено дело за које је већ правноснажно ослобођен или осуђен у складу са законом и казним поступком те државе“. Мериторна одлука се тиче правноснажног ослобођења или осуде, а одустанак тужиоца од кривичног гоњења и одбијање оптужбе због тога разлога нема карактер осуђујуће, нити ослобађајуће пресуде, па овде не долази у обзир примена цитираног члана 4 нити се ради о повреди начела *ne bis in idem* ако тужилац иницира поступак за блажи деликт – прекршај.²² Међутим, ово се у нашој прекршајној пракси меша, не прави се увек јасна разлика, исти значај се придаје одустанку тужиоца од гоњења односно одбијању оптужбе из тог разлога – сада члан 422 Законика о кривичном поступку. То се често у пракси изједначава са ослобађајућом пресудом, што је погрешно. Управо је ту један од кључева диференцирања ових деликата, наиме органи откривања и гоњења не бити требало да подносе иницијативе за различите деликте, већ прво треба да консултују јавног тужиоца, а ако он одустане од оптужбе у покренутом поступку, уједно може (треба) да инцира прекршајни поступак, не гледајући на то да ли је он евентуално био паралелно инциран, чиме су се до сада тужиоци руководили. Тиме би био јаснији и став тужиоца о овом питању и не би било простора за наведена погрешна тумачења. У даљој пракси код описа различитих деликата значајно је да се опис дела уско сузи на законски опис бића дела, без описа чињеница које могу упућивати на другу врсту дела.²³

21 Може се тумачити и као задржавање основа старог концепта, због немогућности да се он сасвим напусти, већ се само делом модификује.

22 То истиче и Е. Ибричевић Карас, *нав. дело*, стр. 7.

23 О упутствима за даље поступање органа детаљније Д. Новосел, М. Рашо, З. Бурић, „Разграничење казних дјела и прекршаја у свјетлу пресуде Европског суда“, *Хрватски љејојис за казнено право и праксу*, бр. 2/2010.

Сва ова питања се код одговорности правних лица појављују у нешто измењеној форми, јер су код одговорности физичких лица ова питања израженија и актуелнија, али нису немогућа код одговорности правних лица за кривична дела и односа са другим деликтима. Код правног лица ће у правилу бити јасније разграничена кривична дела, привредни преступи и прекршаји, јер ако се одговара за једно дело, нема основа нити логике да се одговара за друго дело. Различитост заштитних објеката, али и природе деликата правних лица, опредељују такво стање. Оно што је прописано као привредни преступ, у истом закону никада није уједно прописано као прекршај. Исто тако ако правно лице одговара за привредни преступ, који повлачи могућност строгих санкција, није потребно да за исту радњу одговара за кривично дело. За кривично дело је логичније да одговара рецимо код дела где појединци уједно учине неко кривично дело, рецимо злоупотребе положаја у корист правног лица за које се стекне корист, кад се може поставити питање одговорности правног лица за кривично дело.

Ово не значи да наведена пракса међународног суда неће битно утицати на национална законодавства, посебно да се мора настојати сузити круг паралелних поступака за различита дела из истог чињеничног стања. Потребно је избећи посебно неугодну ситуацију да осуда за лакши деликт (прекршај) искључује одговорност за тежи деликт (кривично дело, привредни преступ), а због принципа *ne bis in idem*.²⁴ У том циљу овлашћени органи гоњења требају настојати да иницирају одговарајући казнени поступак, без претходног вођења прекршајног поступка, што је до сада чињено из разлога ефикасности тог поступка, иако има елементарна тежег дела. Уједно законодавац треба да настоји да избегне или бар битно смањи могућност да се исто чињенично стање може подвести под различите деликте. Тиме се не умањује природа и значај преступа правних лица, као посебних деликата, који и даље захтевају своје значајно место и улогу у нашем правном систему.

24 Ово је најнеугоднија последица цитиране праксе Европског суда за људска права, па о томе свакако треба повести рачуна.

Tomica DELIBAŠIĆ, PhD
Misdemeanor Court of Appeal, Belgrade

**FURTHER DEVELOPMENT OF OUR CONCEPT OF
CORPORATE LIABILITY FOR CRIMINAL OFFENSE,
FOR ECONOMIC OFFENSE AND OFFENSES –
ASPECTS OF THE IMPLEMENTATION OF BUSINESS
AND FINANCIAL REGULATION**

Summary

Our law is characterized by the liability of legal persons for offense, economic offense and violation as distinct types of offenses, that has a special significance. In such a situation, when there are three types of criminal offenses, there is a question of their relationship, and further fate of economic offenses, especially after the adoption of liability of legal persons for criminal offenses and considering solutions from comparative law. This article points to the character and significance of economic offenses in our law and the relationship of these offenses with financial offenses, as well as some issues related to the time set.

Key words: *legal entities, liability, crime and economic offenses, conceptual definition, foreign legal entities, parallel proceedings, domestics and comparative law.*

др Мирјана ЦУКАВАЦ
Секретар Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори
Србије

НОВИ ПРАВИЛНИЦИ СПОЉНОТРГОВИНСКЕ АРБИТРАЖЕ ПРИ ПРИВРЕДНОЈ КОМОРИ СРБИЈЕ

Резиме

Спољнотрговинска арбитража при Привредној комори Србије има значајну традицију од скоро седамдесет година. Она је основана 1946. год. да би следеће године почела са радом доношењем свој првој Правилника. Од тада па до данас правилници Спољнотрговинске арбитраже су се мењали у складу са развојем арбитражне права у земљи и иностранству тражећи решења модерној међународној арбитражној права у циљу унапређивања ефикасности рада арбитраже и привлачења инвестиционалних корисника њених услуга.

Скупутина Привредне коморе Србије је 30. децембра 2013. год. усвојила два нова правилника везана за рад Спољнотрговинске арбитраже. Први је нови Правилник о Спољнотрговинској арбитражи којим је замењен раније важећи који се примењивао од 16. јуна 2007. год. Други је први пут донет и њиме се регулише примена арбитражних правила Комисије Уједињених Нација за међународно трговинско право (УНЦИТРАЛ) у поступцима који се воде пред Спољнотрговинском арбитражом. Оба правилника су почела да се примењују 18. јануара 2014. год.

Овај чланак посебно наглашава новинама које ће просићи из примене оба правилника а нарочито оним који се тичу организације рада Спољнотрговинске арбитраже, трошкова поступка, органа именовања, арбитра, и осталих значајних новина.

Кључне речи: правилник, измене, арбитра, председништво СТА, трошкови поступка.

I Увод

Спољнотрговинска арбитража при Привредној комори Србије (СТА) је институционална арбитража са најдужом традицијом решавања спорова проистеклих из међународних пословних односа кроз чију се праксу највећим делом спроводи арбитража у нашој земљи. Иако је Правилник СТА из 2007. године донет релативно скоро у циљу усклађивања са новим Законом о арбитражи Републике Србије,¹ па иако се закон о арбитражи није у међувремену мењао, јавила се потреба за даљим унапређењем рада СТА и њеног довођења у ред са најзначајнијим међународним арбитражним центрима тако што би се у Правилник унеле значајне измене, али у оквиру Закона о арбитражи Републике Србије. Ипак, нови Правилник, и поред значајних новина, задржава низ одредаба које су ову арбитражу чиниле препознатљивом. У погледу форме, Правилник се састоји из основног текста и два анекса. Анекс I чини Правилник о мирењу пред арбитражом који је у раније важећем Правилнику био интегрисан у сам текст Правилника. Сада је то посебан Правилник, због специфичности које има поступак мирења у односу на сам арбитражни поступак. Анекс II чине одредбе о СТА као органу именована, што је потпуно нова функција која није постојала у претходно важећим правилницима СТА.

Као и раније важећи правилници, члан 43 новог Правилника даје овлашћење странкама да уместо Правилника СТА уговоре примену Правила за арбитражу Комисије Уједињених Нација за међународно трговинско право (УНЦИТРАЛ), али сада са том разликом да је први пут донет посебан Правилник за примену УНЦИТРАЛ-ових правила „Арбитражна правила Комисије Уједињених Нација за међународно трговинско право (УНЦИТРАЛ) пред Спољнотрговинском арбитражом при Привредној комори Србије“ (даље у тексту: СТА УНЦИТРАЛ Правила). УНЦИТАЛ-ова правила су се директно примењивала и у ранијем периоду у поступцима пред СТА и пре доношења посебних правила без неких већих проблема, додуше у малом броју случајева (у периоду од 2005. год. до почетка 2014 год. УНЦИТРАЛ-ова правила из 1976. год. су примењена у два поступка пред СТА, од којих се један спор завршио доношењем арбитражне одлуке, а други поравњањем). Ипак, до доношења посебних Правила, директна примена УНЦИТРАЛ-ових правила, која су првенствено креирана за примену у *ad hoc* арбитражама, пред СТА је била донекле неусклађена са институционалним карактером СТА те се појавила потреба да се ова правила и експлицитно прилагоде организацији и пракси СТА што је и учињено доношењем

1 Законом о арбитражи (Службени гласник РС, бр. 46/06).

посебног сета Правила. Као основ СТА УНЦИТРАЛ Правила послужила су УНЦИТРАЛ-ова Правила у верзији из 2010. год. прилагођена примени пред СТА као институционалном арбитражом уз уважавање њених посебности и карактеристика, а такође се водило рачуна и о императивном одредбама српског Закона о арбитражи те у СТА УНЦИТРАЛ Правила нису преузете оне одредбе УНЦИТРАЛ-ових Правила које су у директној супротности са српским Законом о арбитражи. Ова Правила нису конкурентна већ комплементарна са Правилником СТА а евентуалне празнине у овим Правилима се попуњавају одговарајућим одредбама Правилника СТА (уколико их има).

II Организација и управљање СТА

Нови Правилник СТА садржи значајне новине које се тичу организације и управљања СТА а која су се рефлектовала и на СТА УНЦИТРАЛ Правила. Као и до сада, радом СТА управљају председник и председништво, док секретаријат обавља стручне и административне послове. Председника и председништво СТА бира Скупштина Привредне коморе Србије на период од четири године.

1. Председник СТА

Председник СТА а у његовој одсутности један од потпредседника ког одреди председник представља СТА, организује њен рад и председава седницама председништва. Ако је председник или један од потпредседника СТА спречен да дуже времена врши дужност, председништво арбитраже у ширем саставу одређује једног свог члана за заменика председника, односно потпредседника, док та спреченост траје.

2. Председништво СТА

СТА има председништво у ужем и ширем саставу. Председништво у ужем саставу чине председник и два потпредседника, а председништво у ширем саставу чине поред председника и два потпредседника чине још и четири члана, укупно седам чланова (број чланова председништва у ширем саставу знатно је смањен у односу на Правилник из 2007. год., када су га сачињавали поред председника и два потпредседника још и секретар СТА и девет чланова – укупно тринаест чланова). Надлежности председништва у ширем саставу нису мењане у односу на Правилник из 2007. год. – оно остварује надзор над применом Правилника и прати у разматра праксу решавања спорова.

*а) Надлежности председништва у ужем саставу према
Правилнику СТА*

Надлежности председништва у ужем саставу су знатно проширене у односу на Правилник из 2007. год. Тако оно:

- врши функцију органа органа потврђивања арбитрара које су именовале странке или други арбитрари (нова функција) и функцију органа именовања арбитрара уколико су странке или арбитрари пропустили да изврше то своје право (према Правилнику из 2007. год. функцију органа именовања је вршио председник СТА);
- утврђује да ли су странке у писаном облику закључиле споразум о арбитражи ако је тужени оспорио постојање или пуноважност арбитражног споразума или није одговорио на тужбу;
- доноси одлуку о одбијању надлежности СТА ако арбитражни споразум или уговор о основном послу садрже одредбе које нису у складу са надлежностима и начелима арбитраже, као и када су захтеви и поступања странака такви да онемогућавају нормално одвијање арбитражног поступка;
- одлучује о коначном именовању арбитра ако је једна од странака изнела примедбе на његово именовање после давања изјаве о независности у непристрасности;
- одлучује о захтеву за изузеће арбитра;
- одлучује о престанку мандата арбитра у случајевима када овај услед стварних или правних разлога није у могућности да обавља своју функцију или је не обавља у примереном року;
- даје сагласност да се арбитражни поступак продужи после истека рока од једне године од конституисања арбитражног већа или именовања арбитра појединца ако за то постоје оправдани разлози;
- разматра арбитражну одлуку пре њеног потписивања и ако постоје разлози, указује арбитрама на формалне недостатке арбитражне одлуке или на арбитражну праксу у појединим питањима и ако сматра да постоје одређени разлози због којих би арбитражна одлука могла бити поништена, односно не би могла бити извршена, о томе скреће пажњу арбитрама;
- сачињава писмени извештај о донетој одлуци, уколико је то потребно (председник СТА или други члан председништва кога председник одреди);

- именује посреднике или председника комисије за мирење ако су му странке препустиле ту функцију или је саме нису извршиле;
- даје овлашћење за објављивање арбитражне одлуке у стручним и научним гласилима без навођења имена странака и података који могу бити штетни по њихове интересе (према Правилнику из 2007. год. То овлашћење је имао председник СТА);
- врши функцију СТА као органа именована (Анекс II Правилника).

б) Надлежности председништва у ужем саставу према СТА УНЦИТРАЛ правилима

Сва права која према УНЦИТРАЛ-овим правилима врше органи одређивања и именовања према СТА УНЦИТРАЛ правилима врши председништво у ужем саставу. Тако председништво у ужем саставу:

- именује арбитре уколико их странке или арбитри нису именовали;
- именује арбитра појединца у случајевима у којима је једна странка предложила да уместо арбитражног већа одлучује арбитар појединац а друга странка пропустила да се изјасни о том предлогу а такође није ни именovala свог арбитра; у таквим случајевима на захтев странке председништво може да именује арбитра појединца ако процени да би то било целисходно с обзиром на околности случаја;
- када су у питању вишестраначке арбитраже када се појави било каква немогућност за конституисање арбитражног већа (било да супарничари не могу да изаберу заједничког арбитра или сваки други случај) председништво је овлашћено да на захтев једне странке само конституише цело арбитражно веће при чему може опозвати већ именованог арбитра, именовати новог или реименовати већ именованог арбитра као и изабрати председника арбитражног већа;
- одлучује о захтеву странке за изузеће арбитра;
- када у току поступка из било ког разлога арбитар треба да буде замењен председништво може, на захтев једне од странака ако оцени да би с обзиром на изузетне околности случаја било оправдано да се странци ускрати право да именује заменика арбитра, само да именује заменика арбитра али тек пошто пружи могућност странкама и преосталим арбитрама да изнесу своје ставове поводом овог случаја;

Надлежност Председништвау ужем саставу да одлучује о окончању поступка пре образовања арбитражног суда или избора арбитра појединца у одређеним случајевима² није предвиђена у оригиналним УНЦИТРАЛ-овим Правилима и дата је искључиво у практичне сврхе, јер у противном не би имао ко да одлучи о окончању поступка. Ти случајеви су следећи: 1) када тужилац повуче тужбу, осим ако се тужени томе не противи, а председништво оцени да тужени има оправдан интерес да се донесе коначна арбитражна одлука у спору, 2) када се странке споразумеју о обустави поступка или 3) када је наставак поступка постао немогућ из непотребан из било ког другог разлога.

Као што се види, председништво СТА у ужем саставу је према СТА УНЦИТРАЛ-правилима добило значајна овлашћења, не само као орган именовања, него и у самом поступку, када одлучује о окончању поступка која иначе не поседује ако се поступак води према Правилнику СТА. То је и логично с обзиром да је природа УНЦИТРАЛ-ових правила да су она креирана за *ad hoc* арбитражу те се морало на неки начин извршити њихово институционализовање и прилагођавање пракси СТА.

в) Начин одлучивања Председништва

Веома значајну новину представља регулисање на савремен начин одлучивања председништва као колективног тела, било да се ради о председништву у ужем или ширем саставу. Кворум за седнице постоји ако је присутно више од половине чланова. Седница се може реализовати и путем видео конференције, телефона или преко интернета. Одлуке се доносе једногласно или већином гласова присутних чланова. У случају једнаке поделе гласова одлучује глас председника СТА. Одлуке се такође могу доносити и путем писмене кореспонденције. У том случају председник СТА подноси писани предлог члановима председништва и одређује рок у коме ће се они изјаснити гласањем писменим путем.

3. Секретаријат СТА

Секретаријат СТА врши стручне и административне послове како у поступцима према Правилнику СТА тако и у поступцима према СТА УНЦИТРАЛ правилима. Запослени у секретаријату су радници Привредне коморе Србије. Поред традиционалне улоге секретаријата, нова СТА УНЦИТРАЛ правила дају значајну улогу секретаријату СТА у „институционализацији“ ових правила када се примењују пред СТА нарочито у следећим случајевима:

² СТА УНЦИТРАЛ Правила, чл. 36, ст. 4.

- тужилац подноси обавештење о арбитражи секретаријату који га доставља туженом;
- тужени доставља оговор на обавештење о арбитражи такође секретаријату који га прослеђује тужиоцу;
- секретаријат СТА има овлашћење да, на сопствену иницијативу или по захтеву странке, затражи доказ о томе да ли заступник има пуномоћје за заступање;
- странке шаљу секретаријату обавештење о именовану арбитра;
- лице које би могло бити именовано за арбитра шаље секретаријату изјаву о независности, а почев од именовања и током целог поступка, дужно је да без одлагања обавести секретаријат о свакој околности која би довела у питање његову независност и непристрасност; о овоме секретаријат обавештава странке и даје им примерен рок да се изјасне;
- захтев за изузеће арбитра се упућује секретаријату који о томе обавештава све странке и арбитра и позива их да се о томе изјасне у примереном року;
- секретаријат доставља странкама потписану арбитражну одлуку или решење о окончању поступка које су му доставили арбитра;
- странка мора да обавести секретаријат у случајевима да захтева тумачење, исправку или доношење допунске арбитражне одлуке.

III Арбитри

Нови Правилник СТА доноси веома значајне новине које се тичу арбитра. Наиме, брисањем одредбе члана 115 став 2 Статута Привредне коморе Србије и коренимом изменом члана 5 Правилника из 2007. године укинута је обавезна листа арбитра. Наравно, када је у питању примена УНЦИТРАЛ-ових правила пред СТА, питање обавезне листе арбитра се никада није ни постављало.

Треба нагласити да су и према Правилнику из 2007. год. странке биле слободне да за свог арбитра изаверу лице ван листе (уз потврђивање од стране председништва у ужем саставу), али је председник арбитражног већа морало бити лице са листе арбитра СТА коју је сваке четири године доносила Скупштина Привредне коморе Србије.

С временом се показало да листа арбитра СТА има ограничавајући карактер у погледу избора арбитра због релативно дугог временског

периода од четири године за који је утврђивана што је спутавало улазак млађих стручњака као арбитра којим би се надоместио природан одлив у датом периоду. Ограничавајући карактер листе стога није доприносио раду и развоју СТА као независне, неутралне и високопрофесионалне институције која треба да задовољи потребе својих корисника како из земље тако и из иностранства. У поређењу са водећим арбитражним институцијама у свету види се да већина њих нема, чак ни необавезујућу листу арбитра (на пример Међународни арбитражни суд Међународне трговинске коморе из Париза – *ICC*, немачки Институт за арбитражу – *DIS*, Арбитражни институт Привредне коморе Стокхолма – *SCC*), неке имају само интерну базу података на основу које пружају странкама помоћ у избору арбитра, ако им се странке за то обрате (Лондонска арбитражни суд – *LCIA*, Америчко удружење за арбитражу – *AAA* које чак и наплаћају услуге препоруке одређеног броја арбитра који одговарају профилу спора), док треће објављују на свом сајту листу лица одговарајућег професионалног профила које би странке могле изабрати за арбитра, али које нема обавезујући карактер нити је било каква препорука странкама у избору арбитра (Арбитражни суд Савезне коморе Аустрије – *VIAC*).

Према новом Правилнику арбитра може бити свако пословно способно физичко лице, домаћи или страни држављанин ако странке нису споразумно предвиделе посебне додатне услове у погледу квалификације арбитра. Странке су слободне у избору арбитра а такође и арбитражни странка су слободни да изаберу треће лице које ће бити председник арбитражног већа. Арбитражни изабрани од стране странака или других арбитра морају бити потврђени од стране председништва у ужем саставу да би се сматрали именованим. Председништво у ужем саставу такође врши функцију органа именовања у случајевима када су странке пропустиле да именују свог арбитра или се арбитра нису могли сложити око именовања трећег арбитра. Међутим, да би се помогло странкама око избора арбитра, СТА обезбеђује увид у списак лица са одговарајућим квалификацијама за обављање функције арбитра. Та информација је доступна на интернет сајту СТА и нема карактер препоруке нити на било који начин обавезује странке или СТА. Пошто није обавезујући, списак лица, експерата у области арбитражног решавања спорова може бити потпунији и перманентно иновирани, без потребе усвајања од стране скупштине Привредне коморе Србије.

IV Трошкови арбитраже

Значајне новине извршене су и у погледу трошкова арбитраже што се односи и како на нови Правилник СТА и тако и на СТА УН-

ЦИТРАЛ Правила. Нова тарифа арбитражних трошкова примењује се у поступку према Правилнику СТА као и у поступку према УНЦИТРАЛ-овим Правилима, чиме је постигнуто јединство ова два правилника када су у питању трошкови арбитраже. У односу на раније важећи начин обрачуна трошкова арбитраже најзначајнија измена се огледа у раздвајању накнада за рад арбитра од административних трошкова арбитражне институције. Досадашњи начин обрачуна арбитражних трошкова је збирно приказивао све ове трошкове које је тужилац био дужан да у виду депозита уплати пре отпочињања арбитражног поступка, а који су се по окончању спора према Одлуци у накнадама за рад у Спољнотрговинској арбитражи при Привредној комори Србије коју је доносила Комисија за финансијска питања Скупштине Привредне коморе Србије, делили на накнаде за рад арбитра и преостали део који је припадао Комори односно СТА. Овако изражени трошкови били су нетранспарентни, како за арбитраге тако и за странке.

Према новој тарифи, јасно је одвојен износ који се односи на административне трошкове од износа који се односи на накнаде за рад арбитра, као што је то случај како са свим значајним арбитражним центрима у свету тако и са арбитражним центрима у окружењу. Саму тарифу арбитражних трошкова утврдила је Комисија за финансијска питања Скупштине Привредне коморе Србије својом одлуком од 31. јануара 2014. год. Износ уплаћених трошкова арбитраже као и до сада зависи од висине тужбеног захтева. Међутим, приликом доношења нове тарифе односно утврђивања укупне суме пређујма арбитражних трошкова који су сада јасно подељени на административне трошкове плус накнаде за рад арбитра водило се рачуна да овај збирни износ буде приближан раније утврђиваном јединственом износу првенствено водећи рачуна о економским могућностима домаће привреде у условима кризе која још траје као и о конкурентности СТА у односу на друге арбитражне институције, посебно оне из земаља бивше СФРЈ и осталих суседних земаља. Збирно гледано, износ трошкова арбитраже које је тужилац дужан да положи пре отпочињања арбитражног поступка није мењан у односу на досада важећу тарифу јер то није ни био циљ ове промене већ транспарентност поделе уплаћених трошкова између арбитра и СТА односно Коморе.

Удео административних трошкова који припада СТА односно Комори у укупним трошковима износи око 30% што јесте процентуално нешто више од удела административних трошкова код других конкурентских арбитража али у апсолутном износу је нижи, јер СТА спада у групу јефтинијих арбитражних центара. Уплаћени износ на име накнаде за рад арбитра када је у питању арбитражно веће, дели се тако

да председнику арбитражног већа припада 40% а сваком од коарбитара по 30% бруто од укупно уплаћеног износа.

Ново је и то да ако у поступку учествује више од две странке што чини спор комплекснијим и захтева више рада и уложеног времена за сваку додатну странку обрачунава се увећање административних трошкова СТА и накнада за рад арбитра за по 10%.

У погледу тришкова поступка мирења пред арбитражом ново је да су странке такође такође дужне да положе 200 ЕУР на име регистрационих трошкова као и да се трошкови поступка мирења утврђују према вредности спора на основу имањеног износа из тарифе арбитражних трошкова.

Значајну новину представља и случај када је СТА позвана да поступа као орган именовања. До новог Правилника није било основа за вршење ове функције на захтев странака, па ни основа за наплату ове услуге које предвиђају многе институционалне арбитраже. Анексом II Правилника СТА предвиђено је да ако је СТА позвана да поступа као орган именовања, подносилац захтева је дужан да уплати износ накнаде од 500 ЕУР за сваки захтев. СТА ће поступити по захтеву тек по уплати укупног износа ове накнаде, а овлашћења која припадају органу именовања врши Председништво СТА у ужем саставу.

V Закључак

Нови правилници СТА при Привредној комори Србије представљају значајан помак ка даљој модернизацији ове институције са великом традицијом и њеног усклађивања са савременим арбитражним тенденцијама.

Нови Правилник СТА је на првом месту укинуо обавезну листу арбитра чиме је гарантована слобода странака у избору арбитра било да су домаћа или страна лица. Нови Правилник потенцира улогу ужег председништва као колективног органа које осим функције органа именовања и потврђивања арбитра обавља још и низ веома значајних функција. Веома значајна модернизација тиче се и трошкова арбитраже односно увођења транспарентности поделе уплаћених трошкова између СТА односно Привредне коморе Србије (административни трошкови) и арбитра (накнаде за рад арбитра). Осим ових, нови Правилник СТА садржи још и низ веома значајних промена који има за циљ унапређење ефикасности рада СТА и давање веће слободе арбитрама за доношење одлука везаних за арбитражни поступак. Тако се једна од веома важних измена Правилника односи на укидање надлежности проширеног арбитражног већа да одлучује о надлежности СТА, као реликт прошлих вре-

мена и ова веома значајна функција је препуштена искључиво арбитрама као што је то случај у свим значајним арбитражним институцијама. Учешће руководства СТА у решавању питања надлежности СТА (у проширено веће осим арбитражног већа или арбитра појединца улазили су и председник и потпредседник СТА) није доприносило самосталности арбитра, те је доводило до непотребних ингеренција руководства СТА везано за рад арбитра. Значајна измена односи се на језик арбитражног поступка. Правилник из 2007. год. је предвиђао да уколико странке не изаберу језик поступка, језик поступка је српски језик. Нови правилник даје право арбитрама да у случају непостојања воље странака сами изаберу језик поступка узимајући у обзир све околности датог случаја а нарочито језик арбитражног споразума. Такође, арбитраи уз претходну консултацију са странкама одлучују о начину бележења усмене расправе. То осим класичног диктирања на записник које се све мање користи подразумева и тонско снимање уз достављање *CD*-а странкама, тонско снимање уз достављање *CD*-а и израду краћег записника, тонско снимање уз достављање *CD*-а и потпуног транскрипта (у ком случају странке носе трошкове израде транскрипта) итд. Уз још неке ситније измене нови Правилник СТА треба да буде гарант унапређења рада ове институције у наредном периоду.

С друге стране, СТА УНЦИТРАЛ Правила, други сет правила које СТА нуди потенцијалним корисницима њених услуга, садржи Арбитражна правила УНЦИТРАЛ-а из 2010. год. прилагођена њиховој примени пред СТА као институционалном арбитражом. СТА УНЦИТРАЛ Правила садрже исти број и распоред чланова као и УНЦИТРАЛ-ова Правила и уз измене прилагођене природи и карактеру СТА, у великом делу преузимају њихова решења и дух. Најзначајније измене управо се и тичу „институционализовања“ ових Правила као и неуношења оних одредби које су у супротности са императивним нормама српског Закона о арбитражи из 2006. год. Одредбе УНЦИТРАЛ-ових правила које се тичу органа одређивања и именовања се не примењују већ ову функцију врши председништво СТА у ужем саставу као колективни орган. Поред класичне функције органа именовања везаних за функцију именовања, замене и изузећа арбитра СТА УНЦИТРАЛ-ова Правила дају још једну функцију председништву СТА које нема у УНЦИТРАЛ-овим Правилима: председништво СТА у ужем саставу одлучује о окончању арбитражног поступка када арбитражни суд није конституисан у случајевима повлачења тужбе, споразума странака о обустави поступка и када је поступак постао непотребан или немогућ из било ког другог разлога. Друго значајније одступање тиче се трошкова арбитраже који се рачунају на бази тарифе трошкова поступка који се воде према Правилнику СТА. Трећа значајна измена везана за „институционализацију“ односи

се на улогу Секретаријата СТА у арбитражном поступку. У одребе које су промењене или изостављене, јер су у супротности са српским Законом о арбитражи, спада одредба СТА УНЦИТРАЛ Правила да број арбитра мора бити непаран (УНЦИТРАЛ-ова Правила дозвољавају и паран број арбитра). Из УНЦИТРАЛ-ових правила нису преузете ни оне одредбе које се тичу могућности доношења арбитражне одлуке од стране тзв. „крњег арбитражног трибунала“ због директне супротности са одредбом Закона о арбитражи која захтева да приликом већања и гласања присуствују сви арбитра осим ако странке не предвиде нешто друго. Није преузет ни Анекс УНЦИТРАЛ-ових Правила који се односи на модел изјаве која се односи на одрицање од правног средства против арбитражне одлуке, због тога што Закон о арбитражи изричито искључује могућност да се странке могу унапред одрећи права на тужбу за поништај арбитражне одлуке као јединог средства којим се ова може нападати.

Mirjana CUKAVAC, PhD

Secretary, Foreign Trade Court of Arbitration of Chamber of Commerce and Industry of Serbia

TWO NEW SETS OF RULES OF FOREIGN TRADE COURT OF ARBITRATION OF CHAMBER OF COMMERCE AND INDUSTRY OF SERBIA

Summary

Foreign Trade Court of Arbitration of the Chamber of Commerce and Industry of Serbia has a remarkable tradition of nearly seventy years. It was established in 1946 and its first Rules were introduced the next year. Since then, its sets of Rules periodically have been changed depending on development of arbitration law in Serbia and abroad.

The Assembly of the Chamber of Commerce and Industry of Serbia on December 30, 2014, enacted two new sets of Rules of the FTCA. First, the new set of the FTCA's Rules that replaced the previous Rules which were in force since June 16, 2007. The second set of Rules is the "Arbitration Rules of UNCITRAL before the Foreign Trade Court of Arbitration of the Chamber of Commerce and Industry of Serbia" enacted for the first time. Both sets of rules entered into force on January 18, 2014.

Provisions of the two new sets of rules stand with provisions of modern international arbitration law and its main goal is better efficiency of arbitral procedure before the FTCA and attraction of potential customers.

This article places particular emphasis on the novelties introduced by both sets of rules and especially on those concerning: management and organization of the FTCA, costs of arbitration, appointing authority, arbitrators etc.

Key words: *Rules, revision, arbitrator, Board, costs of arbitration.*

мр *Саша* САВИЋ
директор Сектора за правне послове, Rudnar Group

УСЛОВИ ЗА ОБАВЉАЊЕ ДЕЛАТНОСТИ ПОСРЕДОВАЊА У ПРОМЕТУ НЕПОКРЕТНОСТИ У КОНТЕКСТУ НОВОГ ЗАКОНА

Резиме

Закон о посредовању у промету и закупу неокрејности уводи значајне новине у делатности посредовања у промету неокрејностима. Те новине се тичу услова, а појом и начина обављања означене делатности.

Услови за обављање послова посредовања у промету неокрејности су:

- да је посредник оранизован у форми привредној друштва или предузетника,*
- да посредник има седиште у Републици Србији,*
- да је посредник уписан у Регистар посредника што подразумева: да послове посредовања код посредника обавља физичко лице са положеним стручним искуством, да је посредник закључио уговор о осигурању од одговорности за штету, да је посредник обезбедио одговарајући пословни простор и опрему и да није на снази према посреднику изречена заштитна мера забране обављања послова посредовања,*
- да је посредник са налогодавцем закључио уговор о посредовању,*
- да не постоји сукоб интереса између посредника приликом посредовања.*

Прописани услови стварају институционални оквир за обављање послова посредовања у промету непокретности. Ти услови доводе до отклањања одређених недостигања која су исцрпљени у досадашњој пракси посредовања – неовлашћено посредовање, неквалифично посредовање и др. Поред тога, прописани услови доприносе и оштријем унапређењу посредовања у промету непокретности – јачање професионалне одговорности даваоца услуга, слободан приступ посредничким услугама, стварање поверења код корисника услуга, подизање квалитета посредничких услуга и др.

Кључне речи: Регистар посредника, посредник, корисник, уговор о посредовању.

I Увод

Полазна тачка у изради овог реферата јесте одређено питање и одговор на то питање везано за изабрану тему.

Питање је: Који је правни режим обављања делатности посредовања у промету непокретности? Питање је детерминисано положајем у којем се налази свако лице које намерава да отпочне обављање или већ обавља предметну делатност. Поштовање прописаног режима је нужна претпоставка обављања делатности посредовања у промету непокретности.

Одговор на питање има два нивоа.

Први ниво се тиче постојећег правног режима. Реч је о режиму који је у примени и који можемо означити и као стари правни режим. Други ниво се односи на измене и допуне постојећег правног режима. Те измене и допуне су предвиђене Законом о посредовању у промету и закупу непокретности.¹ Реч је о суштинским изменама и допунама. Те

1 Закон о посредовању у промету и закупу непокретности (*Службени гласник РС*, бр. 95/2013; даље у фуснотама: ЗППЗН). Члан 11 (стручни испит) се примењује по истеку 12 месеци од ступања Закона на снагу, тј. почев од 9. новембра 2014. године, а правна правила из члана 4–10 (упис у Регистар посредника) и члана 13 (уговор о осигурању од одговорности) се примењују по истеку 18 месеци од ступања Закона на снагу, тј. од 9. маја 2015. године. Упореди са Законом о посредовању у промету некретнина (*Народне новине РХ*, бр. 107/07, 144/12, 14/14; даље у фуснотама: хрватски ЗППН). Шири правни основ доношења наведених закона је Директива 2006/123 о услугама на унутрашњем тржишту (Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market, *Official Journal of the European Union*, L 376, 27.12.2006) чији је циљ унификација прописа држава којима се регулишу услуге на унутрашњем тржишту. Једна од услуга на које се Директива односи јесу и услуге у погледу некретнина као што су агенције за некретнине.

измене и допуне ће бити приказане кроз услове који морају да се испуне да би заинтересовано лице могло да обавља предметну делатност и њиховом значају за послове посредовања.

II Испоњени недостаци старог режима посредовања

У пракси се испољавају одређени недостаци у пословима посредовања у промету непокретности. Ти недостаци доводе до губитка поверења код клијената, погодно су тло за настанак спорних ситуација, воде пружању неквалитетне услуге заинтересованим лицима и могу проузроковати друге нежељене последице. Тих недостатака има неколико.

Прво, присутно је тзв. неовлашћено посредовање. То је такво посредовање где се оглашавање и друго нуђење непокретности трећим лицима на тржишту врши без постојања уговора о посредовању или неког другог основа. Носиоци посредничке делатности путем својих електронских и писаних огласних простора нуде непокретности без постојања било каквог договора са имаоцима права на непокретностима. Власници наилазе на нуђење својих непокретности на различитим огласним просторима, а да за то нису дали сагласност. Чест је случај тзв. преузимања огласа. Када један носилац посредничке делатности огласи непокретност на свом огласном простору, та непокретност се преузима и од других носилаца посредничке делатности. То преузимање се врши без правног основа. Тако се иста непокретност нађе на огласним просторима различитих носилаца посредничке делатности а да власник са свима њима нема уређене односе. Посредник који први пронађе клијента ступа у контакт са власником у очекивању да постигне договор о посредовању. Дешава се и да више посредника ступе у контакт са истим клијентом, те покушају да са власником обезбеде договор о посредовању. Овакав чињенични склоп доводи и до тзв. вишеструког посредовања, нуђења исте непокретности од стране већег броја посредника без јасног разграничења њихових односа и овлашћења.

Друго, наилази се на тзв. неквалитетно посредовање. Неквалитетно посредовање је узроковано бројним околностима. Прво, изостанак довољно стручног знања код посредника. Друго, недовољно искуство у предметним пословима. Треће, непостојање стандарда које посредник мора да задовољи за обављање предметне делатности. Четврто, недовољна струковна повезаност носиоца посредничке делатности. Пето, недовољни надзор над обављањем посредничке делатности.

Треће, непостојање осигурања од професионалне одговорности. Приликом обављања посредовања у промету непокретности могуће је

проузроковање штете корисницима услуга. Носиоци посредничке делатности немају обавезу обавезног осигурања од професионалне одговорности. То значи, да оштећени остварују право на надокнаду штете по општим правилима облигационог права. Исходовање судске одлуке и постојање имовине за намирење може бити скопчано са значајним ризицима, што значајно слаби одговорност посредника за уредно извршење професионалне делатности.

Четврто, изостанак прописане тарифе за услуге посредовања. Ово је узрок разноликости у цени пружања услуга посредовања. Снижавање цене испод граница тржишних услова посредничку услугу чини некавалитетном.

Пето, непостојање норматива за пословни простор и опрему. Носиоци посредничке делатности према околностима случаја и својим могућностима опредељују пословни простор и опрему којом обављају предметне послове. Наилази се на случајеве неадекватног пословног простора и опреме. Неки од њих чак и немају простор за пријем клијената, већ послове обављају на терену.

III Новописани услови за обављање посредничке делатности

1. Облик организовања

Закон о посредовању у промету и закупу непокретности изричито прописује да је посредник привредно друштво или предузетик.² Према старом режиму, овај услов није био нормиран.

Стаусно правно посматрано, основно обележје привредног друштва и предузетика јесте циљ њиховог организовања.³ Тај циљ је лукративне природе и тиче се обављања делатности на тржишту ради остваривања профита. Ово одређење непосредно или посредно опредељује порески, рачуноводствени и друге режиме који се примењује на означени облик организовања.

Две ствари произилазе из прописаног услова. Прво, сужава се круг потенцијалних субјеката који могу да имају статус посредника у промету непокретности. Али, истовремено се поопштравају референце које носиоци те делатности морају да испуњавају као услов да би могли да обављају предметну делатност. Друго, да законодавац везујући делатност посредовања у промету непокретности за привредно друштво или предузетика посредно и саму ту делатност прокламује као лукративну.

2 ЗППЗН, чл. 3 ст. 2. Исто и хрватски ЗППН, чл. 1 ст. 1.

3 Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, Београд, 1995, стр. 58.

2. Седиште у Републици Србији

Посредник у пословима промета непокретности, поред тога што мора бити организован у облику привредног друштва или предузетника, мора имати и седиште на територији Републике Србије.⁴ Седиште привредног друштва је место на територији Републике Србије из кога се управља пословањем друштва и које је као такво одређено оснивачким актом или одлуком скупштине.⁵ Из оваквог одређења произилази да законодавац инсистира на постојању везе између територије на којој се обављају послови посредовања што значи и јурисдикције која постоји на тој територији, и места налажења посредника који ту посредничку делатност обавља. Посредник мора да се налази на територији на којој обавља посредничку делатност. То налажење законодавац конкретизује формулацијом управљања из неког места на територији Републике Србије. На овом месту можемо поставити питање о међусобном односу правне припадности и седишта⁶ и утицају таквог односа на статус посредника. Постоје два нивоа одговора на ово питање. Прво, реч је о тзв. теорији инкорпорације.⁷ По овом концепту привредно друштво припада праву земље где је инкорпорирано без обзира да ли у тој земљи обавља делатност или има седиште главне управе. Регистрановано седиште привредног друштва је увек у држави где је друштво и основано. Седиште прати националност привредног друштва. Друго, ради се о тзв. теорији реалног седишта.⁸ По овом концепту привредно друштво припада праву земље где је седиште. Седиште је у оној држави где се налази главна управа или где се обавља главна делатност. Право државе где се налази седиште се примењује на оснивање, статус и престанак. Промена седишта води и промени статута. Логичан след ове теорије је да друштва која се региструју у земљи која прихвате теорију стварног седишта морају бити основана по праву те државе. Може се десити да право новог седишта не признаје друштво које је основано по старом седишту, односно старом праву.

Произилази закључак, да одредбу Закона о посредовању у промету некретнина која предвиђа да посредник мора да има седиште на

4 Исто и хрватски ЗППН, чл. 1 ст. 1.

5 Закон о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011; даље у фуснотама: ЗПД), чл. 19.

6 Закон о решевању сукоба закона са прописима других земаља (*Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82, 72/82, *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96, *Службени гласник РС*, бр. 4672006 – др. закон), чл. 17.

7 Вид. Мирко Васиљевић, *Коментар Закона о привредним друштвима*, Београд, 2006, стр. 99.

8 М. Васиљевић, *Коментар Закона о привредним друштвима*, стр. 99.

територији Републике Србије уједно значи и да је тај посредник основан по праву те државе.

3. Упис у Регистар посредника

Статусно правно посматрано, централни услов за стицање права обављања послова посредовања у промету непокретности јесте упис у Регистар посредника.

Правни значај уписа у Регистар посредника се огледа у томе да привредно друштво или предузетник може да започне обављање послова посредовања даном доношења решења о упису у Регистар посредника, који се сматра даном уписа у тај регистар.⁹ Доношење решења о упису у Регистар посредника није услов регистрације привредног друштва или предузетника у Регистар привредних субјеката. На поступак њиховог оснивања се примењују општа правила, као и за оснивање сваког другог привредног друштва или предузетника. Међутим, тако основано привредно друштво или предузетник неће моћи да отпочне да обавља делатност посредовања у промету непокретности. За почетак обављање те делатности мора ће да испуни посебан услов, а то је упис у Регистар посредника.¹⁰ Дакле, упис у Регистар посредника није услов оснивања привредног друштва или предузетника који намерава да обавља послове посредовања у промету непокретности, већ услов да тако основани субјект отпочне да обавља ту делатност.

Закон о посредовању у промету и закупу непокретности изричито прописује четири услова за упис привредног друштва или предузетника у Регистар посредника.

Прво, реч је о стручном испиту. То је испит који полаже физичко лице. Тим испитом физичко лице потврђује да поседује стручне способности за обављање послова посредовања. Физичко лице које полаже стручни испит мора да има пребивалиште на територији Републике Србије и најмање четврти степен стручне спреме. Испит се полаже код ресорног министарства. Лицу које положи стручни испит се издаје уверење.¹¹ Стручни испит треба да има предузетник или најмање један члан привредног друштва. Уместо тога, остављена је могућност да предузетник или привредно друштво ангажују такво лице, било кроз радни

9 ЗППЗН, чл. 4 ст. 2.

10 ЗППЗН, чл. 12 ст. 1.

11 „Министар ближе прописује, уз претходну сагласност министра надлежног за послове финансија, програм и начин спровођења полагања стручног испита, висину таксе за полагање стручног испита, износ накнаде за рад чланова комисије, као и садржину и облик уверења о положеном стручном испиту из члана 11 овог Закона“, вид. ЗППЗН, чл. 30 ст. 2.

однос или ван радног односа. Физичко лице са положеним стручним испитом је непосредни извршилац послова посредовања. Из тог разлога, овај услов је трајног карактера. Престанак постојања овог услова води брисању предузетника или привредног друштва из Регистра посредника.

Друго, потребно је постојање уговора о осигурању од одговорности. То је уговор који посредник закључује са друштвом за осигурање које има седиште у Републици Србији.¹² Осигурани случај је настанак штете за налогодавца из уговора о посредовању услед неизвршења или неуредног извршења обавеза од стране посредника. Реч је о неизвршењу или неуредном извршењу уговорних обавеза или обавеза прописаних законом. Поред тога, то је и штета коју претрпи треће заинтересовано лице услед кршења наведених одредби од стране посредника. Изричито је одређено да је свота осигурања минимално 15.000,00 евра у динарској противвредности по једном осигураном случају, односно укупно минимално 45.000,00 евра за све одштетне захтеве у једној години. Посредник је слободан да закључи и уговор о осигурању са већом сумом осигурања. И овај услов је перманентног карактера. Током пословања, предмет инспекцијског надзора је и испитивање његовог постојања.

Треће, у питању је пословни простор и опрема. Посредник мора имати пословни простор и опрему који испуњавају минималне техничке услове. Ресорно министарство је надлежно за доношење акта којим ће овај услов бити ближе одређен. Као и у претходном случају, посредник мора да безбеди испуњеност овог услова за све време пословања. И овај услов је предмет инспекцијског надзора. У случају његовог престанка, посредник ће бити брисан из Регистра.

Четврто. Предузетник или привредно друштво неће моћи да се упише у Регистар посредника уколико му је уз прекршајну санкцију изречена заштитна мера забране обављања делатности посредовања или мера јавног објављивања пресуде која је на снази у време подношења захтева. Међутим, уколико у току пословања оваква мера буде изречена, она неће довести до брисања из Регистра посредника, већ до немогућности обављања предметних послова док та мера траје.

У регистар посредника уписују се и воде одређени подаци. Прво, то су подаци о посреднику – пословно име, адреса седишта и огранка, порески идентификациони број и матични број. По самом закону, остављена је могућност уписа и евентуално неког другог релевантног податка. Друго, реч је о подацима о физичком лицу које има положен стручни испит. Закон не прецизира који су то подаци, те је потребно да се исти конкретизују кроз подзаконски акт. По природи ствари то ће

12 Исто и хрватски ЗППН, чл. 5.

бити име и презиме, адреса пребивалишта, матични број, уверење о положеном стручном испиту и облик ангажовања код посредника. Треће, у питању је податак о адреси налажења пословног простора у коме посредник обавља своју делатност. По правилу, ова адреса се поклапа са адресом седишта посредника. Али не мора увек бити тако. Могуће је да постоји више таквих пословних простора, те је онда потребно унети податке о сваком таквом простору. Четврто, ради се о податку о изреченим заштитним мерама забране вршења посредовања и јавног објављивања пресуде.

Закон не одређује да се у Регистар посредника уписује и води податак о обавезном осигурању од одговорности. Као што је изнето, закључење и постојање овог уговора је услов уписа у Регистар посредника. Ако дође до престанка истога, то ће бити разлог брисања из Регистра посредника. Зато је оправдано очекивати да подзаконским актом буде прописано да и овај податак буде уписан и вођен у предметном Регистру.

Промена података у Регистру посредника се врши по захтеву посредника или *ex officio*. Посредник је дужан да пријави сваку промену података који се евидентирају у Регистру посредника у року од седам дана од дана настанка промене, ради уписа промене у Регистар посредника. Ресорно министарство по службеној дужности врши промене података у Регистру посредника, на основу података којима располажу државни органи у склопу службених евиденција, као и података из надзора.

Регистар посредника је јаван регистар.¹³ Та јавност се огледа кроз два аспекта. Прво, свако лице има право увида и може захтевати издавање извода из Регистра посредника. Ова два овлађења свако лице може да оствари без обавезе доказивања интереса за то. Поступајући орган је дужан да поступи по захтеву сваког заинтересованог лица. Поред тога, изричито је одређено да се Регистар посредника објављује на интернет страни ресорног министарства. Друго, Регистар посредника води орган јавне власти.¹⁴ Непристрасност и стручност у поступању је гаранција веродостојности Регистра посредника. Правни значај јавности се огледа у томе да се ни једно лице не може позвати на непознавање чињеница

13 ЗППЗН, чл. 7 и чл. 9. Исто и хрватски ЗППН, чл. 10.

14 У Републици Србији решење у упису у Регистар посредника доноси ресорно министарство, а дан доношења решења се сматра и уписом у Регистар. У Републици Хрватској, ресорно министарство доноси решење о испуњености услова за обављање посредничке делатности, док Регистар посредника и упис у Регистар врши Хрватска господарска комора. Аналогно важи и за брисање из Регистра. Ипак, када је у питању упис промене података у Регистар посредника, Хрватска господарска комора врши такав упис и о томе обавештава министарство.

објављених у Регистру посредника, јер је знало или морало знати за те околности. Не може бити оправдано непознавање тих чињеница. Регистар посредника или извод из тог регистра је јавна исправа, те се подаци неведени у њима сматрају тачним.

4. Уговор о посредовању

Постојање пуноважног уговора о посредовању је услов обављања послова посредовања у промету непокретности. Наведено подједнако важи и за стари и измењени режим обављања посредничке делатности. Када је у питању новодонети режим издвајамо две ствари.

Прво, изрочито је прописана забрана обављања посредовања без закљученог уговора о посредовању.¹⁵ Повреда прописане забране је санкционисана путем прекршаја. За дело прекршаја је прописана новчана санкција за правно лице, одговорно лице и предузетника. Поред тога, правном лицу или предузетнику се може изрећи заштитна мера забране вршења делатности и заштитна мера јавног објављивања пресуде.

Друго, увођење посебног правног режима уговора о посредовању у промету непокретностима. Општи правним режим је прописан Законом о облигационим одосима.¹⁶ Уговор о посредовању је нормиран као именован уговор. Ове одредбе се примењује на све облике посредовања, осим ако посебним законом није прописано шта друго. У контексту овог рада, посебан правним режим је прописан Законом о посредовању у промету и закупу непокретности. Овај посебан правни режим опредељују две ствари. Прва ствар се тиче тога да одредбе Закона о посредовању у промету и закупу непокретности, у оквирима општег појма уговора о посредовању, прилагођавају одредбе тог уговора пословима посредовања у промету непокретности. Примера ради, изрочито се одређује: да је посредник дужан да да налогодавцу објективно мишљење о цени непокретности или износу закупнине непокретности у складу са њеним карактеристикама, приликама на тржишту, као и другим релевантним околностима; да је посредник дужан да изврши увид у исправе којима се доказује право својине или друго стварно право на непокретности чији промет, односно закуп је предмет посредовања, и упозорити налогодавца нарочито на могуће ризике у вези са уписом

15 ЗППЗН, чл. 15 у вези чл. 33 ст. 1 тач. 4.

16 Закон о облигационим односима (*Службени листи СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени листи СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени листи СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља; даље у фусногама: ЗОО), чл. 813 до 826. Вид. М. Васиљевић, *Трговинско право*, стр. 453–460; Дара Б. Миленовић, *Пословно право*, Ниш, 2001, стр. 125–130; Ивица Јанковец, *Привредно право*, Београд, 1999, стр. 532–540.

предметне непокретности у регистар непокретности, уписана права, односно терете на предметној непокретности и постојање права прече куповине и ограничења у правном промету у складу са посебним прописима;¹⁷ и др. Друга ствар се односи на измену појединих одредби у односу на општи правни режим или прописивање нових. Тако, писана форма је одређена као форма *ad solemnitatem*;¹⁸ посредовање у преговорима је претпостављена обавеза посредника;¹⁹ посредник стиче право на посредничку накнаду у моменту закључења уговора или предуговора тог уговора за који је посредовао;²⁰ изричито је искључено право на посредничку накнаду ако посредник у своје име закључи уговор са налогодавцем за кога посредује;²¹ право на посредничку накнаду се задржава и после престанка уговора о посредовању ако је закључење истог непосредна последица посредничког посредовања;²² предвиђа се могућност уговарања тзв. ексклузивног посредовања;²³ ако другачије није уговорено, уговор о посредовању се закључује на годину дана.²⁴

5. Сукоб интереса

Један од услова за обављање посредничке делатности је и постојање сукоба интереса између посредника. Очигледан је приступ законодавца да посредничка професија буде утемељена на принципу слободне конкуренције. Свако ко испуњава прописане услове може да обавља делатност посредовања. Ради нивелисања и правилне примене прокламованог принципа у пракси прописан је институт тзв. сукоба интереса. Реч је о сукобу интереса између посредника приликом обављања делатности на тржишту. Конкретизација сукоба интереса се врши кроз физичко лице које има положен стручни испит за обављање послова посредовања. Изричито је прописано да физичко лице које има положен стручни испит за послове посредовања не може истовремено бити ангажована од два или више посредника за обављање послова посредовања.²⁵ Уколико је физичко лице са положеним стручним испитом ангажовано по неком основу од једног посредника за обављање по-

17 ЗППЗН, чл. 16.

18 ЗППЗН, чл. 15 ст. 3. Исто и хрватски ЗППН, чл. 15 ст. 2.

19 ЗППЗН, чл. 16 тач. 6. Супротно хрватски ЗППН, чл. 21 ст. 6.

20 ЗППЗН, чл. 20 ст. 1.

21 ЗППЗН, чл. 20 ст. 5. Исто и хрватски ЗППН, чл. 28 ст. 4.

22 ЗППЗН, чл. 27 ст. 6.

23 ЗППЗН, чл. 26. Исто и хрватски ЗППН, чл. 16.

24 ЗППЗН, чл. 27 ст. 2. Исто и хрватски ЗППН, чл. 15 ст. 3.

25 ЗППЗН, чл. 12 ст. 3. Исто и хрватски ЗППН, чл. 14.

слова посредовање, то ће бити сметња за његово ангажовање од другог посредника за обављање истих послова. Предвиђена забрана је релативног карактера.²⁶ Она се може отклонити давањем писане сагласности од свих посредника који учествују у послу и уз истовремено обавештавање свих налогодаваца и лица која ће евентуално да закључе посредовани посао. Санкција за кршење ове забране је грађанскоправна – накнаде штете. Оштећени посредник има право да захтева накнаду штете.

IV Значај прописаних услова по новом Закону за обављање послова посредовања у промету непокретности

Закон о посредовању у промету и закупу непокретности ствара институционални оквир за обављање послова посредовања у промету непокретности. Први стуб овог оквира јесте статус посредника. Посредник може бити само субјект који је уписан у Регистар посредника. За упис се морају испунити законом прописани услови. Предметни Регистар води министарство надлежно за послове трговине. Други стуб прописаног оквира је начин обављања посредничке делатности, чију централну категорију заузима уговор о посредовању. Законодавац у оквирима општег појма уговора о посредовању, прилагођава одредбе тог уговора пословима посредовања у промету непокретности, и исти допуњује новим одредбама.

Прописани институционални оквир доводи до отклањања недостатака који су испољени у досадашњој пракси и унапређења посредовања у промету непокретности. Тако, отклања се неовлашћено посредовање и неквалитетно посредовање. Потом, јача се професионална одговорност кроз увођење уговора о осигурању од одговорности за штету; прописују се стандарди за пословни простор и опрему који се користе за обављање посредовања; забрањује се сукоб интереса између посредника; уговор о посредовању се прилагођава посредовању у промету непокретностима; прописују се прекршајне санкције и заштитне мере за повреду прописаних правила.

26 Хрватски ЗППН не предвиђа одступање од правила.

Mag. Saša SAVIĆ
Head of Legal Department, Rudnap Group

CONDITIONS FOR CONDUCTING INTERMEDIARY ACTIVITY IN REAL ESTATE TRADE IN THE CONTEXT OF NEW LAW

Summary

Law on Intermediation in Real Estate Trade and Lease introduces significant innovations in real estates' intermediary activity. These innovations are related to conditions, and the way of performing selected activities.

Conditions for conducting real estates' intermediation are:

- The intermediary must be organized in the form of a company or entrepreneur.*
- The intermediary must have a seat in the Republic of Serbia.*
- The intermediary must be registered in the Register of intermediators which means that: the intermediation is undertaken by a person with a professional exam, the intermediary must conclude a contract of insurance against liability for damage, the intermediary must provide adequate office space and equipment, and the protective measure of prohibiting intermediary's activity is not in force.*
- The intermediary must conclude contract with a client.*
- There must not exist conflict of interest between intermediators.*

The institutional framework for conducting real estates' intermediation was created from prescribed conditions. These conditions lead to the removal of certain defects of the previous practice of real estates' intermediation – unauthorized intermediation, low unquality intermediation etc.

Further, prescribed conditions contribute to the general improvement of real estates' intermediation – strengthening professional liability of intermediators, free access to intermediation services, in order to create confidence among service users, increasing the quality of intermediation services, etc.

Key words: *registry of intermediators, intermediary, receiver, contract on intermediation.*

Сандра МИЈАИЛОВИЋ
секретар одбора Координационог тела НБС за процес преговора
са ЕУ

др **Ташјана ЈОВАНИЋ, LL.M.**
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

НОРМАТИВНИ ОКВИРИ ПРЕГОВАРАЧКОГ ПРОЦЕСА СА ЕУ СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА УЛОГУ НАРОДНЕ БАНКЕ СРБИЈЕ

Резиме

Одржавањем Прве међувладине конференције између Републике Србије и Европске уније, 21. јануара 2014. процес европских интеграција који је почео 2000. ушао је у последњу и најзначајнију етапу. С обзиром да предстојећи преговори о чланству неће бити преговори у правном смислу, већ одређивање услова под којима ће Република Србија прихватајући и сироводити правне тековине ЕУ, усклађивање домаће законодавства са правним тековинама ЕУ представљаће највећи изазов како за државу тако и централну банку. Интеграција централне банке у економске и финансијске механизме Европске уније (ЕУ) захтева прилагодњавање њене улоге као и начина рада на свим хијерархијским нивоима и у свим областима пословања. Усклађивање са правним тековинама ЕУ, међународним стандардима и позитивном праксом у годинама које следе представљаће приоритет Народне банке Србије и предуслов за одржавање и јачање финансијске стабилности у Србији.

Кључне речи: европске интеграције, централна банка, усклађивање законодавства, преговарачке групе, скрининг, преговори.

I Увод

У различитим фазама процес европских интеграција представља велики изазов за државу, а самим тим и за централну банку. Преговарачки процес за чланство у Европску унију (ЕУ) који се одвија у оквиру 35 преговарачких поглавља подразумева испуњавање бројних, сложених и узајамно повезаних економских и правних критеријума, што условљава значајне институционалне и организационе реформе које се морају спровести да би земља постала пуноправна чланица ЕУ, а централна банка део Европског система централних банака (ЕСЦБ).

У оквиру овог процеса усклађивање (усаглашавање, преузимање, транспоноване или хармонизација) домаћег законодавства са правним тековинама ЕУ представља без сумње највећи изазов, али уједно и најкомплекснији и најдуготрајнији посао у целокупном процесу европских интеграција. Начин на који се одвија зависи од карактера права ЕУ, односно обавезе дефинисане у њему, позиције коју једна држава има у процесу европских интеграција и нивоа уговорне обавезе државе према ЕУ. Истовремено, усклађивање са правном тековином значи и признавање тренутног стања у Европској унији, што представља додатни изазов за све који су укључени у овај процес, јер прописи Републике Србије (РС) у које су транспоновани прописи ЕУ одражавају и текуће регулаторне промене у оквиру ЕУ.

С друге стране, усклађивање домаћег законодавства са правним тековинама Европске уније је вишеслојан и интерактиван процес у оквиру кога долази до сарадње не само различитих државних органа и њихових представника, већ и домаћих институција са институцијама ЕУ. Стога, институционални оквир у оквиру кога се одвија мора бити јасно координиран и вођен већ у фази планирања јавних политика која претходи формалном законодавном поступку.

Имајући у виду да је достизање пуноправног чланства дуготрајан и опсежан процес, време и брзина којим ће се одвијати условљен је, како институционалном, тако и финансијском способношћу РС да спроведе усклађене прописе.

II Развој процеса усклађивања у Србији

Посматрано у односу на ниво уговорне обавезе према ЕУ, процес усклађивања у РС можемо поделити на три периода: први период пре закључивања ССП-а, други након његовог закључивања ССП-а, и трећи који започиње почетком преговора о чланству.

И без званичне правне обавезе, прве активности на системском усклађивању законодавства у РС започеле су већ 2003. усвајањем првог Акционог плана за усклађивање домаћих закона са прописима ЕУ. Потписивањем Споразума о стабилизацији и придруживању (ССП) 29. априла 2008. усклађивање са правним тековинама ЕУ постаје и уговорна обавеза.

У складу са чланом 72. Споразума Република Србија је била у обавези да од дана потписивања ССП отпочне усклађивање у свим областима права ЕУ које су њиме обухваћене и на које упућује до краја прелазног периода утврђеног у члану 8 Споразума.¹

Како би испунила обавезе предвиђене ССП-ом, у смислу да се на један свеобухватан и систематски начин дефинишу вишегодишњи планови за усклађивање домаћег законодавства са правним тековинама ЕУ, Влада РС припремила је и 9. октобра 2008. усвојила Национални програм за интеграцију РС у ЕУ (НПИ) који имају све државе кандидати за чланство. Израда НПИ одвијала се у оквиру координационе структуре која је одговарала захтевима процеса стабилизације и придруживања и чији је основни циљ био да обезбеди оквир за процес усклађивања националног законодавства са правним тековинама ЕУ, као и његову примену.

После добијања статуса државе кандидата за чланство у ЕУ, Влада РС је 2013. године усвојила Национални програм за усвајање правних тековина Европске уније – НПАА (*National Programme for the Adoption of the Acquis*), са планираним периодом примене 2013–2016. Програм је припремљен у условима када почетак процеса преговора о приступању ЕУ још није било могуће јасно прецизирати.

Нова фаза у односима са ЕУ, отпочињање преговора о чланству и ступање на снагу ССП 1. септембра 2013, условили су поребу да РС припреми прву ревизију НПАА која би требало да дефинише детаљне планове у вези са свим обавезама које треба реализовати да би испунили критеријуме за чланство у ЕУ.²

Ревидирани НПАА, чија израда је у току, представљаће детаљан план законодавних активности и изградње институција најкасније до 2018, што је рок који је Влада РС утврдила као валидан за постизање потпуне унутрашње спремности за приступање Републике Србије

1 Придруживање ће се спроводити постепено и биће у потпуности остварено у прелазном периоду од највише 6 година. Потпуно придруживање ће бити постепено остварено. Најкасније 3 године након ступања на снагу овог споразума Савет за стабилизацију и придруживање ће темељно размотрити примену овог Споразума. На основу овог разматрања Савет ће проценити напредак који је Србија учинила и може да одлучи о следећим фазама придруживања.

2 Закључак Владе Републике Србије којим се прихвата План припреме прве ревизије Националног програма за усвајање правних тековина Европске уније.

Европској унији у контексту процеса усклађивања законодавства са правним тековинама ЕУ. Након отпочињања садржајне фазе преговора о чланству по појединим поглављима, овај документ ће одражавати све захтеве и начине за њихову реализацију у процесу преговора о приступању ЕУ и обухватаће све оне активности и реформске процесе које је потребно предузети у циљу испуњавања услова за чланство.

Истовремено, детаљна припрема планова усклађивања законодавства са правним тековинама ЕУ ће омогућити прецизно дефинисање ставова које ће делегација Републике Србије заступати на састанцима билатералног скрининга за одговарајуће поглавље, у вези са постигнутим степеном усклађености, али и о спровођењу и примени прописа, институционалним оквиром и плановима за његово прилагођавање захтевима Европске уније.

III Нормативни оквир усклађивања у оквиру преговарачког процеса

Усклађивање је фазни пренос права ЕУ у домаћи правни систем заснован на анализи, добром познавању и тумачењу европског и домаћег права, правним институтима материјалног права, али и номотехнике израде прописа.

Овај поступак није механичка радња јер не подразумева само уношење текста прописа ЕУ у домаће прописе. ЕУ, поучена искуством претходних проширења, ставља акценат с нормативне тачке гледишта у погледу усвајања прописа, на сегмент њиховог делотворног спровођења и судске контроле, односно изградње административног и правосудног капацитета неопходног за примену ново-усвојених прописа.

Први корак у процесу усклађивања је упоређивање важећег домаћег законодавства са садржајем и суштином прописа ЕУ који уређује одређено подручје. Треба проверити да ли је предметна материја регулисана домаћим прописима и у којој мери. Уколико није, требало би донети одговарајући акт којим ће се извршити транспоноване одређеног прописа ЕУ. Уколико је предметна материја унета у домаће законодавство, одговарајућим инструментима се, упоређују мере, односно степен уноса материје из акта ЕУ у домаћи пропис и оцена сагласности циљева који се из прописа ЕУ желе постићи.

Приликом преузимања прописа ЕУ не постоји захтев ЕУ у погледу избора правног акта, закона или подзаконског акта нити да се један пропис ЕУ у целости преузме у оквиру једног или више прописа РС.³

3 Приручник за усклађивање Хрватског законодавства с правном стечвином Европске заједнице.

Постоје три главна начина преношења директиве у домаћи правни поредак које је могуће комбиновати у истом пропису: преузимање, уношење и позивање.⁴ Преузимање, не значи дословно уношење текста, већ усаглашавање садржаја текста из прописа ЕУ са правилима националне номотехнике на начин и у обиму којим се обезбеђује доследан и суштински пренос прописа ЕУ у домаће право. Преузима се суштина обавезе која произилази из директиве. Уношење је дословно преношење текста, користи се ретко и то у случајевима када је директива веома детаљна и садржи одређене техничке прописе. Позивање на одредбе прописа ЕУ или његове саставне делове користи се само у изузетним случајевима.

Усклађивање може бити позитивно, доношењем нових прописа, или негативно, укидањем постојећих или уздржавањем од аката који би били супротни обавезама које проистичу из прописа ЕУ. Избор метода усклађивања условљен је и правном природом извора права ЕУ са којим се врши усклађивање (да ли је у питању одредба Оснивачких уговора која има непосредно дејство, или је у питању пропис секундарног законодавства).⁵

Процес израде прописа РС којим ће се транспоновати одредбе прописа ЕУ одвијаће се у највећој мери по истим правилима која важе за уобичајени законодавни поступак.⁶ Носиоци посла израде закона су министарства, органи у саставу министарстава и посебне организације у складу са законом одређеним делокругом пословања.

Током њега, нормативна фаза и даље остаје, са становишта квалитета, она је и најбитнија. Током ове фазе, анализира се сама суштина прописа ЕУ, утврђују разлике између два правна система и бира најбоља опција када је у питању транспоноване имајући у виду стање у пракси. У ширем смислу, нормативна фаза је ипак корак који следи фази анализе јавних политика, кроз стварање чињеничне основе за доношење квалитетних прописа. Пошто се дефинишу приоритети Владе и планови развоја јавних политика и законодавних активности, добра пракса управе подразумева да припреми нацрта прописа претходи припрема предлога политике, тј. основа политике, укључујући и процену утицаја.⁷

4 Добросав Миловановић, Немања Ненадић, Владимир Тодорић, *Студија о унапређењу законодавне процедуре у Републици Србији*, GIZ, Београд, 2012, стр. 246.

5 Владимир Међак, „Усклађивање домаћег законодавства са правним тековинама ЕУ (*acquis*) – стање и изазови“, *Изазови европских интеграција*, бр. 18/2011, стр. 95.

6 Законодавна иницијатива према Уставу Републике чл. 107 припада Влади, народним посланицима, скупштини аутономне покрајине, и најмање 30.000 бирача. Поред овог општег овлашћења за предлагање закона, предвиђено је и специјално, заштитника грађана и Народна банка Србије за питања из њихове надлежности.

7 SIGMA/OECD, *Control and Management System Baselines for European Union Membership*, OECD, Paris, 1999, стр. 27–28, доступно на адреси: <http://www.sigmaxweb.org/publicationsdocuments/35007180.pdf>, 1.4.2014.

Посматрано на техничком нивоу, међу прилозима које Пословник Владе предвиђа као обавезне уз нацрт закона, су и инструменти за усклађивање домаћих прописа са прописима Европске уније.⁸ Још у фази тзв. добровољног усклађивања која је трајала до потписивања Споразума о стабилизацији и придруживању 2008, Влада Републике Србије је, у циљу праћења квалитета усклађености, у законодавну процедуру увела Изјаву усклађености. Наиме, уз Нацрт закона, предлагач, орган државне управе у чијем делокругу је област која се уређује законом и који је припремио закон, као прилог је достављао Изјаву усклађености. Изјава усклађености представља општу изјаву органа који предлаже пропис о томе с којим прописима ЕУ је у току израде прописа РС вршено усклађивање тј. који прописи ЕУ су узети у обзир приликом израде прописа.

Како би се преузете обавезе у оквиру усклађивања законодавства спроводиле на што прегледнији, квалитетнији и ефикаснији начин, нова фаза у односима ЕУ и РС након потписивања ССП-а иницирала је увођење табела усклађености, још једног инструмента који се припрема током израде прописа. За разлику од Изјаве о усклађености која врши повезивање прописа са свим изворима примарног и секундарног законодавства ЕУ релевантним за његов нормативни садржај без улажења у појединости, табела усклађености даје подударност одредаба (нацрта, предлога) прописа с одредбама прописа Европске уније (секундарног извора права) који је предмет анализе.⁹

Табеле усклађености имају вишеструку функцију, а осим што утврђују усклађеност одредби важећих прописа с одредбама прописа Европске уније, као и усклађеност одредби нацрта или предлога прописа с одредбама прописа Европске уније, основ су за планирање даљих законодавних активности на усклађивању прописа са прописима Европске уније у одређеним областима и у оквиру годишње ревизије НПАА. Истовремено, табелама усклађености се извештава Европска комисија о степену усклађености одређене правне области, а подаци садржани у њима користе се како у фази аналитичког прегледа и оцене усклађености националног законодавства са прописима Европске уније (*screening*), тако и фази преговора по појединим поглављима. Након уласка у чланство у Европској унији, у одговарајућој форми служе и у оквиру поступка обавештавања Европске комисије о предузетим националним мерама за пренос директива Европске уније у домаћи правни систем.

Од 2010, предлагач закона прибавља и мишљење Канцеларије за европске интеграције Владе Републике Србије о правилној попуњености

8 Члан 39а Пословника Владе РС.

9 Доступно на адреси: <http://www.seio.gov.rs/goкуменѝа/национална>, 1.4.2014.

инструментата за усклађивање прописа. У нормативној фази највећи значај са становишта процеса усклађивања имаће и јасно дефинисана координација од стране носиоца, односно онога ко управља процесом припреме прописа уз укључивање свих релевантних субјеката.

Покретачки фактор и основ за планирање законодавне иницијативе имаће детаљни планови садржани у оквиру НПАА. Како се правне тековине константно развијају, НПАА ће се кроз редовне годишње ревизије прилагођавати променама у оквиру процеса развоја права ЕУ. Дефинисање нових приоритета у погледу законодавних активности биће и последица нових сазнања надлежних органа и организација током преговарачког процеса, као и предлога Европске уније за прилагођавање односно побољшање дефинисаних приоритета. У овој фази, осим радних група за израду прописа, укључиваће се и представници координационе структуре РС за преговоре (међу-ресорна сарадња). За праћење квалитета и анализу усклађивања домаћих прописа са правним тековинама ЕУ, осим Изјаве и Табеле усклађености, користиће се (не у формалној процедури) и Обрасци за анализу питања релевантних за усклађивање са правним актом Европске уније (унутар преговарачких група). Квалитет континуирано прати Канцеларија за европске интеграције.

IV Последња фаза – преговори – координационе структуре РС у функцији усклађивања

Са почетком приступних преговора који су формално почели сазивањем и одржавањем Прве међувладине конференције 21. јануара 2014, процес усклађивања се у знатној мери интензивирао у свим областима права. У суштини, током процеса преговора Република Србија ће се постепено прилагођавати правном, економском, институционалном и друштвеном систему ЕУ, односно преговараће о условима, динамици и начину преузимања и примене правне тековине ЕУ – *acquis* (фр. *acquis* – ЕУ онаква каква јесте).

До уласка у Европску унију Република Србија је дужна да преузме целокупну правну тековину ЕУ и покаже способност за њену доследну примену. О правној тековини Република Србија неће преговарати са ЕУ јер *acquis* остаје *conditio sine qua non* – услов без кога се не може, односно који се мора испунити. *Acquis* је истовремено и услов и облик условљавања у односу ЕУ и земаља кандидата за пријем у ЕУ. Има мишљења да је то најефикаснији инструмент условљавања, јер испуњавање захтева повлачи награду – статус члана ЕУ.¹⁰

10 Frank Schimmelfennig, Ulrich Sedelmeier, „Governance by Conditionality: EU rule transfer to the candidate countries of Central and Eastern Europe“, *Journal of European Public Policy*, Vol. 11, No. 4/2004, стр. 679.

Већ током прве фазе¹¹ (фаза аналитичког прегледа законодавства – Скрининг) која представља фазу провере и оцене у којој мери је законодавство Републике Србије усклађено са правним тековинама ЕУ, започиње дубинска анализа и системски увид у степен усклађености са правним тековинама у конкретним областима регулација. Током скрининга детаљно се уочавају разлике између прописа РС и правних тековина ЕУ, а служи како Европској унији тако и РС. Скрининг је добра основа за израду преговарачких позиција, а нарочито у оним преговарачким поглављима где је потребно да се дефинишу прелазни рокови¹² за усклађивање и спровођење одређеног броја прописа ЕУ. За Европску комисију то је показатељ спремности државе кандидата за отварање појединих преговарачких поглавља.

Европска комисија ће¹³ оцену подударности домаћих прописа са правом ЕУ вршити преко посебних табела усклађености (*table of concordance*) односно табела корелације које се израђују на бази појединачних прописа и чија ће структура зависити од захтева одређеног генералног директората Европске комисије. За које од прописа ЕУ ће бити потребно израђивање наведених табела, зависиће од достављених скрининг листа.¹⁴

Поред примене већ постојећих инструмената (табеле и изјаве), а складу са Закључком Владе,¹⁵ утврђени су и преговарачким групама

- 11 Закључак Владе Републике Србије о прихватању анализе активности у процесу преговора о приступања Републике Србије Европској унији.
- 12 Прелазни период је додатни временски период за потпуно усклађивање националног законодавства са правном тековином ЕУ у одређеном подручју и након приступања ЕУ. Затражени транзициони период мора бити временски и садржајно ограничен, образложен конкретним и ваљаним аргументима и њиме не сме да буде нарушена слобода тржишне конкуренције и функционисање заједничког тржишта. Сматра се да постоји неколико разлога за увођење ових рокова: *технички* – некада је немогуће применити *acquis* од дана ступања у чланство, примера ради, због неких међународних уговора које је потребно ратификовати, ревидирати; *заштитне и системске ризика* – примера ради, постепена либерализација у одређеним секторима, као и тржиштима попут девизног; *заштитна кључних националних интереса* као што су ограничења у стицању пољопривредног земљишта и др. Више у Alan Mayhew, *Enlargement of the European Union: An Analysis of the Negotiations with the Central and Eastern European Candidate Countries*, Sussex European Institute Working Paper No. 39/2000, стр. 12–13, доступно на адреси: <http://home.aubg.bg/faculty/didar/ EUR406/MayhewEnlargementNegotiations.pdf>, 1.4.2014.
- 13 Студија о имплементацији европског законодавства у Србији.
- 14 Тачка 5 Закључка Владе РС којим се усмерава и усклађује рад органа државне управе у процесу спровођења аналитичког прегледа и оцене усклађености прописа РС са правним тековинама ЕУ и њихове имплементације.
- 15 Закључак Владе РС којим се усмерава и усклађује рад органа државне управе у процесу спровођења аналитичког прегледа и оцене усклађености прописа РС са правним тековинама ЕУ и њихове имплементације.

достављени Обрасци за анализу питања релевантних за усклађивање са правним актом Европске уније. Одговори тј. подаци садржани у њима, уз оне из Табела усклађености, у великој мери ће бити основ за припрему свих докумената које Република Србија буде израђивала током преговарачког процеса.

Наиме, након што се у оквиру преговарачких група верификују подаци о надлежности за праћење конкретних прописа ЕУ који су распоређени према преговарачким поглављима, државни службеници, у министарствима, посебним организацијама и службама Владе, попуњавају обрасце који садрже следеће информације: најважнија решења садржана у правном акту ЕУ, постојеће стање у погледу домаћег законодавства, надлежне институције за спровођење, процене трошкова потребних за примену домаћих прописа којима ће домаће законодавство бити усклађено са правним актом ЕУ, податке о ефекту спровођења прописа и могуће захтеве за прелазне периоде.

На основу попуњених образаца известиоци тј. руководиоци потпоглавља¹⁶ припремају сажетак о питањима обухваћеним потпоглављем. У цео процес активно, претходним консултовањем, укључује се и Европска комисија. Правовремено консултовање са Европском комисијом допринеће успешнијем и ефикаснијем усклађивању домаћих прописа са правним тековинама ЕУ.

После обављеног скрининга, за свако преговарачко поглавље Европска комисија израђује извештај о скринингу. Код припреме овог извештаја користе се документи и информације дате од стране државе кандидата: табеле усклађености, прилози који садрже обавезне елементе у виду аналитичког приказа степена усклађености прописа Републике Србије са правним тековинама ЕУ представљених на експланаторном скринингу (с посебним освртом на стање у погледу спровођења и примене прописа), планова за наредне кораке у преузимању правних тековина ЕУ, информација о институционалном оквиру и планираним активностима у погледу његовог јачања и оквирних рокова за реализацију планираних активности као и процену потребних финансијских средстава.

На основу извештаја о скринингу Савет усваја документ који се зове резултат скрининга (енгл. *Outcome of screening*) у коме ЕУ оцењује да ли је држава кандидат достигла довољан ниво усклађености са правним тековинама ЕУ, тако да могу почети преговори о конкретном

16 Председник преговарачке групе може организовати рад преговарачке групе према потпоглављима која чине саставни део поглавља преговора за које је надлежна подгрупа. Председник преговарачке групе може задужити члана преговарачке групе да, у оквиру преговарачке групе, руководи обављањем послова у вези са одређеним потпоглављем.

поглављу. У случају да ЕУ оцени да држава кандидат још није достигла захтевани ниво, одређује мерила за отварање преговора¹⁷ (енгл. *opening benchmarks*), које држава кандидат треба да испуни као предуслов за отварање преговора у том поглављу. Мерила за отварање преговора по појединим поглављима могу имати различите форме, као што су захтеви за усвајање стратегија и акционих планова, захтеви за испуњавање уговорних обавеза са ЕУ, пре свега спровођење Споразума о стабилизацији и придруживању или захтеви за усвајање закона и подзаконских аката (што ће представљати покретач законодавне иницијативе). Отварање преговора о поглављу за које су била утврђена мерила за отварање може почети тек након одлуке Савета да је држава кандидат испунила та мерила.

Када је у Савету остварена сагласност да је држава кандидат у одређеном поглављу остварила задовољавајући ниво усаглашености са правним тековинама ЕУ, Савет позива државу кандидата да предложи преговарачку позицију за дато поглавље.

У преговарачкој позицији за поједино поглавље Република Србија ће представити достигнути ниво усаглашености са правним тековинама ЕУ, програм преосталог усаглашавања као и преглед постојећих и будућих административних капацитета за имплементацију. Поред тога, у преговарачкој позицији дефинисаће се и захтеви за прелазним роковима, односно изузећа¹⁸ у оним областима где ће се сматрати да, због оправданих разлога, нећемо бити у могућности да у потпуности пренесемо правни поредак ЕУ у домаћи оквир у време предвиђеног приступања ЕУ. На основу преговарачке позиције ЕУ Савет усваја заједничку позицију (енгл. *European Union common position*) као одговор на позицију Републике Србије. У том документу ЕУ може утврдити да је Република Србија у овом поглављу достигла довољан ниво усаглашености са правним тековинама ЕУ, те да даљи преговори на том поглављу нису потребни. У том случају се поглавље привремено затвара. У већини случајева ЕУ ће закључити да ниво усклађености није на нивоу који би омогућавао привремено затварање поглавља, те ће одредити мерила која морају да се испуне пре затварања поглавља (енгл. *closing benchmarks*).

17 Мерила или услови (енгл. *benchmarks*) су нови инструменти које ЕУ користи у преговарачком процесу. У претходна два проширења тај механизам није био институционализован као услов за отварање већ само за затварање преговора о поједином поглављу, међутим Хрватска је добила мерила за отварање једанаест поглавља. Услови за отварање се могу односити на усклађеност законодавства, резултате у његовој примени, административну или правосудну способност као и испуњавање обавеза из Споразума о стабилизацији и придруживању (ССП-а).

18 Трајна изузећа, тзв. дерогације, као трајна одступања од примене правне тековине у одређеном подручју.

Преговори су завршени када је постигнута сагласност државе кандидата и ЕУ у свих 35 поглавља и кад то потврди и Европски савет, што представља и акт формалног завршетка преговора. Све до тог тренутка постоји могућност поновног отварања поглавља у случају да држава кандидат не испуњава преузете обавезе, а што Европска комисија континуирано надгледа. Након формалног завршетка преговора саставља се Уговор о приступању Европској унији. После његовог потписивања отпочиње процес ратификације како у држави кандидату, тако и у свим државама чланицама. Процес ратификације траје до две године. Сагласност у погледу приступања државе кандидата даје и Европски парламент.

V Координациона структура Републике Србије у функцији усклађивања

У циљу ефикасног учешћа Републике Србије у процесу преговора о приступању Европској унији, Влада РС је успоставила и институционални оквир за координацију целокупног процеса.¹⁹ Приликом конципирања нове координационе структуре која ће учествовати у преговорима о приступању РС у ЕУ, Влада РС се руководила принципом да је најцелисходније да се постојећа координациона структура ажурира тј. прилагоди потребама процеса преговора и допуни новим телима чији ће састав одражавати избалансиран однос стручног и политичког нивоа уз јасну поделу одговорности између различитих институција.

Уз овај основни принцип било је потребно и да се обезбеди отпорност институционалне структуре, посебно Преговарачког тима, политичким променама уз утврђивање јасне поделе одговорности између различитих институција које су укључене у различите, али комплементарне поступке, уз обезбеђивање систематског ангажовања свих субјеката који могу да допринесу квалитету процеса.

19 Одлука о оснивању Координационог тела за процес приступања Републике Србије Европској унији (*Службени гласник РС*, бр. 95/07, 5/10, 42/11 и 93/12). У склопу успостављања структура и процедура за преговоре и побољшању координације, Влада Србије је усвојила следећа документа: Основу за вођење преговора и закључивање Уговора о приступању Републике Србије Европској унији; Закључак којим се прихвата анализа активности у процесу преговора о приступању Републике Србије Европској унији; Закључак којим се усмерава и усклађује рад органа државне управе у процесу спровођења аналитичког прегледа и оцене усклађености прописа Републике Србије са правним тековинама Европске уније и њихове имплементације (скрининг); Закључак којим се усмерава и усклађује рад органа државне управе у поступку израде преговарачких позиција у процесу преговора о приступању Републике Србије Европској унији. Доступно на адреси: <http://www.seio.gov.rs/dokumenta/nacionalna-dokumenta.748.html>, 1.4.2014.

Уз уважавање претходно наведеног и избором да преговарачка структура превасходно укључује само државне органе и институције (Министарства, посебне организације, службе Владе и друге органе и организације, док се цивилно друштво укључује по потреби и има консултативну улогу), Влада РС је 23. септембра 2013. донела сет докумената неопходних за процес приступања којима су успостављени и дефинисани институционални оквир и процедуре и поступци у оквиру процеса европских интеграција.

Према новим решењима Координационо тело за процес приступања Европској унији ће разматрати најважнија питања и усмераваати послове из делокруга органа државне управе у вези са процесом приступања Републике Србије Европској унији. Савет Координационог тела ће обављати стручне послове у вези са текућим питањима у процесу приступања Републике Србије Европској унији. Преговарачке групе за припрему и преговоре у оквиру 35 преговарачких поглавља ће учествовати у процесу аналитичког прегледа законодавства (скрининг), припреми предлога преговарачких позиција за одговарајућа поглавља преговора о приступању Европској унији, изради, ревизији и праћењу спровођења Националног програма за усвајање правних тековина Европске уније и подели надлежности за праћење прописа Европске уније.

За потребе приступних преговора, Влада је основала ново тело, Преговарачки тим за вођење преговора о приступању Републике Србије Европској унији. Преговарачки тим ће учествовати у координацији и изради преговарачких позиција за вођење преговора и вршиће хоризонталну координацију обављања послова од стране надлежних институција у процесу преговора као и обављати комуникацију са институцијама Европске уније, државама чланицама Европске уније, као и државама које имају састау с кандидата за чланство у Европској унији. Преговарачки тим ће чинити шеф Преговарачког тима и чланови Преговарачког тима (напомена: Преговарачки тим још увек није комплетиран).

Значајну улогу у процесу преговора са Европском унијом имаће и Народна скупштина РС, Влада Канцеларија за европске интеграције и Стална мисија Републике Србије при Европској унији, као саставни део Министарства спољних послова.

VI Улога Народне банке Србије

Имајући у виду стратешко опредељење Републике Србије да свој правни оквир усклади с правним тековинама Европске уније и циљ Народне банке Србије је да континуирано унапређује правни оквир

у складу с међународним стандардима и прописима Европске уније. Интеграција централне банке у економске и финансијске механизме Европске уније (ЕУ) захтева прилагођавање њене улоге као и начина рада на свим хијерархијским нивоима и у свим областима пословања.

Након Одлуке Европског савета од 28. јуна 2013. о отварању преговора о приступању Републике Србије Европској унији и успостављања националне координационе структуре, Народна банка Србије је интензивно отпочела процес прилагођавања интерне организационе структуре преговарачком процесу. Јасно дефинишући своју улогу и позицију током преговора о чланству РС у ЕУ у односу на друге државне органе, НБС је одредила и тим људи који ће учествовати у преговарачком процесу.

У оквиру Координационе структуре за процес приступања Републике Србије Европској унији, а која је успостављена Одлуком Владе Републике Србије у септембру 2014., учешће представника Народне банке Србије предвиђено је у Преговарачком тиму, Координационом телу, Савету Координационог тела и у раду једанаест преговарачких група.

Посвећеност процесу европских интеграција Народна банка Србија потврдила је одлуком да преузме одговорност за вођење преговарачког процеса у два поглавља: Финансијске услуге и Економска и монетарна политика. Такође, веома важну улогу НБС ће имати и у поглављу посвећеном Слободном кретању капитала где је друга надлежна институција, али ће њена улога и у другим поглављима где има своје представнике (Статистика, Заштита потрошача, Финансијска контрола, Финансијска и буџетска питања, Конкуренција, Право привредних друштава, Јавне набавке и Право привредних друштава) бити веома битна.

Народна банка Србије учествује и у осталим активностима у погледу европских интеграција Републике Србије, и то на међувладиним конференцијама, где представници НБС присуствују годишњим састанцима у оквиру Министарског Дијалога са земљама кандидатима, као и у припреми материјала за Претприступни економски програм (ПЕП) Републике Србије у делу који се односи на текућа макроекономска кретања, средњорочни макроекономски програм и финансијски сектор.

Такође, Народна банка Србије има значајну улогу у раду тела за спровођење Споразума о стабилизацији и придруживању (ССП-а) у оквиру Пододбора за унутрашње тржиште и заштиту конкуренције и Пододбора за економска и финансијска питања и статистику.

Имајући у виду значај и улогу коју ће НБС имати у оквиру координационе структуре РС, Одлуком о образовању Радног тела за праћење и координацију послова Народне банке Србије у вези са про-

цесом приступања Републике Србије Европској унији, коју је гувернер донео 20. новембра 2013, успостављен је и унутрашњи координациони механизам за реализацију свих активности НБС у оквиру процеса европских интеграција РС ЕУ. Осим праћења, координације и усмеравања свих активности у процесу европских интеграција задатак Координационог тела НБС је и разматрање и предлагање решавања најсложенијих питања у вези са учешћем представника НБС у телима РС формираним за процес приступања ЕУ.

VII Преговарачка поглавља у надлежности Народне банке Србије

1. Поглавље 9 – Финансијске услуге

а) Банке

Правна тековина овог поглавља обухвата прописе ЕУ који регулишу издавање дозвола за рад, пословање и надзор финансијских институција и организованих тржишта. Ово се односи на централне банке које у својој надлежности имају супервизију финансијских институција (банке, осигуравајућа друштва, добровољни пензијски фондови). Финансијске институције које су обухваћене правном тековином у овој области могу пословати у целој ЕУ у складу са начелом европског пасоша и контроле матичне државе или пружањем прекограничних услуга.

Законодавни оквир области пословања и контроле пословања банака у Републици Србији чине: Закон о Народној банци Србије,²⁰ Закон о банкама,²¹ Закон о стечају и ликвидацији банака и друштва за осигурање,²² као и подзаконска акта која су донета на основу наведених закона, пре свега Закона о банкама. Такође, на банке се примењују и Закон о заштити корисника финансијских услуга,²³ Закон о преузимању имовине и обавеза одређених банака ради очувања стабилности финансијског система Републике Србије,²⁴ Закон о привредним

20 Закон о Народној банци Србије (*Службени гласник РС*, бр. 72/2003, 55/2004, 85/2005 – др. закон, 44/2010, 76/2012 и 106/2012).

21 Закон о банкама (*Службени гласник РС*, бр. 107/2005 и 91/2010).

22 Закон о стечају и ликвидацији банака и друштва за осигурање (*Службени гласник РС*, бр. 61/2005, 116/2008 и 91/2010).

23 Закон о заштити корисника финансијских услуга (*Службени гласник РС*, бр. 36/2011).

24 Закон о преузимању имовине и обавеза одређених банака ради очувања стабилности финансијског система Републике Србије (*Службени гласник РС*, бр. 102/2012).

друштвима,²⁵ Закон о рачуноводству и ревизији,²⁶ Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма,²⁷ Закон о стечају²⁸ и Закон о општем управном поступку,²⁹ а од значаја су и Закон о Агенцији за осигурање депозита,³⁰ као и Закон о осигурању депозита.³¹ На банкарске послове примењују се одредбе Закона о облигационим односима.³²

Европска унија је донела и у јуну 2013. објавила коначне текстове Уредбе (ЕУ) бр. 575/2013 Европског парламента и Савета (*Regulation on prudential requirements for credit institutions and investment firms – CRR*) и Директиву бр. 2013/36/ЕУ Европског парламента и Савета (*Directive on the access to the activity of credit institutions and the prudential supervision of credit institutions and investment firms – CRD IV*) које почињу да се примењују од 1. јануара 2014. године и којима се у Европској унији уводе стандарди Базела III.

Имајући у виду да централна банка континуирано усклађује свој регулаторни оквир за пословање банака са прописима Европске уније, Извршни одбор³³ Народне банке Србије је 17. децембра усвојио Стратегију увођења Базел III у Републици Србији.

Правни оквир којим се у Србији уводи Базел III засниваће се на наведеним прописима Европске уније. Имајући у виду да је реч о сложеном и мулти-дисциплинарном процесу, Стратегијом је предвиђено да увођење Базела III буде спроведено у три фазе: припремна фаза, током које ће се спровести анализа (не)усклађености са стандардима Базела II и Базела III и анализа динамике којом су Базел III увеле и примениле чланице Европске уније, односно земље из окружења и у оквиру које ће бити сачињен оперативни план активности увођења Базела III; фаза процене ефеката и утврђивања динамике увођења стандарда Ба-

25 Закон о привредним друштвима (*Службени њасник РС*, бр. 36/2011 и 99/2011).

26 Закон о рачуноводству и ревизији (*Службени њасник РС*, бр. 46/2006, 111/2009 и 99/2011 – др. Закон).

27 Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма (*Службени њасник РС*, бр. 20/2009, 72/2009 и 91/2010).

28 Закон о стечају (*Службени њасник РС*, бр. 104/2009, 99/2011 – др. закон и 71/2012 – одлука УС).

29 Закон о општем управном поступку (*Службени лисџ СРЈ*, бр. 33/97 и 31/2001 и *Службени њасник РС*, бр. 30/2010).

30 Закон о Агенцији за осигурање депозита (*Службени њасник РС*, бр. 61/2005, 116/2008 и 91/2010).

31 Закон о осигурању депозита (*Службени њасник РС*, бр. 61/2005, 116/2008 и 91/2010).

32 Закона о облигационим односима (*Службени лисџ СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 57/89 и *Службени лисџ СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лисџ СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља).

33 Доступно на адреси: <http://www.nbs.rs/internet>, 1.4.2014.

зела III; фаза израде прописа којима ће стандарди Базела II и Базела III бити уведени у Србији. У складу са Стратегијом Народна банка Србије ће предузети све неопходне активности и усвојити или предложити одговарајуће прописе који ће омогућити увођење Базела III у Србији.

б) Осигурање

Законодавни оквир делатности осигурања у Републици Србији чине Закон о Народној банци Србије, Закон о осигурању,³⁴ Закон о обавезном осигурању у саобраћају,³⁵ Закон о осигурању имовине и лица³⁶ и Закон о стечају и ликвидацији банака и друштава за осигурање,³⁷ као и подзаконска акта која су, на основу наведених закона, донели НБС и Влада РС.

Наведени прописи су делимично усаглашени са прописима ЕУ у области услуга осигурања, који регулишу: животно и неживотно осигурање, реосигурање, медијацију у осигурању, обавезно осигурање од аутоодговорности, рачуноводство у осигурању и реорганизацију и стечај друштава за осигурање.

Планирана приоритетна регулаторна активност је усвајање новог Закона о осигурању, којим би се извршило даље усклађивање са правном тековином ЕУ која регулише услуге осигурања, и то са: Директивом бр. 83/2002 Европског парламента и Савета о животно осигурању од 5. новембра 2002. године,³⁸ Трећом Директивом бр. 49/92 Савета о координацији закона, уредби и других прописа који се односе на полове неживотног осигурања и допуњавају се Директиве бр. 239/73 и бр. 357/88 од 18. јуна 1992. године³⁹ и Директивом бр. 92/2002 Европског

34 Закон о осигурању (*Службени гласник РС*, бр. 55/2004, 70/2004 – испр., 61/2005, 61/2005 – др. закон, 85/2005 – др. закон, 101/2007, 63/2009 – одлука УС, 107/2009, 99/2011, 119/2012 и 116/2013).

35 Закон о обавезном осигурању у саобраћају, Закон о осигурању имовине и лица (*Службени гласник РС*, бр. 51/2009, 78/2011, 101/2011, 93/2012 и 7/2013 – одлука УС).

36 Закон о осигурању имовине и лица (*Службени лист СРЈ*, бр. 30/96, 57/98 – испр., 53/99 и 55/99 – испр. и *Службени гласник РС*, бр. 55/2004 – др. закон, 51/2009 – др. закон и 93/2012 – др. закон).

37 Закон о стечају и ликвидацији банака и друштава за осигурање (*Службени гласник РС*, бр. 61/2005, 116/2008 и 91/2010).

38 Directive 2002/83/EC of the European Parliament and of the Council of 5 November 2002 concerning life assurance, *OJ L* 345, 19/12/2002, стр. 1–51.

39 Third Council Directive 92/49/EEC of 18 June 1992 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to direct insurance other than life insurance and amending Directives 73/239/EEC and 88/357/EEC, *OJ L* 228, 11.8.1992, стр. 1.

парламента и Савета о посредовању у осигурању од 9. децембра 2002 године.⁴⁰

Новим законом транспонуваће се следећа решења из *acquis*-а: слобода оснивања огранка и слобода пружања услуга осигурања и медијације, рад огранака из трећих држава, надзор групе друштава за осигурање, квалификовано учешће и блиске везе, обавеза информисања осигураника, размена информација, професионална тајна и управљање ризицима, као и систем интерних контрола и пословање композитних друштава.

У периоду до 2018. планира се потпуно усклађивање домаћих прописа из области осигурања са правном тековином ЕУ у области услуга осигурања: директног осигурања и реосигурања, надзора групе друштава за осигурање, реорганизације и стечаја друштва за осигурање (Солвентност II), финансијских извештаја друштва за осигурање, медијације у осигурању, осигурања од аутоодговорности и финансијских конгломерата (у делу који се односи на друштва за осигурање).

2. Поглавље 17 – Економска и монетарна питања

Правна тековина коју земља кандидат мора да преузме током преговора о чланству у оквиру овог поглавља обухвата прописе ЕУ који регулишу независност и самосталност централне банке као будуће чланице Европског система централних банака (ЕСЦБ), обавезу вођења фискалне политике у складу са начелима и правилима која се примењују у ЕУ, извештавање о стању буџетског дефицита и јавног дуга, учешће у вишестраном надзору јавних финансија земаља чланица ЕУ и координацију свих економских политика. Такође, прихватањем и спровођењем прописа ЕУ у оквиру ове области онемогућава се директно финансирање јавног сектора од стране централне банке као и повлашћен приступ јавног сектора финансијским институцијама. Од будуће државе чланице ЕСЦБ, очекује се да усклади своју економску политику и да се придржава пакта о стабилности и расту који се односи на фискални надзор.

Законодавни оквир Републике Србије у овој области чине Закон о Народној банци који представља основни регулаторни оквир за утврђивање и спровођење монетарне и девизне политике Народне банке Србије (НБС), а за утврђивање и спровођење политике и режима курса динара, као и за издавање новчаница и кованог новца и управљање токовима готовине Закон о девизном пословању⁴¹ који, по-

40 Directive 2002/92/EC of the European Parliament and of the Council of 9 December 2002 on insurance mediation, *OJ L 9*, 15/01/2003, стр. 3–10.

41 Закон о девизном пословању (*Службени гласник РС*, 62/2006, 31/2011 и 119/2012).

ред осталог, обезбеђује законски оквир за рад домаћег девизног тржишта и формирање курса динара према другим валутама.

Закон о НБС је у великој мери усклађен са одредбама Уговора о функционисању ЕУ и Статута ЕСЦБ-а и ЕЦБ-а, а у циљу потпуног усклађивања члан 2 Закона о НБС могао би се прецизирати тако да се изричито наведе да се забрана примања и тражења упутстава, односно забрана вршења утицаја на Народну банку Србије и њене органе односи и на институције, тела, службе и агенције ЕУ, с тим што би се изричито навело да ове одредбе не доводе у питање овлашћења ЕЦБ-а утврђена Статутом ЕСЦБ-а и ЕЦБ-а, нити обавезу Народне банке Србије да поступа у складу са њеним смерницама и упутствима.⁴²

Измене и допуне Закона о НБС којима би се, између осталог, извршило и усклађивање са наведеним одредбама Уговора о функционисању ЕУ и Статута ЕСЦБ-а, биле би усвојене најкасније шест месеци пре него што би Народна банка Србије постала део Европског система централних банака (пошто Република Србија постане члан Европске уније).

3. Поглавље 4 – Слободно кретање капитала

Ово поглавље обухвата правну тековину која регулише укидање, уз одређене изузетке, ограничења на кретање капитала како унутар Европске уније, тако и између држава чланица и трећих земаља. Ова област такође укључује и прописе ЕУ који се односе на прекогранична плаћања и правила у вези са спречавањем прања новца и финансирањем тероризма.

Област кретања капитала регулисана је Законом о девизном пословању који представља оквир за све врсте текућих и капиталних трансакција са иностранством, као и већим бројем других прописа који регулишу кретање капитала: Закон о спољнотрговинском пословању, Закон о страним улагањима, Закон о тржишту капитала, Закон о привредним друштвима, Закон о банкама, Закон о осигурању, Закон о инвестиционим фондовима, Закон о добровољним пензијским фондовима и пензијским плановима, Закон о основама својинско-правних односа, Закон о пољопривредном земљишту, Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма, као и други прописи специфични за одређене секторе.

Законом о девизном пословању и подзаконским актима за његово спровођење остварена је значајна либерализација кретања капитала,

42 Међутим, чл. 28, ст. 8 Закона о Народној банци Србије могао би се изменити тако што ће се предвидети могућност да гувернер који је разрешен функције заштиту својих права оствари директно пред Судом правде ЕУ.

тако што су дугорочни токови капитала либерализовани, док су краткорочни токови и депозитни послови резидената делимично либерализовани, чиме је прихваћен принцип постепене фазне либерализације кретања капитала у зависности од економских, монетарних и платнобилансних показатеља.

Предмет свеобухватне анализе представника НБС, а у циљу припреме прописа којим ће се постићи усклађеност законодавства РС са правним тековинама ЕУ у области кретања капитала, односиће се на чланове 63–66 Уговора о функционисању ЕУ и Директиву Савета 88/361/ЕЕЗ од 24. јуна 1988. за примену члана 67 Уговора.

Законодавни оквир у Републици Србији који уређује материју платног система чине Закон о Народној банци Србије, Закон о платном промету⁴³ и Закон о девизном пословању. За област платног система релевантан је и Закон о заштити корисника финансијских услуга.⁴⁴

Доношењем Закона о платним услугама и подзаконских аката у скорој будућности, регулаторни оквир у Републици Србији који уређује материју платног система у потпуности ће бити усклађен са Директивом бр. 64/2007 о платним услугама на унутрашњем тржишту,⁴⁵ Директивом бр. 110/2009 о оснивању, надзору и пословању институција електронског новца⁴⁶ и Директивом бр. 26/98 о коначности поравнања у платним системима и системима за поравнање хартија од вредности – у делу платних система.⁴⁷

С обзиром на досадашњу праксу ЕУ, (у случају Хрватске) али и важеће Преговарачке оквире (Црна Гора) једно од мерила за оцену и праћење напретка у преговарачком процесу је ефикасно и делотворно спровођење обавеза које је држава кандидат преузела у складу са одредбама Споразума о стабилизацији и придруживању. Током преговора о

43 Закон о платном промету (*Службени лист СРЈ*, бр. 3/2002, 5/2003 и *Службени гласник РС*, бр. 43/2004, 62/2006, 111/2009 – др. закон и 31/2011).

44 Закон о заштити корисника финансијских услуга (*Службени гласник РС*, бр. 36/2011).

45 Directive 2007/64/EC of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on payment services in the internal market amending Directives 97/7/EC, 2002/65/EC, 2005/60/EC and 2006/48/EC and repealing Directive 97/5/EC, *OJ L* 319, 5.12.2007, стр. 1–36.

46 Directive 2009/110/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on the taking up, pursuit and prudential supervision of the business of electronic money institutions amending Directives 2005/60/EC and 2006/48/EC and repealing Directive 2000/46/EC, *OJ L* 267, 10.10.2009, стр. 7–17.

47 Directive 98/26/EC of the European Parliament and of the Council of 19 May 1998 on settlement finality in payment and securities settlement systems, *OJ L* 166, 11.6.1998, стр. 45–50.

чланству примена Споразума пратиће се у оквиру тела формираних за његову примену.

У Споразуму о стабилизацији и придруживању (наслов V, Поглавље IV: Текућа плаћања и кретање капитала) садржан је оквир за регулисање кретања капитала и текућих плаћања. Потписивањем Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њених држава, с једне стране и Републике Србије, с друге стране, 29. априла 2008. године, Република Србија се обавезала да ће осигурати, након четири године од ступања на снагу (1.9.2013) слободно кретање капитала које се односи на портфолио инвестиције и финансијске зајмове и кредите с роком доспећа краћим од годину дана; да неће уводити никаква нова ограничења која се односе на кретање капитала и текућа плаћања између лица с пребивалиштем у Србији, односно Заједници, као и да неће додатно ограничавати постојећа решења (члан 63 Споразума). Република Србија се овим споразумом обавезала да ће у току прве четири године од ступања на снагу, предузимати мере које ће омогућити стварање потребних услова за даљу постепену примену правила Заједнице о слободном кретању капитала (члан 64 Споразума). Такође, овим чланом споразума је дефинисано да ће по истеку четири године од дана ступања на снагу Споразума, Савет за стабилизацију и придруживање утврдити начине потпуне примене правила Заједнице о кретању капитала у Србији.

VIII Уместо закључка

Квалитет чињеничне основе који ће бити изражен у преговарачкој позицији суштински одређује успех државе кандидата у преговарању прелазних одредби, аргументацији и одбрани преговарачке позиције, те је због тога веома битно да се капацитети за анализу политика институција које учествују у преговарачком процесу развијају од најранијих фаза преговора, не само да би се успешно преговарале прелазне одребе, већ и ефикасно спроводили прописи који ће бити транспоновани у национално законодавство.

Једно од најважнијих питања преговарачког процеса, које је још увек занемарено у Србији, је међусобна веза између осмишљавања и координације јавних политика, са једне стране, и усаглашавања прописа који је обавеза у току преговора за приступање ЕУ, са друге стране. Један од најбитнијих разлога због чега је томе потребно посветити посебну пажњу је пракса Европске комисије према државама Западног Балкана, односно инсистирање на реформи јавне управе и спровођењу јавних политика, као и доношењу квалитетних и образложених закона као

њиховог инструмента. У процесу приступања од држава кандидата се очекује успостављање оквира за планирање, развијање и координацију политика како би се омогућило доследно планирање политика и координација активности Владе, укључујући и постављање приоритета, предлагање сврсисходних и конзистентних, ефикасних и одрживих политика, које би поставиле основе за ефикасно функционисање државне управе по пријему у чланство у ЕУ. Суштинско питање у овој фази је како обезбедити координацију различитих интереса ресорних министарстава и других организација како би се заступала јединствена национална позиција. Процес приступања могао би да представља један катализатор, подстицај, јавној управи да унапреди своје административне капацитете, како би се на време припремила за део европског административног простора, скупа заједничких принципа и стандарда о организацији и функционисању администрације у сложеном систему управљања унутар ЕУ.⁴⁸

Sandra MIJAILOVIĆ

Secretary, Committee of the Coordination Body of the National Bank of Serbia for the EU Negotiation Process

Tatjana JOVANIĆ, PhD

Assistant Professor at the Faculty of Law, University of Belgrade

NORMATIVE FRAMEWORK OF THE NEGOTIATION PROCESS WITH THE EU WITH A FOCUS ON THE ROLE OF THE NATIONAL BANK OF SERBIA

Summary

*With First Intergovernmental Conference between Republic of Serbia and European Union taking place on 21 January 2014, the process of European integration, which started in a year 2000, came to its last and most important phase. Bearing in mind a fact that upcoming membership negotiations will not be negotiations in a true sense, but more of a determination of conditions under which Republic of Serbia shall adopt and implement EU legal framework, the harmonization of domestic legislation with *acquis* will be the biggest challenge for the country, as well as for its central bank. Integration of the central bank in economic and financial mechanisms of the European Union demands the*

48 Татјана Јованић, *Процес реулуације*, Београд, 2014, стр. 385.

adjusting of its role and way of functioning on all hierarchical levels in all competence areas. The harmonization with EU legislation, international standards and best practices in the years to come, will be priority of the National Bank of Serbia and a precondition for maintaining and strengthening of the financial stability in the Republic of Serbia.

Key words: *European integration, central bank, harmonization of legislation, negotiations groups, screening, negotiations.*

др Драгана РАДОВАНОВИЋ
Привредна академија, Нови Сад

ЈЕДНАКА ЗАРАДА ЖЕНА И МУШКАРАЦА ЗА ИСТИ РАД ИЛИ РАД ИСТЕ ВРЕДНОСТИ У СВЕТЛУ ЗАКОНА О РАДУ

Резиме

Овај рад има за предмет једнаку зараду жена и мушкараца за исти рад или рад исте вредности који остварују код послодавца. Овај фундаментални принцип и право на раду све више добија на важности имајући у виду да се последњих година продубљује мушко-женски јаз у зарадама. Ауторка је своје идеје приклонила ставу да повреда овог принципа и права на раду представља облик дискриминације на основу пола у области плаћања рада. У том светлу она је дефинисала кључне појмове и осветлила могуће узроке и прејреке у сузбијању ове појаве. На крају, указала је на заштитну заштитну у случају дискриминације у области плаћања рада.

Кључне речи: *зарада, друга примања, исти рад, рад исте вредности, дискриминација у области плаћања рада.*

І Претходне напомене

Забрана дискриминације на основу пола у области плаћања рада и једнака зарада жена и мушкараца за исти рад или рад исте вредности који остварују код послодавца јесу највише вредности демократског друштва које Устав Србије гарантује у својим основним одредба-

ма. Полазећи од Устава и међународних радних стандарда, донети су одговарајући закони у којима је инкорпориран принцип једнаке зараде жена и мушкараца за исти рад или рад исте вредности који остварују код послодавца (у даљем тексту: принцип једнаке зараде). Међу тим законима посебно место заузима Закон о раду,¹ који је матични закон у области рада и има својство општег закона. Гарантујући запосленима једнаку зараду за исти рад или рад исте вредности који остварују код послодавца, Закон о раду поставља принцип једнаке зараде, и то веома енергично предвиђајући да нарушавање овог принципа има за последицу ништавост одлуке послодавца или споразума са послодавцем и надокнаду штете запосленом. Чињеница је да су међународни радни стандарди фрагментарно уважени, чиме се ствара привид усаглашености са њима, а у ствари озбиљно нарушава њихов ефекат.

II Начело једнаке зараде жена и мушкараца за исти рад или рад исте вредности

Принцип једнаке зараде потврђује став да су жене и мушкарци, људска бића која су рођена слободна и једнака у достојанству и правима, вредна једнаког третирања у области плаћања рада, уколико остварују исти рад или рад исте вредности код истог послодавца.² Конкретизује се у одредби о забрани дискриминације у односу на услове рада и сва права из радног односа – забрана дискриминације у односу на услове рада и сва права из радног односа доприноси остваривању гаранције једнаке зараде за исти рад или рад исте вредности. Примењује се подједнако на запослене оба пола, а заштита од дискриминације се пружа, првенствено, женама на чију се штету у већини случајева експлицитно или имплицитно праве разлике у области плаћања рада.³

У односу на принцип једнаког награђивања за рад једнаке вредности⁴ принцип једнаке зараде има ужи домаћај примене. Принцип

1 Закон о раду (*Службени гласник РС*, бр. 24/2005, 61/05, 54/09, 32/13), чл. 104 ст. 1.

2 Божић Марковић, *Огледи о односима између њојма љравде и развипка њозипивној љриваипној љрава*, Београд, 1995, стр. 21 и 22.

3 Јована Зорић, Невена Дичић, Ненад Петковић, *Рагна љрава жена у Србији*, Београд, 2008, стр. 10.

4 Принцип једнаког награђивања за исти рад или рад исте вредности постављају акти Уједињених нација (Конвенција о елиминацији свих облика дискриминације жена, Пакт о економским, социјалним и културним правима), Међународне организације рада (Конвенција број 100 о једнаком награђивању мушке и женске радне снаге за рад једнаке вредности, Конвенција број 111 која се односи на дискриминацију у погледу запошљавања и занимања) и Савета Европе (Европска социјална повеља ревидирана), које је наша земља ратификовала.

једнаке зараде покрива зараде, а не и друга примања из радног односа која, такође, морају бити недиференцирана према полу, јер се исплаћују запосленима по основу радног односа од стране послодавца.⁵ Имајући у виду ту чињеницу, а на темељу осталих одредаба Закона о раду, органи који пружају заштиту од дискриминације примену принципа једнаке зараде проширили су на сва примања из радног односа, независно од тога да ли се исплаћују у новцу или натури, директно или индиректно (прим. аут.). Ваља напоменути да принцип једнаке зараде покрива минималне зараде којима се обезбеђује задовољавање егзистенцијалних потреба запослених и чланова њихових породица.⁶

Закон о раду не појашњава начело једнаке зараде. У појашњењу овог начела, отуда, полазимо од упоредно-правних решења према којима жене и мушкарци морају имати једнак приступ свим елементима плаћања рада, који морају бити установљени према идентичним стандардима за запослене оба пола. Сваки од елемената плаћања рада мора се посматрати понаособ и у сваком од тих елемената обезбедити једнакост. У противном, послодавац би могао исплатити запосленој знатну основну зараду са различитим погодностима и тврдити да је таква зарада у целини повољнија од зараде мушкараца којем би исплаћивао вишу основну зараду, али без погодности. Осим тога, органима који пружају заштиту од дискриминације је једноставније да утврде (не)повољност појединих примања, него (не)повољност примања у целисти. У упоредном праву постоји став и да категорије и класификације занимања и критеријуми за напредовање морају бити једнаки за запослене оба пола, а методи оцењивања, засновани на објективним и идентичним критеријумима, фокусирани, првенствено, на обављени посао.⁷ Значење начела једнаке зараде може се, међутим, утврдити када се одреди значење појмова: „зарада“, „друга примања из радног односа“, „исти рад“ и „рад исте вредности“.

III Дефинисање појмова

1. Зарада и друга примања из радног односа

Зарада је битан елемент радног односа, основно право запосленог из радног односа.⁸ Како би принцип једнаке зараде покрио што

5 Александар Петровић, *Међународни стандарди рада*, Ниш, 2009, стр. 204.

6 Предраг Јовановић, *Радно право*, шесто измењено и допуњено издање, Нови Сад, 2012, стр. 287.

7 Међународна организација рада, *Смернице о радном законодавству*, Женева, 2001, стр. 321.

8 П. Јовановић, *нав. дело*, стр. 278.

шири дијапазон примања из радног односа, Закон о раду одредио је значење израза „зарада“ у најширем смислу утврђујући да зараду чини одговарајућа зарада, зарада по основу доприноса пословном успеху послодавца, друга примања из радног односа, осим оних за која је одређено да се не сматрају зарадом, порези и доприноси који се плаћају из зараде.⁹

Термин „одговарајућа зарада“ је свеобухватан и укључује основну зараду, зараду за радни учинак и увећану зараду.¹⁰ Основна зарада се одређује на основу услова потребних за рад на пословима за које је запослени закључио уговор о раду и времена проведеног на раду. Овај фиксни део одговарајуће зараде се обрачунава и исплаћује на основу елемената који су утврђени општим актом послодавца, а уговором о раду може се утврдити већа основна зарада од оне која би се утврдила на основу тих елемената,¹¹ ако се ти елементи, ипак, могу различито вредновати. Зарада за радни учинак је инхерентна квалитету и обиму обављеног посла и односу запосленог према радним обавезама. Овај варијабилни део одговарајуће зараде се обрачунава и исплаћује на основу елемената који су утврђени општим актом послодавца.¹² Увећана зарада се исплаћује у унапред утврђеним процентима за: рад на дан празника који је нерадни дан; рад ноћу и у сменама, ако такав рад није вреднован при утврђивању основне зараде; прековремени рад; сваку пуну годину рада остварену у радном односу. Такође, исплаћује се у случајевима, који су утврђени општим актом и уговором о раду.¹³

Зарада по основу доприноса пословном успеху послодавца (бонуси, награде и слично) исплаћује се запосленима који су техничким унапређењима, уштедама или на други начин посебно допринели пословном успеху послодавца.¹⁴

Друга примања по основу радног односа која чине зараду имплицирају накнаду зараде, накнаду за исхрану у току рада и регрес за коришћење годишњег одмора. Та примања, међутим, не могу чинити зараду, јер се исплаћују по основу радног односа.¹⁵

Друга примања која не чине зараду имплицирају: примања која су законом утврђена као право запосленог (отпремнина при одласку у

9 Закон о раду, чл. 105.

10 Закон о раду, чл. 106.

11 Закон о раду, чл. 107 ст. 1, 3 и 4.

12 Закон о раду, чл. 107 ст. 2 и 3.

13 Закон о раду, чл. 108.

14 Остоја Милисављевић, Жељко Албинезе, *Коментар Закона о раду са рејсџром* Ђојмова, Београд, 2005, стр. 134.

15 Зоран Ивошевић, Милан Ивошевић, *Коментар Закона о раду*, Београд, 2006, стр. 229.

пензију, накнада штете због повреда на раду, професионалног обољења и незаконитог престанка радног односа, накнада трошкова погребних услуга и накнада трошкова за долазак и одлазак са рада, за време проведено на службеном путу у земљи и иностранству, за смештај и исхрану, ако послодавац није обезбедио смештај и исхрану без накнаде за рад и боравак на терену); примања која су законом утврђена као могућност (поклон деци запослених за Нову годину и Божић, уплата премија за добровољно додатно пензијско осигурање и колективно осигурање за случај незгоде, тежих болести и хируршких интервенција); примања која су утврђена аутономним актима (јубиларна награда, солидарна помоћ).¹⁶

Порези и доприноси који су обухваћени појмом „зараде“ плаћају се у складу са прописима о порезу на доходак грађана и прописима о социјалном осигурању, што значи да принцип једнаке зараде покрива и индиректна примања, каквим се сматрају примања која послодавац исплаћује запосленом уплатом пореза и доприноса.¹⁷

Део зараде који кућном помоћном особљу може бити исплаћен у натури и друга примања у виду набавке огрева и слично, која могу бити предвиђена општим актом и уговором о раду, покривена су принципом једнаке зараде, иако се исплаћују у натури, на основу чињенице да се исплаћују запосленом од стране послодавца.

2. Исти рад и рад исте вредности

Закон о раду гарантује једнаку зараду за исти рад, иако је концепт истог рада проглашен застарелим по окончању Другог светског рата,¹⁸ будући да мали број жена и мушкараца обавља „рад који је идентичан или у великој мери сличан“, рад који „укључује послове који представљају виши ниво сличности један према другоме, чак и када нису потпуно идентични“.¹⁹

Закон о раду гарантује једнаку зараду и за рад исте вредности, који превазилази оквире истог рада покривајући „рад који, споља посматрано, делује као различит, али је једнако вредан као рад са којим се упоређује“.²⁰ Усвајање концепта рада исте вредности подразумева не-

16 Закон о раду, чл. 108 ст. 4, чл. 119 ст. 1, 2 и 5, чл. 120 тач. 2–4.

17 Биљана Богићевић, „Зараде по основу перформанси“, *Пословна йолиџика*, бр. 4/2001, стр. 54.

18 А. Петровић, *нав. дело*, стр. 228.

19 Радован Вукадиновић, „Примена начела једнаког плаћања мушкараца и жена у праву Европске уније“, *Радно и социјално йраво*, бр. 3–6/98, стр. 281.

20 А. Петровић, *нав. дело*, стр. 207.

какво упоређивање послова. „Код таквог рада утврђује се, да ли постоје, упркос различитој врсти рада, исти захтеви радног места према раднику и радници.“²¹ Према Закону о раду, у такве захтеве радног места спадају: степен стручне спреме, радна способност, одговорност и физички и интелектуални рад.²² Приметно је, међутим, да поменути закон упоређивање послова фокусира на ниво „вредности“ рада. Иако није посебно дефинисана, вредност рада тиче се цене рада и израчунавања његове противвредности у новцу применом одговарајућих техника и процедура за мерење релативне вредности послова са променљивим садржајем. Међу тим процедурама и техникама посебно место заузима евалуација послова, за коју се сматра да омогућава систематичну класификацију послова према њиховом садржају и захтевима радног места. У процесу евалуације послова степен субјективности и пристрасности у односу на пол мора бити сведен на минимум. У овом процесу нужно је: вредновати захтеве радног места, а не запосленог који ради на том радном месту. При вредновању захтева радног места применити објективне критеријуме како се не би потценили захтеви радних места на којима раде жене, ни преценили захтеви радних места на којима раде мушкарци; уважити захтеве радних места који до тада нису препознати, посебно захтеве радних места на којима најчешће раде жене, на пример, дизање и ношење терета при неговању старих и немоћних лица, и, с тим у вези, спречити стереотипно укалупљивање послова; кључан је детаљан опис радних места, а не назив радних места. Мушкарац и жена могу радити на радним местима са различитим називима, а обављати рад исте вредности, као што могу радити на радним местима са истим називом, а не обављати рад исте вредности, на пример, мушкарац и жена који раде на радном месту психо-терапеута, а по занимању су психолог и психијатар, не обављају рад исте вредности, јер психијатри, за разлику од психолога, могу прописати терапију лековима.²³ Што се тиче обима упоређивања послова, Закон о раду је, гарантујући запосленима једнаку зараду за рад исте вредности, допустио упоређивање послова који се обављају код истог послодавца.

3. Дискриминација у области плаћања рада

Дискриминација на основу пола у области плаћања рада је дискриминација на основу пола у сфери радних односа. Постоји када жене и мушкарци не примају једнаку зараду за исти рад или рад исте

21 Р. Вукадиновић, *нав. чланак*, стр. 281.

22 Закон о раду, чл. 104 ст. 3.

23 Р. Вукадиновић, *нав. чланак*, стр. 281.

вредности или немају једнак приступ елементима плаћања рада, иако запослени код истог послодавца.²⁴ Јавља се или би се могла јавити у облику непосредне и посредне дискриминације. Непосредна дискриминација постоји када се на жене и мушкарце примењују различита правила при одређивању висина зарада. Овај облик дискриминације суштински одређује узрочна веза између примене различитих правила и пола запосленог, који је недопуштен основ разликовања, те разлика у зарадама жена и мушкараца не може бити оправдана објективним разлозима. Посредну дискриминацију успоставља наизглед неутрална одредба, критеријум или пракса, која када се примени резултира мушко-женским јазом у зарадама. Та одредба, критеријум или пракса не уважава различитост ситуација у којима се налазе жене и мушкарци и утврђује услове за стицање појединих примања које запослени једног пола не могу или теже могу испунити у односу на запослене супротног пола.²⁵ Овај облик дискриминације је суптилнији и теже уочљив у односу на посредну дискриминацију.²⁶

Дискриминација на основу пола у области плаћања рада је веома опасна и витална појава, која има вишеструке негативне ефекте, који се испољавају на општем нивоу, на нивоу послодавца и према запосленој/запосленом. Уколико постоји, мора се елиминисати изједначавањем зарада „према горе“.²⁷ Како би се онемогућило тумачење критеријума на дискриминаторски начин и примена дискриминаторских критеријума, неопходно је утврдити узроке мушко-женског јаза у зарадама. При том, морамо имати у виду да се узроци који до тога доводе налазе унутар и изван тржишта рада и да је њихово порекло откривено у факторима, као што су: непрепознавање и невредновање захтева радних места на којима раде жене, на пример, одговорности у раду са децом, која се повезује са одговорношћу за сопствену децу; посебно вредновање критеријума који се поклапају. Тако, посебно вредновање одговорности и одлучивања резултира већим зарадама запослених који раде на одговорним радним местима, а то су углавном мушкарци; тумачење захтева

24 А. Петровић, *нав. дело*, стр. 202.

25 Такав критеријум тиче се, на пример, рада са непуним радним временом, мобилности и радног стажа. Примера ради, запослени који раде на одређено време, а то су у већини случајева жене, могу бити лишени јубиларне награде и других примања која се остварују зависно од дужине радног стажа, а као награда за лојалност послодавцу, јер њихов радни однос траје кратко. Што се тиче радног стажа, женама се урачунава у радни стаж време породичног одсуства и одсуства из породичних разлога, а требало би размотрити могућност да се у радни стаж урачуна време које проведу ван тржишта рада због бриге о члановима породице. А. Петровић, *нав. дело*, стр. 201.

26 А. Петровић, *нав. дело*, стр. 202.

27 Међународна организација рада, *ibid.*

радних места на дискриминаторски начин, на пример, тумачење физичког напора као оптерећење мишића при обављању нарочито тешких послова који се сматрају типично мушким, а не и као оптерећење мишића при обављању послова који изискују стално стајање и сматрају се типично женским, какви су послови које обављају продавачице и фризерке; примена нетранспарентних и тешко проверљивих критеријума.²⁸ У сузбијању дискриминације на основу пола у области плаћања рада наилази се на бројне препреке. Поменућемо: ниже, мање примерено и мање професионално оријентисано образовање и обука жена (образовање и обука детерминише реалне могућности за добијање приступа запослењу и занимању), мада истраживања показују да су жене све образованије;²⁹ професионална сегрегација (жене обављају мање вредне и плаћене послове, а њихово напредовање ограничено је на мање одговорне, истакнуте и плаћене положаје услед ефекта „стакленог плафона“);³⁰ родни дисбаланс у подели породичних обавеза (због примарне одговорности у испуњавању породичних обавеза жене настоје да раде са непуним радним временом и нису спремне на прековремени и ноћни рад и на мобилност).³¹ Сузбијање ове појаве, отуда, захтева свеобухватан приступ, приступ који укључује интервенције на тржишту рада, друштвене, политичке, културне и друге интервенције.³² Упорно постојање мушко-женског јаза у зарадама захтева предузимање проактивнијих мера ради подизања нивоа свести, прављења процена и промовисања и наметања принципа једнаке зараде. По угледу на друге земље, требало би донети планове за уједначавање плата, кодексе понашања и упутстава за вредновање елемената, модернизовати систем класификације запослених, спроводити истраживања ради идентификовања области у којима се зараде разликују, одобрити бенефициране зараде по праву правичности ради компензовања претходних разлика у зарадама прављених на основу пола.³³

Дискриминацијом на основу пола у области плаћања рада не сматра се свака разлика у зарадама жена и мушкараца. Разлике у зарадама су оправдане, уколико су узроковане разликама у образовању, радном искуству, квалитетом рада, ефикасношћу, итд. Закон о раду садржи једну општу одредбу која одређује шта се не сматра дискриминацијом, што зна-

28 А. Петровић, *нав. дело*, стр. 199.

29 Министарство рада и социјалне политике, *Национална стратегија за побољшање положаја жена и унапређивање равноправности полова (2009–2015)*, Београд, 2008, стр. 23.

30 Ј. Зорић, Н. Дичић, Н. Петковић, *нав. дело*, стр. 11 и 12.

31 Министарство рада и социјалне политике, *нав. стратегија*, стр. 18.

32 А. Петровић, *нав. дело*, стр. 225 и 226.

33 *Ibid.*

чи да судови³⁴ и други органи који се баве сузбијањем дискриминације³⁵ треба да утврде када се разлике у зарадама сматрају оправданим. У томе им може помоћи богата пракса Европског суда правде.³⁶

IV Заштита од дискриминације у области плаћања рада

Закон о раду не предвиђа посебне институције за заштиту од дискриминације. Заштита од дискриминације на основу пола у области плаћања рада се, отуда, остварује у судском и арбитражном поступку, у коме се иначе остварује заштита права из радног односа, а у коме запослену/запосленог може заступати синдикат чије члан, уз њену/његову сагласност. Наиме, овај закон предвиђа могућност уговарања арбитра-

- 34 Општински суд у Ужицу донео је 1.10.2006. године пресуду којом је утврдио да је предузеће „Импал Севојно – Ваљаоница алуминијума“ АД Севојно, поступило дискриминаторски пошто је при одређивању висина отпремнина радницима који су постали вишак применило критеријум година радног стажа које су запосленом остале до стицања услова за одлазак у пензију, а не критеријум година радног стажа које је запослени провео у радном односу, руководећи се тиме да су за мушкарце прописани строжији услови за одлазак у старосну пензију; чињеница да жене раније одлазе у старосну пензију не даје овлашћење послодавцу да њихов радни стаж вреднује мање од радног стажа мушкараца. Ј. Зорић, Н. Дичић, Н. Петковић, *нав. дело*, стр. 32–36.
- 35 Поступајући по представци Д. Д. против привредног друштва О. (дел. бр. 568/2011), Повереница за заштиту равноправности утврдила је да привредно друштво О. није поступило дискриминаторски пошто Д.Д. није обезбедило новогодишњи бонус, а њеном детету пакетић за Нову годину, јер Д.Д. обавља рад у просторијама привредног друштва О., а запослена је у привредном друштву Д. са којим је привредно друштво О. закључило уговор о уступању радника. Д.Д. се, отуда, може обратити привредном друштву Д. ради остваривања ових права. Повереник за заштиту равноправности, *Зборник мишљења, препорука и ујозорења Повереника за заштитију равноправности*, Београд, 2011, стр. 113 и 114.
- 36 Европски суд правде установио је тест за објективно оправдање непосредне дискриминације – мера је објективно оправдана ако одговара стварним потребама послодавца и одговарајућа је и нужна за постизање жељеног циља. Оправдану неједнакост, отуда, представља: политика плата која раднике који раде са непуним радним временом, независно од њиховог пола, ставља у неповољнији положај у односу на раднике који раде са пуним радним временом, ако постоји стварна потреба послодавца да запошљава мањи број радника са непуним радним временом (предмет *Bilka*); дужа служба радника који раде са непуним радним временом у односу на службу радника који раде са пуним радним временом, ако је рад на боље плаћеном радном месту могуће обављати након одређеног броја сати рада проведених на нижем радном месту (предмет *Nimz i Gerster*); виша плата запослених дефицитарних занимања, којом се желе привући кандидати тих занимања (предмет *Enderby*); посебно награђивање флексибилности потребне да се подигне квалитет рада (предмет *Danffos*); посебно награђивање стручног усавршавања потребне за обављање специфичних задатака (предмет *Danffos*). Р. Вукадиновић, *нав. чланак*, стр. 282 и 283.

же, чија је одлука коначна и обавезује послодавца. Уколико арбитар не доносе одлуку о року до 10 дана од дана покретања поступка, запослена/запослени може покренути радни спор подношењем тужбе надлежном суду. Подношење тужбе није временски ограничено, јер захтев за утврђивање ништавости не застарева. Уколико суд утврди да је принцип једнаке зараде нарушен, доноси одлуку којом поништава одлуку послодавца или споразум са послодавцем. Самим тим, дискриминисаном лицу припада разлика до висине зараде коју су истим радом или радом исте вредности остварили недискриминисани радници. Уколико је дискриминисаном лицу причињена штета, оно има право на њену надокнаду. Надокнадом штете оно остварује разлику до висине отпремнице, јубиларне награде или другог примања које се не сматра зарадом и добија сатисфакцију за претрпљени душевни бол.³⁷ Радни спор се води према посебним правилима Закона о парничном поступку. Уколико та правила не уређују неко питање, примењују се опште одредбе Закона о парничном поступку које уређују то питање.

Уколико очекујемо да принцип једнаке зараде заживи, потребно је: обезбедити ефикасну и брзу процедуру заштите од дискриминације; пребацити терет доказивања на послодавца, јер поседује информације и евиденције које могу представљати доказ; предвидети шири дијапазон заштите запослене/запосленог од одмазде послодавца због покретања или учествовања у поступку заштите од дискриминације.³⁸

V Напомене за крај

Иако се принцип једнаке зараде брижљиво негује у нашој земљи, чињеница је да постоје разлике у зарадама између жена и мушкараца. Мушко-женски јаз у зарадама израз је и неравноправности жена у области рада и друштву уопште, те редуција и елиминација диспаритета у зарадама између жена и мушкараца захтева свеобухватан приступ. Такав приступ имплицира и предузимање специфичних мера осмишљених за кориговање неједнакости примећених у пракси. У процесу придруживања Европској унији Србија мора и даље радити на усаглашавању одредаба Закона о раду о једнакој заради са комунитарним стандардима у тој области, јер су исти фрагментарно уважени.

37 З. Ивошевић, М. Ивошевић, *нав. дело*, стр. 403–404.

38 Закон о раду, чл. 183.

Dragana RADOVANOVIĆ, PhD
Business Academy, Novi Sad

EQUAL PAY FOR EQUAL WORK AND WORK OF EQUAL VALUE FOR MEN AND WOMEN IN THE LABOUR LAW

Summary

This paper discusses equal pay by the employer for equal work or work of equal value for women and men. This fundamental principle and right at work is becoming increasingly important considering the fact that in recent years male-female pay gap is getting wider. In author's view violations of the principle and right at work is a form of gender discrimination in payment for work. She defines key terms and points to possible causes and obstruction to suppress this problem. Finally, she deals with protection of employees in the case of payment discrimination.

Key words: *sallary, other emolyments, the same job, the job of equal value, discrimination in wage payment.*

Славица ДИМИТРИЈЕВИЋ
дипл. правник
шеф кадровске службе „Дунав осигурања“ у пензији

ИЗМЕНА УГОВОРА О РАДУ

Резиме

У току трајања уговора о раду, може доћи до промена околности које су биле су за даљи остваривање уговора односно радног односа зајосленог. Законом је прописан поступак измене уговора, разлози збој којих се уговор може мењати и случајеви у којима се може ошказати уговор о раду збој одбијања закључења анекса. Понуду за анекс даје послодавац, по правилу ради заштити својих интереса, па се прецизним уређивањем овог поступка шити зајослени. И обавеза давања примереног рока за изјашњавање о понуди, даје могућност зајосленом да о понуди преговара са циљем да послодавац одустане од понуде или понуди повољније услове. Разлози за закључење анекса морају се дати у писаном облику. Разлози морају бити објективни, образложени и од значаја за зајосленог коме се нуди промена уговора. Одбијање закључења анекса може бити ралој за ошказ уговора о раду. Послодавац цени оправданост разлоја за ошказ кад зајослени одбије закључење анекса уговора.

Кључне речи: уговор о раду, понуда, разлози за измену уговора, анекс, ошказ уговора.

I Уговор о раду по важећем Закону о раду

Уговор о раду је посебна врста уговора радног права са елементима грађанско правног уговора, на кога се примењују, поред одредаба закона о раду, ратификованих међународних конвенција и колективних уговора и одредбе закона које важе за уговоре грађанског права.

Уговор о раду, као акт заснивања радног односа и уређивања међусобних права, обавеза и одговорности запосленог и послодавца, уведен је у радно законодавство Републике Србије Законом о радним односима из 1991. године.¹

Према чл. 30 Закона о раду,² радни однос заснива се уговором о раду, који закључују запослени и послодавац и који се сматра закљученим када га потпишу запослени и директор, односно предузетник, односно лице које овласти директор односно предузетник.

Законом је (чл. 33) уређен је садржај уговора о раду с тим што се даје могућност да се уговоре и друга права и обавезе. За одређивање садржаја уговора о раду од све већег значаја су и други закони, као што је Закон о спречавању злостављања на раду,³ Закон о безбедности и здрављу на раду,⁴ Закон о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа за инвалидитетом.⁵

На права и обавезе која нису утврђена уговором о раду примењују се одговарајуће одредбе закона и општих аката, уз поштовање правила да се примењује пропис који запосленом обезбеђује веће право и повољније услове рада.

Правила која важе за уговор о раду примењују се и на анекс уговора о раду.

II Анекс уговора о раду

У току трајања уговора о раду, а нарочито уговора којим је заснован радни однос на неодређено време, може доћи до промена одређених околности које су временски нове, јер се у моменту закључења уговора нису могле предвидети, а битне су за даљи опстанак уговора о раду односно радног односа запосленог. Значај измењених околности цени

1 Закон о радним односима (Сл. гласник РС, бр. 45/91), чл. 9 ст. 1.

2 Закон о раду (Сл. гласник РС, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009 и 32/2013).

3 Закон о спречавању злостављања на раду (Сл. гласник РС, бр. 36/2010).

4 Закон о безбедности и здрављу на раду (Сл. гласник РС, бр. 101/2005).

5 Закон о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа за инвалидитетом (Сл. гласник РС, бр. 36/2009).

послодавац. Међутим, разлози за измену могу да се односе и на запосленог и на послодавца. Циљ измена уговора треба да буде уравнотежење интереса уговорних страна, мада се оне, по правилу, врше у циљу заштите интереса послодавца.

1. Понуда у поступку измене уговора о раду

Понуда као обавезан акт у поступку измене уговора о раду и закључење анекса уговора, уведена је важећим Законом о раду. Прецизним уређивањем овог поступка, отклоњене су дилеме које су постојале у време важења ранијих закона.

Обавеза достављања понуде, њен садржај и рок за изјашњавање запосленог уређени су чл. 172 Закона. Према наведеној одредби, уз понуду за закључивање анекса уговора, послодавац је дужан да запосленом у писаном облику достави и разлоге за понуду, рок у коме запослени треба да се изјасни о понуди и правне последице које могу да настану одбијањем понуде. Запослени је дужан да се о понуди изјасни у року који одреди послодавац с тим што тај рок не може бити краћи од законом прописаног рока, који износи осам радних дана.

Понуда за измену уговора о раду је акт послодавца и измене се предлажу, по правилу у корист послодавца. Због тога, увођење обавезе достављања понуде са разлозима за понуду и давање примереног рока запосленом за изјашњавање, има карактер заштите запосленог као слабије стране у овом уговорном односу. Овим се даје могућност запосленом, који се не слаже са разлозима за закључивање анекса, да их оспори и истакне одређене аргументе послодавцу, усмено или у писаном облику, са циљем да послодавац одустане од понуде или измени понуђене услове у његову корист. Преговори уговорних страна су корисни, јер могу да доведу до компромисног решења и отклањања разлога за покретање и вођење радних спорова.

У односу на достављену понуду, запослени може да потпише анекс уговора, да се изјасни да не жели да прихвати понуду или да се у остављеном року не изјасни о понуди ни усмено ни у писаном облику и не потпише понуђени анекс. Сматра се да је запослени одбио понуду за закључивање анекса ако се не изјасни у прописаном року.

Ако запослени прихвати понуду за закључивање анекса уговора, задржава право да пред надлежним судом оспорава законитост тог уговора.

У судској пракси било је спорно да ли запослени који не прихвати понуду и не закључи анекс, у радном спору ради поништаја решења о престанку радног односа, може да оспорава законитост анекса уговора, као претходног питања од значаја за отказ.

Грађанско одељење Врховног касационог суда,⁶ заузело је став да запослени који не прихвати анекс уговора задржава право да у радном спору поводом поништаја одлуке о престанку радног односа оспорава законитост понуђених измењених услова рада.

2. Разлози за измену уговора о раду

Према одредбама чл. 171 Закона о раду, послодавац може запосленом да понуди измену уговорених услова рада (анекс уговора): 1) ради премештаја на други одговарајући посао, због потребе процеса и организације рада; 2) ради премештаја у друго место рада код истог послодавца у складу са чланом 173 закона; 3) ради упућивања на рад на одговарајући посао код другог послодавца у складу са чланом 174 закона; 4) ако је запосленом који је вишак обезбедио остваривање права из члана 155 став 1 тачка 5 закона; 5) из члана 33 став тачка 10, 11 и 12 закона; 6) у другим случајевима предвиђеним одређеним актом и уговором о раду.

Одговарајућим послом у смислу тачке 1 и 3 сматра се посао за чије се обављање захтева иста врста и степен стручне спреме који су утврђени уговором о раду.

а) Премештај због потребе процеса и организације рада

Распоређивање запослених у току радног односа, условљена је трајањем радног односа (и више деценија), за које време долази до промена и на страни запосленог и на страни послодавца. Могући разлози за премештај су:

1) Промена акта о организацији и систематизацији послова. Законом о раду (чл. 24), прописана је обавеза послодавца који има више од пет запослених, да донесе Правилник о организацији и систематизацији послова којим се утврђују организациони делови код послодавца, врста и степен стручне спреме и други услови за рад на тим пословима. Свака промена овог акта, по правилу, условљава промену уговора о раду код једног броја запослених.

2) Попуњавање упражњених радних места (послова). Послови могу да остану без извршилаца (упражњени) због престанка радног односа запосленом по неком од основа прописаним законом или због привременог одсуства запосленог. Када се за обављање ових послова не заснива радни однос са новим радником, решење може да буде привремено или трајно премештај запосленог код послодавца.

⁶ Закључак Грађанског одељења Врховног касационог суда од 4.10.2010. године.

3) Промене у организовању процеса рада. Промене у организовању процеса рада могу да буду условљене увођењем нових или унапређењем постојећих технологија, увођењем нових или променама у обављању радних поступака, отклањањем застоја у раду и сл.

4) Повећање, односно смањење обима посла. Промене у обиму појединих послова код послодавца могу бити очекиване и планиране (сезонски карактер послова) или изазване поремећајима у пословању послодавца, који могу да доведу до привременог или трајног престанка потребе за радом запосленог. Послодавац је дужан да за запослене чији су послови смањени тражи одговарајућа решења и премести их на одговарајуће послове у истим или другим организационим целинама.

5) Напредовање запослених на раду. Потребне процесе рада могу захтевати премештај запослених који су у свом раду показали посебне стручне, стваралачке, организационе и друге способности. Овим се обезбеђује напредовање на раду који је један од основних мотива запосленог током радног века.

Код премештаја запосленог на други одговарајући посао због потребе процеса и организације рада, *иод одговарајућим иослом* сматра се посао за чије се обављање захтева иста врста и степен стручне спреме који су утврђени уговором о раду. То значи да је запослени заштићен од премештаја на послове за које се захтева нижи степен стручне спреме, али не и од премештаја на послове за које се захтевају услови који су испод нивоа стручности, искуства и доказаних способности запосленог.

б) Премештај у друго место рада код истог послодавца

Премештај запосленог у друго место рада код истог послодавца, може се вршити ако су испуњени услови из чл. 173 Закона о раду.

Према наведеној одредби, запослени може да буде премештен у друго место у два случаја, и то:

1) Премештај у друго место због природе делатности послодавца. Премештај запосленог у друго место рада код истог послодавца може да се врши само ако је регистрована делатност послодавца такве природе да се обавља у местима ван седишта послодавца, односно његовог организационог дела (пример су делатности у области грађевинарства). Премештај може бити на неодређено или одређено време, што зависи од потребе послодавца. Према одредби чл. 118 ст. 1 тач. 4 Закона о раду запослени, у складу са општим актом и уговором о раду, има право на накнаду трошкова смештаја и исхране за рад и боравак на терену, ако послодавац није запосленом обезбедио смештај и исхрану без накнаде.

2) Премештај у друго место које је удаљено мање од 50 km. Код овог премештаја, услови морају бити испуњени кумулативно. Значи, да је удаљеност од места у коме запослени ради (место рада утврђено је уговором о раду) до места у које се премешта на рад мања од 50 km, да је организован редован превоз који омогућава благовремени долазак на рад и повратак са рада и да је обезбеђена накнада трошкова превоза у висини цене превозне карте у јавном саобраћају.

У оба случаја премештај може бити на неодређено или одређено време, што зависи од потребе послодавца.

Ако су испуњени прописани услови, за овај премештај није потребна сагласност запосленог. Ван наведених случајева запослени се може преместити уз свој пристанак.

в) Упућивања на рад код другог послодавца

Према одредби чл. 174 Закона о раду, запослени може да буде привремено упућен на рад код другог послодавца *на одговарајући њосао* ако је привремено престала потреба за радом запосленог, дат у закуп пословни простор или закључен уговор о пословној сарадњи, док трају разлози за његово упућивање, а најдуже годину дана.

Запослени може, уз своју сагласност, у наведеним случајевима и у другим случајевима утврђеним општим актом или уговором о раду, да буде привремено упућен на рад код другог послодавца и дуже од годину дана, док трају разлози за његово упућивање.

1) Привремени престанак потребе за радом запосленог

Организационе промене, измене у процесу рада, поремећаји у пословању и други разлози, могу довести до привременог престанка потребе за радом запосленог. Послодавац је у обавези да запосленом обезбеди обављање одговарајућих послова. У току тражења трајног решења, статус запосленог може да реши привременим упућивањем на рад код другог послодавца.

У случајевима прекида рада из чл. 116 и 117 Закона о раду, уместо упућивања запослених на плаћено одсуство уз обавезу исплате прописаног износа накнаде зараде, послодавац може да их упути на рад код другог послодавца.

2) Закуп пословног простора

Послодавац, приликом давања у закуп пословног простора, може уговорити обавезу закупца да привремено заснује радни однос са

одређеним бројем запослених. По правилу, ради се о запосленима који су у том простору обављали послове из делатности послодавца. Уговором се могу именовати запослени који ће бити упућени на рад код послодавца-закупца пословног простора.

3) Уговор о пословној сарадњи

Уговором о пословној сарадњи, послодавци могу уговорити разне видове сарадње а што зависи од делатности коју обављају. Тим уговором може се уговорити и обавеза привременог упућивања запослених на рад код другог послодавца (у грађевинарству за извођење одређених радова, код испоруке нове технологије за обуку запослених за њено коришћење и сл.).

Запослени се може упућивати на рад и у другој области рада само ако су испуњени услови из чл. 173 ст 1 тач. 2 Закона о раду (удаљеност мања од 50 km, организован редован превоз, обезбеђена накнада трошкова превоза).

За време рада код другог послодавца, запосленом мирују права и обавезе код послодавца који га је упутио на рад у складу са чл. 79 ст. 1 тач. 3 Закона о раду. Запослени има право и обавезу да се у року од 15 дана од дана престанка рада код другог послодавца врати на рад код свог послодавца. Ако се не врати на рад у прописаном року, послодавац може да му откаже уговор о раду у складу са чл. 179 ст. 1 тач. 5 Закона.

Послодавац доставља запосленом понуду за закључивање анекса која поред разлога за упућивање на рад и законом прописаног садржаја, треба да садржи и ближе информације о послодавцу код кога се упућује на рад.

Ако запослени прихвати понуду, послодавац и запослени закључују анекс уговора о раду, којим се утврђује право на мировање радног односа за време рада код другог послодавца.

Запослени и послодавац, код кога је упућен на рад, закључују уговор о раду на одређено време. Овим уговором уређују се међусобна права, обавезе и одговорности у складу са законом и општим актом послодавца, уз једно законско ограничење, *да се њим уговором не могу утврђивати мања права од права која је запослени имао код послодавца који га је упутио на рад.* По истеку времена на које је закључен, послодавац решењем отказује уговор о раду и запосленом престаје радни однос и има право да се врати на рад код послодавца који га је упутио.

Запослени може, *уз своју сагласност*, у прописаним случајевима и у другим случајевима утврђеним општим актом или уговором о раду, да буде привремено упућен на рад код другог послодавца *и дуже од јодину*

дана, док трају разлози за његово упућивање. Сагласност запосленог од значаја је само за трајање уговора о раду.

и) Обезбеђивање њрава зајосленом који је вишак

Законом о раду (чл. 153) прописана је обавеза послодавца да донесе програм решавања вишка запослених, ако утврди да ће због технолошких, економских или организационих промена у одређеном периоду доћи до престанка потребе за радом одређеног броја запослених на неодређено време. Обавеза доношења програма условљена је и укупним бројем запослених код послодавца у односу на број запослених за чијим ће радом престати потреба, као и динамиком решавања вишкова.

Према чл. 155 стп. 1 тпач. 5 Закона, њројрам између остпалој, садржи мере за зајошљавање: њремешпјај на друје њослове, рад код друјој њослодавца, њреквалификација или доквалификација, нејуно радно време али не краће од њуној радној времена и друје мере.

Наведене мере имају за циљ да штите запослене којима је утврђен статус вишка од губитка посла. Реализација мера зависи од активности послодавца, синдиката код послодавца и организације надлежне за послове запошљавање.

Услов за примену наведених и других мера за запошљавање је да је донет програм решавања вишка запослених у складу са законом и да је у складу са тим програмом утврђено који запослени имају статус вишка. Међутим, и послодавац који је утврдио вишак запослених без доношења програма, има обавезу да запосленом понуди неку од мера за запошљавање.

Применом мера за запошљавање, запослени може да остане на раду код свог послодавца или да буде упућен на рад код другог послодавца.

Када остаје на раду код свог послодавца, послодавац запосленом даје понуду и са запосленим закључује анекс уговора.

Када се упућује на рад код другог послодавца, послодавац обавештава запосленог о праву које му је обезбедио (решењем, понудом) и оставља му рок за изјашњавање. Пожељно је да се запосленом достави и предлог уговора о раду новог послодавца.

Запосленом који прихвати понуду и закључи уговор о раду са новим послодавцем, послодавац који га је упутио на рад решењем отказује уговор о раду. Престанак радног односа код једног послодавца, мора бити усклађен са ступањем на рад запосленог по уговору о раду код новог послодавца.

*g) Измена уговорених услова рада у дружим случајевима
утврђених Законом*

У односу садржај уговора о раду који је одређен чл. 33 Закона о раду, предвиђена је могућност да се анексом уговора може изменити:

1) Новчани износ основне зараде и елементи за утврђивање радног учинка, накнаде зараде, увећање зараде и других примања. Уговор о раду обавезно садржи новчани износ основне зараде и елементе за утврђивање радног учинка, накнаде зараде, увећање зараде и других примања. Због тога, код сваке измене основне зараде и елемената за утврђивање радног учинка, накнаде зараде, увећање зараде и других примања, послодавац је дужан да запосленом понуди анекс уговора.

2) Рокови за исплату зараде и других примања. Законом о раду (чл. 110), одређено је да се зарада исплаћује у роковима утврђеним општим актом и уговором о раду, најмање једанпут месечно, а најкасније до краја текућег месеца за претходни месец. У оквиру законом прописаних рокова, послодавац може општим актом или уговором о раду одредити рокове за исплату зараде и других примања на повољнији начин.

Када послодавац мења рокове који су утврђени уговором о раду, дужан је да запосленом понуди закључење анекса уговора. Ако запослени не закључи анекс, послодавац нема основа да му откаже уговор о раду, а исплату зараде и других примања вршиће у роковима из закона или општег акта.

3) Позивање на колективни уговор, односно правилник о раду

Уговором о раду код послодавца који има закључен колективни уговор или Правилник о раду, у циљу рационалности, не уређују се сва права обавезе и одговорности запосленог и послодавца, већ се за права и обавезе која нису обавезан садржај уговора, упућује на примену одговарајуће одредбе општег акта који је на снази. Ради усклађивања уговора о раду са општим актом који је на снази, послодавац је дужан да запосленом понуди закључивање анекса уговора о раду.

Ако запослени одбије понуду и не закључи анекс, нема правног основа за отказ уговора о раду, а на права, обавезе и одговорности која су општим актом другачије уређена, примениће се општи акт послодавца.

ђ) *Измена уговорених услова рада у другим случајевима*

Измене уговора о раду могу да се врше и у другим случајевима који су утврђени општим актом послодавца или уговором о раду који је послодавац закључио са запосленим.

Ако запослени одбије понуду и не закључи анекс, нема правног основа да се запосленом откаже уговора о раду.

III Последице одбијања закључења анекса уговора

1. Отказ уговора о раду

Послодавац може да откаже уговор о раду запосленом који *без оправданог разлога* одбије да закључи анекс уговора о раду (чл. 179 Закона):

- а) ради премештаја на други одговарајући посао, због потребе процеса и организације рада,
- б) ради премештаја у друго место рада код истог послодавца,
- в) ради упућивања на рад на одговарајући посао код другог послодавца,
- г) ако је запосленом који је вишак обезбедио остваривање права у складу са чл. 155 ст. 1 тач. 5 Закона,
- д) којим се утврђује новчани износ основне зараде и елементи за утврђивање радног учнка, накнаде зараде, увећане зараде и друга примања запосленог.

У осталим случајевима одбијања закључења анекса уговора (рокови за исплату зараде и других примања, позивање на важећи општи акт, у случајевима утврђеним општим актом и уговором о раду), нема правног основа за отказ уговора о раду.

Одбијање запосленог да закључи понуђени анекс, не мора увек да има за последицу отказ уговора о раду. У сваком конкретном случају послодавац цени оправданост разлога за отказ уговора.

Уговор о раду отказује се решењем. Решење у правном лицу доноси директор или запослени кога он овласти а код послодавца који нема својство правног лица-предузетник или запослени кога он овласти.

2. Посебна заштита од отказа уговора о раду

Пре отказа уговора о раду, послодавац мора да води рачуна о запосленима, које Закон о раду штити од отказа у одређеном периоду.

То су запослени за време трудноће, породилског одсуства, одсуства са рада ради неге детета и посебне неге детета (чл. 187) и представници запослених (члан савета запослених и представник запослених у управном и надзорног одбора послодавца, председник синдиката код послодавца, именовани или изабрани синдикални представник) за време обављања функције и годину дана по престанку функције, ако поступа у складу са законом, општим актом и уговором о раду (чл. 188).

IV Предложене измене Закона о раду

Ако би се усвојиле измене из Предлога, који је Влада повукла, онда би се:

1. Прописали нови случајеви у којима се може мењати уговор о раду:

- када послодавац промени правилник о организацији и систематизацији послова,
- *кад се зайосленом врши йромена радној времена са йуној на не йуно, али не краћеј од йуној радној времена а није у йишању мера решавања вишка зайослених, и*
- измене и допуне уговора на иницијативу послодавца и запосленог.

2. Унела одредба да и запослени који одбије понуду анекса у остављеном року, задржава право да у судском поступку поводом отказа уговора о раду оспорава законитост анекса уговора.

3. Предвидели посебни случајеви у којима се не мора спровести прописана процедура за измену уговора о раду:

- када је потребно да се одређени посао изврши без одлагања, запослени може бити привремено премештен на друге одговарајуће послове на основу решења, без понуде анекса, најдуже 30 дана у периоду 12 месеци, уз задржавање зараде, ако је повољнија,
- када се анекс закључује на иницијативу запосленог или када се мењају лични подаци о запосленом и послодавцу не примењује се поступак понуде за закључење анекса.

4. Брисала одредба да се уговором о раду запосленом не могу утврдити мања права од права која је имао код послодавца који га је упутио на рад.

5. Као разлог за одбијање понуде о раду (у чл. 179) предвидео случај одбијања закључења анекса уговора којим се запосленом нуди измена са њуној на њуно радно време због злоупотребе процеса и организације рада.

Поједностављење поступка за закључење анекса у предложеним случајевима је оправдано, у складу је са потребама праксе и не умањује права запосленог.

Међутим, анексирање уговора за случај понуде рада са непуним радним временом требало би брисати (предвиђена је као мера код вишка запослених) или прецизније уредити, како би се отклониле недоумице и злоупотребе у пракси, јер због одбијања понуде запосленом може престати радни однос.

Slavica DIMITRIJEVIĆ

Retired Chief of HR Department at “Dunav Osiguranje”

CHANGE OF LABOR LAW IN SERBIA

Summary

Within the term of the employment agreement, changes may occur in the circumstances that are important for further continuation of the agreement i.e. the employment relationship of an employee. The law envisages the procedure of amending the agreement, the reasons why an “agreement may be amended and the cases in which an employment agreement may be terminated due to a refusal to conclude an annex”. An offer to conclude an annex is made by the employer, most often to protect its interests, so that a precise establishment of this procedure serves to protect the employee. The obligation to provide an appropriate deadline for deciding on the offer allows the employee to negotiate the offer in order to make the employer abandon the offer or offer more favorable conditions. The reasons for concluding an annex must be given in a written form. The reasons must be objective, provided with a rationale and related to the employee who is offered an amended agreement.

A refusal to conclude an annex may be the reason for termination of the employment agreement. The employer evaluates the justifiability of the reasons for termination in case the employee refuses to conclude an annex to the agreement.

Key words: *employment agreement, offer, reasons for amending the agreement, annex, termination of the agreement.*

др *Велислав* МАРКОВИЋ
доцент, Пословни факултет Ваљево, Универзитет Сингидунум,
Београд

БРИСАЊЕ ПРЕДУЗЕТНИКА ПО СИЛИ ЗАКОНА УСЛЕД БЛОКАДЕ ПОСЛОВНОГ РАЧУНА

Резиме

Предузетник губи својство предузетника брисањем из регистра привредних субјеката које се врши због престанка обављања делатности. Предузетник престаје са обављањем делатности одјавом или по сили закона. По сили закона престаје са радом у случају да му је пословни рачун у банци у блокади дуже од две године, на основу захтева за брисање предузетника из регистра који поднесе Народна банка Србије или Пореска управа. У раду аутор обрађује брисање предузетника услед блокаде пословног рачуна дуже од две године и проблеме који се појављују у пракси. Предлог је доношење закона о индивидуалном стицању.

Кључне речи: *предузетник, брисање предузетника, индивидуални стицај.*

I Увод

Правни положај предузетника уређен је Законом о привредним друштвима¹ (у даљем тексту: ЗПД). Предузетник као пословно способно физичко лице које обавља делатност у циљу остваривања прихода регистрован је у складу са законом о регистрацији. Физичко лице

¹ Сл. гласник РС, бр. 36/2011, 99/2011.

уписано у посебни регистар, које обавља делатност слободне професије уређену посебним прописима, сматра се предузетником у смислу ЗПД ако је тим прописима то одређено.

Предузетник обавља делатност под пословним именом. Пословно име предузетника обавезно садржи име и презиме предузетника, опис претежне делатности, озанку „предузетник“ или „пр“ и седиште.

Међутим, предузетник уписом у Регистар привредних субјеката не стиче својство правног лица већ задржава својство физичког лица. Уписом у регистар предузетник стиче својство привредног субјекта и поједина својства правног лица.²

Предузетник за све обавезе настале у вези са обављањем своје делатности одговара целокупном својом имовином и у ту имовину улази и имовина коју стиче у вези са обављањем делатности.³ Одговорност за наведене обавезе не престаје брисањем предузетника из регистра.

Одредбом члана 91 ЗПД уређено је да предузетник губи својство предузетника брисањем из регистра привредних субјеката. Брисање из регистра се врши због престанка обављања делатности. Предузетник престаје са обављањем делатности одјавом или по сили закона.

Истом одредбом ЗПД уређено је да предузетник престаје са радом по сили закона смрћу или трајним губитком пословне способности; истеком времена ако је обављање делатности регистровано на одређено време; ако му је пословни рачун у блокади дуже од две године, на основу захтева за брисање предузетника из регистра који поднесе Народна банка Србије или Пореска управа; ако је правоснажном пресудом утврђена ништавост регистрације предузетника; ако му је правоснажном пресудом, извршном одлуком надлежног органа или суда части коморе

2 „Странка у поступку који настане у вези са пословањем и делатношћу радње може бити само физичко лице као власник односно оснивач те радње, а не и сама радња будући да радња нема статус правног лица већ поједина својства правног лица. Како радња нема сопствени правни субјективитет, она не може бити носилац права и обавеза, па тиме не може бити ни странка у поступку.“ Из решења Окружног суда у Новом Саду, Гж. 1055/05 од 11.5.2006. године, *Билтен судске праксе Окружног суда у Новом Саду*, бр. 9/2006. Тако и „Странка у поступку може бити физичко лице, као предузетник и власник радње, али не може бити радња.“ Из решења Врховног суда Србије, Прев. 34/01 и Пзз. 2/01 од 7.2.2001. године, *Право и привреда*, бр. 1-4/2002, стр. 236.

3 „У имовину физичког лица које је предузетник улазе права, потраживања и средства остварена кроз делатност за коју је радња регистрована, али и права, потраживања и средства остварена изван ње, из других материјално правних односа. Имовину тог лица оптерећују и обавезе које је оно преузело у вези са обављањем регистроване делатности, али и обавезе које су преузете изван ње.“ Из решења Вишег трговинског суда, Пж. 9249/07 од 3.4.2008. године, доступно на адреси: www.sudskapraksa.com.

у коју је учлањен изречена мера забране обављања делатности; у случају престанка одобрења, сагласности или другог акта надлежног органа који је посебним законом прописан као услов за регистрацију.

У овом раду обрађено је брисање предузетника услед блокаде пословног рачуна дуже од две године и проблеми који се појављују у пракси.

II Брисање предузетника услед блокаде пословног рачуна дуже од две године

Одредбом члана 91 став 6 тачка 3 ЗПД прописано је да предузетник престаје са радом по сили закона у случају да му је пословни рачун у банци у блокади дуже од две године, на основу захтева за брисање предузетника из регистра који поднесе Народна банка Србије или Пореска управа.

Народна банка Србије, Одељење принудне наплате доставило је 15.11.2013. године Агенцији за привредне регистре захтев за брисање предузетника из регистра привредних субјеката чији су пословни рачуни у блокади дуже од две године у смислу члана 91 став 6 тачка 3 ЗПД са табеларним подацима за 13.315 предузетника регистрованих у Агенцији за привредне регистре који су блокирани у принудној наплати више од две године са стањем на дан 25.10.2013. године.⁴

Поступајући по наведеном захтеву Народне банке Србије Регистратор Агенције за привредне регистре донео је решења којим усваја захтев Народне банке Србије и брише предузетнике из Регистра привредних субјеката.⁵

Више предузетника који су добили решење Регистратора Агенције за привредне регистре о брисању уложили су жалбу другостепеном органу Министру привреде, Владе Републике Србије. Поступајући по жалбама предузетника Министар привреде је укинуо решења Регистратора Агенције за привредне регистре и предмет вратио на понован поступак.⁶

У образложењу решења другостепени орган – Министар привреде навео је да је одредбом члана 4 Закона о поступку регистрације у

4 Захтев Народне банке Србије, Одељење за принудну наплату број IX-2448/1/13 од 25.10.2013. године.

5 На пример, решење Регистратора Агенције за привредне регистре број БПСЛ 13523/2013 од 27.11.2013. године.

6 Решење Министра привреде број 720-00-367/2013-08 од 24.12.2013. године којим укида решење Регистратора Агенције за привредне регистре број БПСЛ 13523/2013 од 27.11.2013. године и предмет враћа првостепеном органу на понован поступак.

Агенцији за привредне регистре⁷ прописано да се на питања која се односе на поступак регистрације и евидентирања, а која овим законом нису посебно уређена, примењује закон којим се уређује општи управни поступак.

Чланом 8 Закона о општем управном поступку⁸ који се односи на начело истине прописано је да се у поступку морају утврдити правилно и потпуно све чињенице и околности које су од значаја за доношење законитог и правилног решења (одлучне чињенице).

Чланом 9 став 1 истог закона, прецизирано је начело саслушања странака којим је императивно прописано да, пре доношења решења, странци мора да се омогући да се изјасни о чињеницама и околностима које су од значаја за доношење решења.

Имајући у виду да је Регистратор Агенције за привредне регистре донео решење о брисању предузетника из Регистра привредних субјеката а да је претходно пропустио, иако је био дужан, да на несумњив начин утврди да је у питању блокада пословног рачуна предузетника, која траје дуже од две године непрекидно (у континуитету), рачунајући од дана подношења захтева Народне банке Србије и да након тога позове жалиоца, сходно начелу саслушања странака из члана 9 став 1 Закона о општем управном поступку, како би се именованом пружио могућност да се, пре доношења решења, изјасни о чињеницама и околностима које су значајне за доношење решења то министар привреде налази да је првостпени орган донео погрешно одлуку због чега је иста укинута и враћена на поновни поступак.

Министарство привреде је донело Инструкцију о поступању Регистратора Агенције за привредне регистре који води Регистар привредних субјеката, као првостепеног регистрационог органа, у примени члана 91 став 6 тачка 3 ЗПД.⁹ Наведена Инструкција предвиђа да је регистрациони (првостепени) орган, када од надлежног органа Одељења за принудну наплату Народне банке Србије или Пореске управе добије податак да је пословни рачун предузетника у блокади дуже од две године, у обавези да поступа на следећи начин:

- да утврди да је у питању блокада пословног рачуна предузетника, која траје дуже од две године непрекидно рачунајући од дана подношења захтева Народне банке Србије, односно Пореске управе,

7 Службени гласник РС, бр. 99/2011.

8 Службени лист СРЈ, бр. 33/97 и 31/01 и Службени гласник РС, бр. 30/10.

9 Инструкција Министарства привреде број 021-01-00089/2013-08 од 9.12.2013. године.

- да позове предузетника и упозна га са наведеним захтевом и остави му примерени рок (најдуже седам дана рачунајући од дана упознавања са захтевом), ради достављања доказа о, евентуалној, нетачности података из захтева за брисање из Регистра или доказ о извршеној деблокади пословног рачуна предузетника. О предузетом ће регистрациони орган сачинити записник са изјавом предузетника (да ли исти прихвата наведени налог првостпеног органа са остављеним роком за деблокаду пословног рачуна или то није у могућности да учини, и пословни рачун деблокира),
- уколико предузетник достави доказ да му је пословни рачун активан, односно да је деблокирао пословни рачун у остављеном року од седам дана и о томе регистрационом органу достави потврду или други доказ надлежног Одељења принудне наплате Народне банке Србије, односно Пореске управе, регистрациони орган неће брисати таквог предузетника из Регистра привредних субјеката, по сили закона, јер не постоје разлози за примену члана 91 став 6 тачка 3 ЗПД,
- уколико предузетник не деблокира пословни рачун, у остављеном року од седам дана, односно уколико предузетник нема могућности за деблокирање рачуна, регистрациони орган ће по сили закона, применом члана 91 став 6 тачка 3 ЗПД, таквог предузетника брисати из Регистра.

Наведном Инструкцијом министра привреде у којој се, супротно ЗПД, оставља нови примерени рок од седам дана за достављање доказа о деблокади пословног рачуна предузетника отварају се многа спорна питања.

Прво, одредбе ЗПД су јасне да се после две године непрекидне блокаде пословног рачуна врши брисање предузетника из Регистра по сили закона. Остављање накнадног рока за достављање доказа о нетачности тог податка је у реду. Међутим, остављање накнадног рока за деблокаду рачуна је супротно одредбама ЗПД. Подзаконским актима се не може мењати закон. Њима се не утврђују конкретна овлашћења и обавезе какав је случај са законом у материјалном смислу већ начин остваривања тих законских овлашћења и обавеза.

Инструкцијом се прописује начин рада и обављања послова државних органа управе.¹⁰

Друго, остављање „примереног рока“ од седам дана за деблокаду рачуна и достављање доказа о томе је практично немогућ услов.

10 Види Драган Митровић, *Основи права*, Универзитет Сингидуном Београд, 2006, стр. 182.

Поступак деблокаде пословног рачуна и прибављања потврде НБС практично физички није могуће извршити за седам дана. Ово доводи до оправданог незадовољства предузетника који траже да се постигне социјални договор у том смислу да се измени Инструкција и примерени рок продужи на 30 дана рачунајући од дана упознавања са захтевом.¹¹

Треће, ако Инструкција дозвољава накнадну деблокаду рачуна, пошто је у ЗПД предвиђено да се брисање предузетника врши ако је рачун у непрекидној блокади дуже од две године, предузетници траже и да им се омогући да не одблокирају пословни рачун већ да само плате потраживања старија од две године јер по њима разлози за примену члана 91 став 6 тачка 3 ЗПД не постоје уколико предузетници изврше све деблокаде пословног рачуна које су старије од две године рачунајући од дана подношења захтева од стране НБС или Пореске управе и о томе регистрационом органу доставе потврду или други доказ надлежног одељења НБС или Пореске управе.

О брисању предузетника по сили закона се може поставити више питања.

Прво, наведена одредба члана 91 став 6 тачка 3 ЗПД у супротности је са чланом 29 став 6 Закона о пореском поступку и пореској администрацији¹² који прописује: орган, организација или друго лице надлежно за упис у прописани регистар лица која обављају одређену делатност не може брисати лице из прописаног регистра без доказа о престанку пореских обавеза који издаје надлежни порески орган, не старијег од пет дана у моменту подношења захтева за брисање из прописаног регистра.

Како је блокада предузетника углавном због неплаћених пореских обавеза произилази да се не може вршити брисање предузетника ни по сили закона ако нису испуњени услови из наведеног члана 29 став 6 Закона о пореском поступку и пореској администрацији.¹³

У праву бивших југословенских република не постоји овај основ брисања предузетника због блокаде пословног рачуна. Тако, на пример, Закон о обрту Републике Хрватске,¹⁴ Закон о занатско предузетничкој

11 Захтев Савеза самосталних синдиката Србије, Самосталног синдиката возача и аутопревозника Србије од 19.1.2014. године упућен Председнику Републике Србије, законодавној и извршној власти Републике Србије.

12 *Службени 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.

13 Види Велисав Марковић, „Примена Закона о пореском поступку и пореској администрацији и брисање предузетника из регистра“, *Правни информатор*, бр. 9/2013, стр. 60-63.

14 *Народне новине РХ*, бр. 143/13.

делатности Републике Српске,¹⁵ Закон о привредним друштвима Црне Горе,¹⁶ Закон о трговачким друштвима Македоније¹⁷ не познају као основ брисање предузетника због блокаде пословног рачуна.

С обзиром да је предузетник физичко лице и да брисањем предузетника не престају обавезе физичког лица поставља се питање последице брисања статуса предузетника по физичко лице. То доводи до тога да конкретно физичко лице, коме је брисан статус предузетника, не може да обавља делатност а све обавезе и дугови остају. И на тај начи долази до све веће презадужености становништва. Како је већ наведено Народна банка Србије је поднела захтев за брисање 13.315 предузетника регистрованих у Агенцији за привредне регистре који су блокирани у принудној наплати више од две године са стањем на дан 25.10.2013. године. Они ће бити избрисани из Регистра а њихови дугови ће остати на име тих физичких лица.

Решење наведеног проблема би могло бити увођење индивидуалног стечаја у наш правни систем.

III Индивидуални стечај

Неспорна је чињеница да је у Србији све већа презадуженост становништва што је последица развоја потрошачких навика, могућности куповине добара путем потрошачких и других кредита, живота изнад финансијских могућности, незапослености, економске кризе и др.

Ако посматрамо структуру судских поступака највише је у току и нерешених извршних поступака.¹⁸ Повериоци врло често долазе у ситуацију да не могу наплатити своје потраживање, да наплата потраживања зависи од брзине спровођења извршног поступка јер ко пре дође до имовине дужника он ће се и наплатити, а остали повериоци ће остати ненамирени. Са друге стране дужник остаје презадужен годинама и некада до краја живота мора да ради за дугове из којих никада не може изаћи.

15 Службени гласник Републике Српске, бр. 117/11.

16 Сл. лист РЦГ, бр. 06/02 од 8.2.2002, Сл. лист ЦГ, бр. 17/07 од 31.12.2007, 80/08 од 26.12.2008, 40/10 од 22.7.2010, 73/10 од 10.12.2010, 36/11 од 27.7.2011, 40/11 од 8.8.2011.

17 Службени весник на РМ, бр. 28/2004, 84/2005, 71/2006, 25/2007, 87/2008, 17/2009, 23/2009, 42/2010, 48/2010.

18 Тако, на пример, у Основном суду у Новом Саду на почетку 2012. године било је нерешено 10572 парнична предмета (П), а 88364 извршна предмета (И+Ив), из Информатора о раду Основног суда у Новом Саду, <http://www.ns.os.sud.rs/informator/informator%20o%20radu%20suda.pdf> (приступ: 29.1.2014).

У Европи и свету решење је пронађено у институту индивидуалног стечаја. Индивидуални стечај можемо дефинисати као подграну стечајног права или врсту стечаја који за свој предмет изучавања има све имовинско-правне односе између инсолвентног физичког лица као стечајног дужника и његових поверилаца.¹⁹

Стечај над имовином физичког лица представља систем генералног извршења на неизузетој имовини дужника, ради намирена необезбеђених поверилаца, уважавајући начела колективности, равноправности, правичности и принудности, који врши поверилац уз надзор стечајног суда.²⁰

Србија на путу ка приступању Европској унији има обавезу хармонизације прописа са правом ЕУ које познаје поступак индивидуалног стечаја што значи да ћемо и ми морати увести тај институт у наш правни систем. Неприхватање и непознавање стечаја као нормалне појаве пословања у Србији има за последицу много веће штете него да се правовремено приступи спровођењу стечајних поступака код свих привредних субјеката, па и код физичких лица.²¹

Од земаља бивше Југославије Словенија је донела Закон о финансијском пословању, поступцима због инсолвентности и принудном престанку²² којим је уредила поступак индивидуалног стечаја.

Према стечајном закону Републике Хрватске²³ стечајни поступак се може покренути над имовином правних лица као и над имовином дужника појединца. Под појмом дужника појединца сматра се трговац појединац и предузетник (обртник).

19 Вук Радовић, *Индивидуални стечај – стечај над имовином физичког лица*, Досије, Београд, 2006, стр. 17.

20 Ана Опачић, „Индивидуални стечај у контексту регионалног и међународног развоја“, *Гласник адвокатске коморе Војводине*, бр. 2/2013, стр. 61.

21 Познати су највећи банкротски случајеви у свету шоу-бизниса који су банкротирали и почели успешно поново свој финансијски почетак. Тако је у стечају завршила *Kim Basinger* која је била присиљена на банкрот 1993. године кад је суд одлучио да глумица мора да плати 8,1 милион долара одштете студију *Main Line Pictures, Francis Ford Coppola*, који је банкротирао због дуговања од 300 хиљада долара, почео од почетка са позајмљеним новцем од мајке за винарски бизнис којим финансира своје филмове. *Walt Disney* аутор Микија Мауса и бројних других анимираних ликова банкротирао је две године од почетка самосталног рада, да би касније у Холивуду постао један од најбогатије плаћених аниматора у историји. Види више Шиме Ивањко, „Индивидуални стечај у Словенији“, *Правни животи*, бр. 12/2008, стр. 53–54.

22 *Урадни лист РС*, бр. 126/2007... 100/2013. О индивидуалном стечају у Словенији види више у Шиме Ивањко, *нав. дело*, стр. 51–63.

23 Чл. 3 ст. 1 Закона о стечајном поступку, *Народне новине*, бр. 44/1996, 29/1999, 129/2000, 123/2003, 82/2006, 116/2010, 25/12, 133/12.

Црногорски Стечајни закон²⁴ у члану 11 одређује ко може бити стечајни дужник. Према овом решењу стечајни дужник могу бити сва правна лица, привредна друштва која немају статус правног лица и предузетници. Република Македонија је Законом о стечају²⁵ из 2006. године у стечајно право увела индивидуални стечај. Према чл. 4 помeнутог закона стечајни дужник може бити: свако правно лице и дужник појединац који има регистровану привредну делатност.²⁶

Закон о стечајном поступку Републике Српске²⁷ прописује у члану 5 да се стечајни поступак може спровести над имовином правног лица као и имовином дужника појединца. Дужник појединац у смислу овог закона је: комплементар у командитном друштву и оснивач ортачког друштва. Исти не прописује стечај предузетника.

Наш Закон о стечају²⁸ не познаје стечај предузетника. Такође још увек немамо закон о индивидуалним стечају.

Циљ индивидуалног стечаја је намирење поверилаца у једнаким уделитема али и омогућити нов финансијски почетак дужника. Индивидуални стечај је у интересу поверилаца који нису благовремено обезбедили своја потраживања пред другим повериоцима. Увођење индивидуалног стечаја довело би и до значајног смањења судских извршних поступака и растерећења судова.

Индивидуални стечај је посебно значајан за дужника – физичко лице које се окончањем стечаја ослобађа свих дугова. Легално се физичко лице ослобађа дугова и притисака поверилаца као и преноса дугова на потомке дужника што се противи достојанству човека.

IV Закључак

Имајући у виду негативне последице брисања предузетника из Регистра привредних субјеката због блокаде пословног рачуна, односно презадужености мишљења сам да је решење у доношењу Закона о индивидуалним стечају којим би се на најхуманији начин решило питање

24 *Сл. лист Црне Горе*, бр. 1/2011.

25 Закон за стечај (*Службени весник*, бр. 34/2006, 126/06, 84/07, 47/11).

26 Више о индивидуалним стечајевима у земљама бивше Југославије у Ана Опачић: *нав. чланак*, стр. 59–76, у англосаксонским земљама види: Вук Радовић, „Развој индивидуалног стечаја у англосаксонским земљама“, *Сйрани йравни живои*, бр. 1–3/2002, стр. 121–134, а о индивидуалном стечају у праву Европске уније види у Ана Опачић, „Регулатива индивидуалног стечаја у праву Европске уније“, *Евройско законодавство*, бр. 37–38/2011.

27 *Сл. гласник Републике Српске* број 26/10.

28 *Сл. гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011, 71/2012 (одлука Уставног суда).

презадужености предузетника али и осталих физичких лица као и једнако намирење поверилаца необезбеђених потраживања.

Што пре прихватање стечаја као нормалне појаве у пословању у Србији, уз добар стечајни закон, довешће до веће ефикасности у пословању, до веће финансијске дисциплине и бржег привредног развоја.

Velisav MARKOVIĆ, PhD
Assistant Professor, Faculty for Business Valjevo,
Singidunum University Belgrade

CLOSING ENTREPRENEURS BY OPERATION OF LAW DUE TO BUSINESS ACCOUNT BLOCKADE

Summary

Entrepreneur loses his legal status after deletion from the register of business entities due to termination of his activities. Entrepreneur stops his activities by notice of withdrawal or by operation of law. By operation of law, entrepreneur ceases to operate in the event that his business bank account has been blocked for more than two years, based on a request for deletion from the register of entrepreneurs, submitted by the National Bank of Serbia or the Tax Administration. In this article, author deals with closing of entrepreneurs due to blockage of the business accounts for more than two years and the problems that arise in practice. The proposal is to adopt the Law on the individual bankruptcy.

Key words: *entrepreneur, closing of entrepreneurs, individual bankruptcy.*

Маја Б. МАТИЋ

Виши саветник у Агенцији за борбу против корупције

ОБРНУТИ ФАКТОРИНГ – НОВИНА У ДОМАЋЕМ ЗАКОНОДАВСТВУ

Резиме

Систем финансирања обрћних средстава и крајкорочног кредитирања привредних субјеката представља живу материју у којој инвентивна пракса иде испред закона, услед динамичног привредног развоја. Повод за овај рад представљају решења која је у домаће законодавство унео недавно усвојени, дуго од стране међународних субјеката очекивани Закон о факторингу (Службени гласник РС, бр. 62/2013), који је поред стипуслних и облигационих питања обављања факторинга посла која су постојала у пословној пракси привредних субјеката који се баве факторингом, реулисао и финансијску услугу која није постојала у пракси – обрнути факторинг. Поред питања сврсисходности његовог реулисања законом, односно реулисања у примену недовољне развијености тржишта, представља се и питање његовог дефинисања као посебне врсте факторинга, којом се финансирају обавезе које купац из основног посла промета робе и услуга има према добављачима.

У раду се, полазећи од појма, обележја, правне природе и сличности и разлика између факторинга посла и обрнутог факторинга, разматра питање да ли је закон правно неорецизан када прописује да је обрнути факторинг врста факторинга посла. Изводи се закључак да је обрнути факторинг финансијска услуга коју могу да пруже банке и факторинг друштва и да финансирају обавезе које купац има према добављачима, али да се не може угодити једном од облика факторинга посла, јер је

йредмей куйойродаје крайкорочно новчано дуїовање, а не йоййраживање шийо йроизводи даље йоследице у њиховом диференцирању.

Кључне речи: *обрнутий факторинї, добављачки факторинї, факторинї ланца снабдевања, крайкорочно финансирање, йреузимање дуїовања.*

I Факторинг посао

У времену опште економске кризе, када је претежни део привредних субјеката оптерећен кредитима, слабом наплатом потраживања и проблемима са прибављањем обртних средстава за наставак циклуса производње, факторинг посао се намеће као једно од могућих решења.¹ Начин краткорочног финансирања привредног субјекта – клијента од стране факторинг друштва – фактора откупом његових недоспелих потраживања насталих реализацијом продаје робе или услуга купцу – дужнику на домаћем или иностраном тржишту, представља алтернативу којој треба прибећи у случају неликвидности. Недовољно познат, на први поглед сложен финансијски инструмент, а у ствари изузетно сигурна и поуздана финансијска услуга, факторинг посао више трпи због незнања и бојазни привредних учесника на тржишту, неразумевања од стране државне администрације, него због својих лоших перформанси.

У савременој привреди факторинг посао представља значајан извор финансирања обртног капитала што јесте његова најважнија функција. Обезбеђење наплате потраживања је следећа функција факторинга, јер фактор води рачуна о бонитету дужника, па се у случају да дужник не подмири своје обавезе одриче права на регрес према клијенту. Фактор има и услужну функцију, јер поред наведеног он води ажурну евиденцију о наплатама потраживања од купца, о роковима доспећа потраживања према куцима, испитује кредитну способност дужника, води књиговодство клијента, обрачунава порезе, провизије, опомиње дужника и обавља друге услуге.²

Преузимањем наплате потраживања од стране фактора, клијент растерећује сопствена средства, елиминише ризике ненаплате реализованих послова, избегава све трошкове ангажовања сопствених капацитета за наплату потраживања, услед чега повећава ликвидност предузећа, убрзава обрт капитала и побољшава кредитну способност

1 Радован Ковачевић, „Значај и улога факторинга као инструмента финансирања извоза – искуства нових чланица ЕУ“, *Економски анали*, бр. 165/2005, стр. 98.

2 Иванка Спасић, „Специфичности факторинг посла и уговора о факторингу“, *Правни животи*, бр. 12/2009, стр. 632.

као и постиже већу конкурентност при ширењу производње и освајању нових тржишта.

Када фактор уговором о факторингу преузме све основне функције факторинг посла: функцију преузимања *del credere* ризика, функцију финансирања клијента и управљање потраживањима, ради се о тзв. „правом факторингу“.³

Фактор купује потраживање, сноси ризик ненаплате потраживања и наплату реализује у своје име и за свој рачун. Од момента закључења уговора о факторингу односно по предаји веродостојних исправа о постојању потраживања, њихов титулар је фактор.

У зависности од тога да ли фактор има или нема право да захтева наплату уступљеног потраживања од свог клијента у случају да не може да изврши наплату од дужника, прави факторинг може бити „са правом регреса“ (*recourse factoring*) или „без права на регрес“ (*nonrecourse factoring*).⁴

Уколико клијент на основу посебне одредбе у уговору гарантује фактору наплативост потраживања од дужника, ради се о факторингу са регресом. Клијент тада јемчи фактору истинитост и наплативост уступљеног потраживања од дужника ако овај не испуни своју обавезу. Неправи (квази) факторинг не подразумева *del credere* функцију фактора. Потраживање се не продаје фактору, већ је његов титулар и даље клијент, а фактор за клијента обавља услугу наплате уз накнаду и не сноси ризик наплате, већ наплату реализује за рачун повериоца – клијента.

Факторинг са регресом има предност у земљама у развоју, где кредитне информације нису приступачне, па фактор преузима велики ризик. Проблеме у обављању факторинг посла могу да створе фиктивна потраживања, непостојећи купци, што упоредо са slabим законским окружењем и непостојањем пословних регистара и кредитних бироа отежава услове за факторинг. Због тога се користи регресни факторинг који подразумева одговорност продавца за случај да купац не успе да исплати фактуру. У овом случају фактор купује потраживања само од висококвалитетних купаца, а кредитни ризик је једнак ризику неизвршења обавезе висококвалитетног купца, а не ризичном малом и средњем предузећу као код факторинга без регреса.⁵

3 Вилим Горенц, *Уговор о факторингу*, Загреб, 1988, стр. 11.

4 Nereus V. Joubert, „The legal Nature of the Factoring Contract“, *The South African Law Journal*, Vol 104, part I, 1987, стр. 91.

5 World Bank Development Research Group, *The Role of „Reverse Factoring“ in Supplier Financing of Small and Medium Sized Enterprises*, Warsaw, 2004, доступно на адреси: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/14059/wps3342.txt?sequence=2>, 18.2.2014, стр. 4.

Факторинг је сложен уговор финансијске структуре код кога најчешће цесија представља правни инструмент преноса потраживања са клијента на фактора и полазну основу за посао на коју се надограђују елементи других именованих уговора попут комисиона, купопродаје, кредита, уговора о делу и друго.⁶

Производ је *sui generis* уговор. Правни основ факторинга може бити једино уговорна цесија за чију пуноважност није потребна сагласност дужника, али се захтева да дужник буде обавештен. За разлику од цесије, потраживања факторинга једино могу бити она која су настала из промета робе и услуга, а поред постојећих и појединачно одређених могу бити и будућа, недоспела и глобална.⁷

Богатство чинидби фактора које посао појмовно одређују, представља основ за поделу на врсте факторинга. Која ће се врста појавити у пракси зависи од развијености тржишта, економских услова, правне регулативе и врсте делатности која је основ за посао. Поменуте су две поделе значајне са аспекта финансијске услуге која је предмет рада, ради даљег диференцирања од факторинг посла.

Апстрахујући најважније елементе овог посла може се закључити да је факторинг пренос краткорочних потраживања. Накнада коју фактор наплаћује је кауза уговора и она ће зависити од трошкова пружених услуга клијенту, износа камата за извршено кредитирање и степена преузетог ризика наплативости пренесеног потраживања.⁸

Елемент накнаде је мање битан, јер ће се некада чинити да је накнада незнатна уколико околности посла то налажу и одређени пословни интерес. Некада ће фактор откупити доспела потраживања уз увећани дисконт, када за то постоји економски интерес. Оно што је ипак извесно у овом послу је да фактор откупљује новчано потраживање клијента уз дисконт, односно да је у питању правни посао којим се уступилац потраживања обавезује да пренесе на фактора потраживања само ради наплате, када се фактор обавезује да уз провизију и наплату трошкова наплати потраживања.⁹

6 За разлику од већине правних система, у француском праву је уступање потраживања са старог на новог повериоца правноваљано према дужнику само под условом да дужник прихвати (акцептира) пренос потраживања, па је правни основ уговора о факторингу персонална суброгација. Вид. чл. 1249 и чл. 1250 француског Грађанског законика.

7 Иванка Спасић, Мара Тодоровић, *Међународни финансијски лизинг и међународни факторинг*, Београд, 1989, стр. 90.

8 Предраг Кнежевић, „Уговор о факторингу у пракси банака“, *Правни животи*, бр. 12/2008, стр. 788–789.

9 Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, Београд, 2008, стр. 357.

Анализа стручних термина факторинг пословања показала је да је у српском језику са лингвистичког аспекта најадекватнија употреба термина „фактор“ (*factor*) за лице које врши пренос потраживања, „уступилац потраживања“ за клијента, продавца (*supplier*) који преноси своја потраживања и „дужник“ (*debtor, customer*) за купца из основног правног посла.¹⁰

II Обрнути факторинг

У жељи да понуду учине што разноврснијом и прилагоде пословање потребама клијената, факторинг друштва поред факторинга нуде и друге производе. Једна од услуга која се везује за факторинг, и поред тога што по правној природи не одговара факторинг послу, али по функцији финансирања личи на њега, је обрнути факторинг. Код ње долази до преноса дуговања из основног посла, насталог по основу промета робе и услуга, са клијента на фактора, што представља финансирање везано за набавку, а не продају као код факторинг посла. Купац потврђује фактуре издате од стране добављача, због чега се назива „потврђујућим факторингом“,¹¹ и позива фактора да плати дугове уместо њега.

Обрнути факторинг се назива и „добављачким факторингом“ (*supplier finance*), односно „факторингом ланца снабдевања“ (*supply chain finance*), јер га иницира велики купац како би помогао својим добављачима да лакше финансирају своја потраживања и по нижој каматној стопи од оне коју би редовно добили. Према Речнику стандардне терминологије која се користи у земљама Европске уније, обрнути факторинг се назива на шпанском језику „*factoring inverso*“, на француском „*affacturage inverse*“, на немачком, италијанском и енглеском „*reverse factoring*“ и представља уговор који се закључује између фактора и (обично јаког) купца – дужника којим фактор нуди сваком добављачу могућност да финансира оне фактуре које су одобрене за плаћање.¹²

Систем обрнутог факторинга је настао као резултат потребе да се пружи подршка извозницима, што је било кључно и у основи развоја факторинг посла.¹³

10 Никола Добрић, Мила Михајловић, „Лингвистичка анализа стручних термина факторинг пословања“, *Институт за ујоредно право*, бр. 3/2009, стр. 150–153.

11 У земљама шпанског говорног подручја се назива „потврђујућим“.

12 EU Federation for the Factoring and Commercial Finance Industry, *The EUF Glossary on Factoring and Commercial Finance*, Brussel, 2012, доступно на адреси: <http://www.euf.eu.com/euf-glossary/objectives/glossary-on-factoring-and-commercial-finance/menu-id-53.html>, 18.2.2014.

13 Више о настанку и развоју факторинг посла вид. Радомир Ђуровић, *Међународно привредно право*, Београд, 1994, стр. 461; Зоран Антонијевић, Милан Петровић, Божидар Павићевић, *Банкарско право*, Београд, 1982, стр. 221.

Током шездесетих година развијан је у Великој Британији, јер су факторинг компаније желеле да понуде додатну услугу клијентима да би им омогућиле бржи развој. Примењиван је у приликама када би клијент примио велику наруџбину коју није могао да финансира. Фактор је тада обезбеђивао финансирање одмах по закључењу посла, а после надокнађивао средства из дуга клијента. Концепт обрнутог факторинга првобитно потиче из аутомобилске индустрије где је био коришћен од стране произвођача аутомобила који је својим добављачима плаћао на овај начин, како би остварио најповољније услове куповине. Касније се проширио на ланце малопродаја у чијој основи посла је уговарање што дужих рокова плаћања а кашњење у плаћању уобичајено. Као циљне индустрије за будући развој обрнутог факторинга виде се трговина робом широке потрошње, аутомобилска, инжењеринг и машинска индустрија.¹⁴

Услугу обрнутог факторинга пружају фактори у Великој Британији, Шпанији, Мексику, Италији, Кипру, Литванији, Белгији и другим земљама као додатну услугу за своје клијенте у циљу што богатије понуде која одговара потребама клијената.¹⁵

Услугу обрнутог факторинга пружа и *Factors Chain International*, највећа факторинг мрежа на свету како по броју чланова тако и по оствареном обиму факторинга, у двофакторском моделу који је уобичајен у спољнотрговинском промету роба и услуга.¹⁶

Фактори на тржиштима у окружењу имају у понуди услугу обрнутог факторинга, али се ретко користи због високог ризика ненаплате меница које се захтевају као обезбеђење.

Обрнути факторинг је производ који подразумева финансирање испуњења обавеза које клијент има према добављачу, по основу куповине робе или услуга. Клијент има могућност да значајно раније, без одложеног плаћања измири добављачу своје обавезе, због чега стиче бољи пословни однос са добављачем, те може уговорити повољније услове набавке и цене роба и услуга које од њега купује.

Реализација посла пружања услуге обрнутог факторинга обично се одвија у неколико корака: након што продавац, односно добављач

14 Mark van Laere, *Modelling international reverse factoring – and the future of supply chain finance*, Eindhoven, 2012, доступно на адреси: http://alexandria.tue.nl/extra2/afstversl/tm/Van_Laere_2012, 18.2.2014, стр. 54.

15 Mthoko Mbatha, *Risks and rewards of providing “reverse factoring” as a financing technology for small and medium – sized enterprises in South Africa*, Pretoria, 2011, доступно на адреси: <http://upetd.up.ac.za/thesis/available/etd-05262012-201508/unrestricted/dissertation.pdf>, 18.2.2014, стр. 24–30.

16 Factors Chain International, *Case studies*, Amsterdam, 2014, доступно на адреси: <http://www.fci.nl/about-factoring/case-studies/chile-2012>, 18.2.2014.

прода и испоручи робу купцу – дужнику (клијенту) и испостави му фактуру са одложеним плаћањем, купац – дужник (клијент) подноси захтев фактору за обрнутим факторингом. Фактор проверава бонитет дужника (клијента) и одобрава лимит финансирања према конкретном клијенту. На основу закљученог уговора и прихваћеног обавештења продавца да је дуговање пренето на новог дужника – фактора, фактор у најкраћем року од потписивања уговорне документације о обрнутом факторингу исплаћује на рачун добављача 100% вредности уговора, а дужнику (клијенту) испоставља рачун за трошак факторинга. Дужник (клијент) по доспелости дуга плаћа у корист рачуна фактора. Код изузетно бонитетних клијената – дужника, не узимају се инструменти осигурања, те уговорне стране склапају уговор о обрнутом факторингу без регреса односно инструмената осигурања.¹⁷

Финансирање код факторинг посла најчешће се реализује на два начина: по принципу есконтног откупа – где се откуп потраживања по основу издатих фактура обавља на тај начин што се на рачун клијента уплаћује износ номиналне вредности фактура умањен за износ есконта обрачунатог од дана откупа, до дана доспећа фактура као и за износ обрачунате накнаде за обраду захтева. По извршеној наплати откупљених фактура целокупан номинални износ откупљених фактура припада фактору. Други вид реализације посла је када се на рачун клијента уплаћује уговорени процентуални износ од око 80% од номиналне вредности фактура умањен за износ обрачунате накнаде за обраду захтева. Остатак процентуалног износа до пуног номиналног износа фактура уговара се као гарантни фонд. По извршеној наплати откупљених фактура, од укупног номиналног износа фактура, фактору припада износ аванса који је исплаћен клијенту увећан за камату обрачунату на износ исплаћеног аванса, од дана исплате аванса до дана доспећа – наплате фактура као и за друге уговорене провизије и трошкове. Остатак износа до пуног номиналног износа фактура припада клијенту.¹⁸

У послу факторинга клијент добија новац од фактора на располагање, док код обрнутог факторинга то није случај – фактор измирује његове обавезе према добављачима директно, а средства која је клијент резервисао за измирење својих дугова према добављачу, може употребити у циљу даљег унапређења пословања.

17 Ivor Istuk, European Bank for Reconstruction and Development, Factoring, reverse factoring and other tools for access to finance, London, 2013, доступно на адреси: <http://www.yatedo.com/p/Ivor+Istuk/normal/965578e142e773a94629afdfac774c1b>, 18.2.2014, стр. 19–21.

18 Вид. Општи услови пословања *Factors Chain International*, 2014, Општи услови пословања *International Factors Group*, 2014; Вилим Горенц, *Факторині уіовор аушономної іривредної ірава*, Љубљана, 1981, стр. 144.

Обрнути факторинг за разлику од факторинга подразумева јаког купца и мање, зависне добављаче у потреби финансирања платформе која ће одговорити на јаз ликвидности створен током одређеног дужег кредитног периода. Фактор обезбеђује финансирање потраживања на основу кредитне способности купца, а купчева је обавеза да обезбеди тачне и неопозиве информације у вези са својим обавезама и да обезбеди да сваки добављач учествује у програму. Стога није неопходно да добављачи клијента буду бонитетни, већ је потребна одлична процена бонитета клијента и његове кредитне способности, како би се уредно намирила потраживања.¹⁹

Због тога је обрнути факторинг механизам из земаља у прелазном периоду, где приватни сектор чине млада и без довољно капитала предузећа, која зависе од мултинационалних или страних купаца у поррази за локалним и јефтинијим залихама.

Код факторинга ће, у зависности од резултата добијених анализом бонитета клијента и дужника, фактор проценити да ли му се исплати да уговара факторинг са или без права регреса. Право регреса даје могућност фактору да уколико по доспећу откупљених фактура не наплати своја потраживања од главног дужника, захтева наплату од клијента.

Исто као код факторинг посла, циљ процеса је финансирање потраживања добављача од стране финансијера – фактора, тако да добављач може да одмах уновчи рачуне за оно што је продао. Ипак, за разлику од основног факторинга иницијатива није од добављача који би представили своје фактуре фактору да буде плаћене раније. Овај пут то је купац који даје иницијативу, који започиње процес, најчешће је то велика компанија.

Да би факторинг и обрнути факторинг имали учинак финансирања мора постојати временска разлика између дана када фактор даје средства клијенту и дана када дужник из основног посла плаћа фактору. Ако би било уговорено да фактор плати на дан доспелости потраживања или на дан фактичког плаћања дужника, не би било услуге финансирања.²⁰

Иако је циљ обе финансијске услуге финансирање, обрнути факторинг није врста факторинга, јер се финансира куповина уместо продаје. Оба производа клијенти користе у циљу финансирања обртних средстава, побољшања новчаног тока и одржавања текуће ликвидности, као и проширивања асортимана производа које нуде и развоја делатности.

19 Leora Klapper, „The role of factoring for financing small and medium enterprises“, *Journal of Banking & Finance*, Vol. 30, 2006, стр. 3111–3130.

20 В. Горенц, *Факторинг уговор аутономној привредној права*, стр. 114.

Користи од обрнутог факторинга за добављача су више него очигледне: са slabим или проблематичним финансијама он добија приступ кредитној линији која претвара фактуре у свеж новац без залогe и других материјалних средстава обезбеђења и приступ повлашћеним ценама договореним од стране купца, смањује његове трошкове управљања потраживањима и добија привилегију да буде осигуран од доцње купца без додатних трошкова.²¹

Обрнути факторинг је користан за мала и средња предузећа која за клијенте имају велике групације, јер ствара трајан однос у којем већа компанија помаже мању па обе имају користи.²²

Фактурисање неспорних продаја производа или услуга је једини предуслов за приступ програму, а малопродаја прехрамбених производа најбоља делатност за то. У факторинг процесу ако постоји било који проблем у вези са плаћањем фактуре, добављач односно продавац је тај који је одговоран и мора да врати новац који је примио. У обрнутом процесу, чим добављач прими новац од фактора он је заштићен, а фактор ће морати да добије свој новац од наручиоца.

Купац код обрнутог факторинга ствара позитиван имиџ према добављачима и остварује преференцијалне стопе од својих добављача, смањује своје трошкове и повећава ликвидност. Купац ће помоћи добављачима а да притом не користи своје ресурсе. По основу добављачког факторинга купац може да оствари блиске и дугорочне трговинске везе са основном групом добављача, јер је велика предност за њих да добију 100 % од вредности фактуре одмах од умањеног износа који је доступан кроз уобичајени факторинг аранжман. Са друге стране, купцу ће остати додатни новац и са њим може да плаћа друге доспеле обавезе. Уместо да плаћа бројне добављаче, плаћање фактура је централизовано са истим фактором, па су трошкови мањи.

Факторинг друштво које користи механизам обрнутог факторинга поред очигледних предности прихода од камата и накнада има и приступ новим клијентима са потенцијалом током дужег временског периода. Фактор је у трајном пословном односу и сви имају користи од њега. Као финансијер, ради директно са великим наручиоцима, па уместо да иде код сваког добављача наручиоца, он може брже и лакше достићи да сви добављачи послују са њим. На тај начин пуно малих ризика се своди на један јединствен и мање важан.

21 Leora Klapper, „The Role of “Reverse Factoring” in Supplier Financing of Small and Medium Sized Enterprises“, *Journal of Banking & Finance*, бр. 15/2003, стр. 13.

22 Ближе о развоју алтернативних извора финансирања за мала и средња предузећа вид: *Финансирање раста малих и средњих предузећа*, USAID Пројекат за боље услове пословања, Београд, 2012, стр. 53; Дејан Ерић *et al.*, *Финансирање малих и средњих предузећа у Србији*, Београд, 2012, стр124–131.

Обични факторинг није профитабилан на тржиштима у развоју у земљама са slabим кредитним информационим системима из разлога што су кредитне информације недоступне, или је пак услуга свеобухватног одређивања кредитне способности дужника скупа па фактор на себе преузима велики ризик. Алтернатива која се користи на тржиштима у развоју је факторинг са регресом, који подразумева да је продавац одговоран у случају да купац не плати свој рачун и да продавац потраживања задржава кредитни ризик. Међутим, ово не може да спречи или смањи изложеност фактора кредитном ризику купаца, јер он не мора да има капиталне резерве за отплату. Код обрнутог факторинга, зајмодавац купује рачуне само од квалитетних купаца. Фактору као зајмодавцу преостаје само да прикупи кредитне информације и израчуна кредитни ризик за купца а што је најчешће веома транспарентно међународно акредитовано привредно друштво.

III Новине Закона о факторингу

Законом о факторингу који је Народна скупштина Републике Србије усвојила 16.7.2013. године, а који је ступио на снагу 24.7.2013. године, се на целовит начин регулишу облигационоправна и статусноправна питања обављања факторинг посла.

У јединственом тексту нашле су се одредбе о појму и предмету факторинга, учесницима у факторингу, условима и начину обављања делатности, врстама факторинг посла као и правима и обавезама учесника у послу, уговору о факторингу и одредбе које регулишу ко врши надзор над обављањем факторинга. Пре доношења (*lex specialis*) посебног закона, обављање факторинг посла, начин пословања и надзор почивали су на уговорној основи, општим одредбама Закона о облигационим односима, и закона који регулишу привредна друштва, банке, девизно пословање, рачуноводство и ревизију, спречавање прања новца и финансирање тероризма, порез на додату вредност и порез на добит правних лица.

Законом о факторингу се кроз дефинисање услова у погледу неопходног основног капитала ради добијања одобрења и дефинисање привредног субјекта који може да се бави факторингом, те постављања јасних услова за обављањем факторинга омогућава виши степен правне и финансијске сигурности учесника у овим пословима.

Факторинг је дефинисан као финансијска услуга купопродаје постојећег недospelог или будућег краткорочног новчаног потраживања, насталог по основу уговора о продаји робе или пружања услуга у земљи или иностранству. Услугу пружају банке, привредна друштва

организована као акционарска друштва или друштва са ограниченом одговорношћу са седиштем у Републици Србији, страна банка и страно привредно друштво искључиво у међународном факторингу.²³

Привредно друштво заинтересовано за обављање делатности и пружање услуга факторинга у обавези је да министарству надлежном за послове финансија достави доказ о испуњености законом прописаних услова за обављање посла факторинга, на основу чега надлежни управни орган у законито спроведеном управном поступку у форми решења издаје одобрење за обављање посла факторинга, које се уписује у јавни регистар факторинга при Агенцији за привредне регистре.

Најважнији услов предвиђен законом и његов *ratio legis* је висина основног капитала која мора бити у сваком тренутку у износу који не може бити мањи од 40.000.000 динара.²⁴ Одређивањем ове висине износа минималног оснивачког капитала законодавац је желео да се што већи број учесника појави на тржишту факторинга, да се онемогуће сви они који немају тај капитал да уђу у посао а да се не угуши ионако неликвидно тржиште. Иако подзаконски акт треба да буде донет у циљу појашњења услова и процедуре добијања одобрења, исти не може да промени слику о томе да су постављени услови благи и да су у циљу промоције посла. Даљи развој факторинга може утицати на то да буде предвиђен већи износ за међународни факторинг, јер на међународном нивоу цензус за извозни факторинг износи 2 милиона евра.

Према обавези преузимања ризика наплате потраживања факторинг може бити са регресом или без регреса. Факторинг без регреса подразумева да је фактор преузео ризик наплате потраживања на себе у случају неспособности дужника да измири дуг. Факторинг са регресом подразумева од тренутка доспелости потраживања, солидарну обавезу дужника и уступиоца и право фактора да захтева намирење од дужника, уступиоца или од обојице у исто време.²⁵ Након оствареног регреса фактор је дужан да потраживање врати уступиоцу који постаје поверилац.

Предмет факторинга може бити постојеће недоследно или будуће, краткорочно новчано потраживање које доспева на наплату у року до годину дана од дана продаје робе, а које је настало по основу уговора о продаји робе или пружања услуга. Изричито је предвиђено да је дозвољено куповати потраживања привредних друштава према јавном сектору, што ће бити могуће почев од 1.5.2014. године када ова одред-

23 Закон о факторингу (*Службени гласник РС*, бр. 62/13, даље у фуснотама: ЗОФ), чл. 2.

24 ЗОФ, чл. 15 и 16.

25 ЗОФ, чл. 2.

ба ступа на снагу, и што ће утицати на ефикаснију наплату новчаних потраживања према јавном сектору.²⁶

Предмет факторинга не може бити потраживање настало по основу продаје робе или пружања услуга за личне, породичне или потребе домаћинства. На овај начин закон следи решење Конвенције *UNIDROIT* о међународном факторингу која прописује да потраживање мора проистацати из пословног односа уступиоца и његовог дужника те да не сме имати грађанскоправну природу.²⁷

Предмет факторинга може бити будуће потраживање само ако је одредиво и ако уговор о факторингу садржи податак о томе ко ће бити дужник таквог потраживања, а до преноса потраживања долази моментом његовог настанка. Предвиђањем да уговор о факторингу може производити правна дејства и без сагласности дужника на пренос потраживања уз неопходну предају фактору уговора или фактура и обавештења дужнику, у потпуности су преузета решења из Закона о облигационим односима.²⁸ Предвиђањем да потраживање мора да буде недоспело, тако да је неопходно да постоји краћа или дужа временска дистанца од момента када фактор исплати одређени износ новца клијенту до момента доспелости потраживања, али не дуже од годину дана значи да факторинг у нашем праву мора имати функцију финансирања, што није било потребно одређивати законом, јер се у пракси ретко откупљују доспела потраживања која са собом носе висок ризик ненаплате.

Једно од правила којима се уређују правна дејства споразума о уступању потраживања и то дејства која се манифестују на плану односа између уступиоца и фактора, намеће обавезу да се преда фактору обвезница или који други доказ о уступљеном потраживању, као и докази о споредним правима која су уступљена заједно са њим. Сам уговор о факторингу тако нема транслаторно дејство, јер представља правни основ који треба да буде пропраћен предајом рачуна фактору да би дошло до преноса потраживања.

У посебној Глави V Закона уведен је и појмовно дефинисан обрнути факторинг. Законодавац прописује да је обрнути факторинг посебна врста факторинга код које се закључује писани или уговор у

26 ЗОФ, чл. 15 и чл. 16.

27 Southeast Europe Enterprise Development, Feasibility Study: Establishing of a Factoring Company in Serbia, Сарајево, 2005, доступно на адреси: http://www.wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2006/09/27/000160016_20060927120741/Rendered/INDEX/375110ENGLISH01ing1company01PUBLIC1.txt, 18.2.2014, стр. 60.

28 Закон о облигационим односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, 22/99, 23/99, 44/99 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља; даље у фуснотама: ЗОО), чл. 438.

електронској форми између фактора и дужника из уговора о продаји робе или пружања услуга у земљи и иностранству, на основу кога фактор, преузимањем фактура од дужника, преузима његову обавезу плаћања према повериоцима, а има право наплате од дужника у року из уговора о продаји робе или пружања услуга у земљи и иностранству.²⁹

Изричито се предвиђа да је дужник у обавези да обезбеди сагласност повериоца, а да се на остала питања у вези са обрнутим факторингом сходно примењују одредбе закона којима је уређен факторинг. Корисници средстава буџета Републике Србије, буџета аутономне покрајине или буџета јединица локалне самоуправе, као и корисници средстава организација за обавезно социјално осигурање не могу бити учесници у обрнутом факторингу.³⁰ Дакле, јасно је да дуговања јавног сектора не могу бити предмет преузимања од стране фактора. Са становишта прописа Републике Србије и пословних обичаја, факторинг се не сматра кредитом нити зајмом, за које је правни третман строжи.

Обрнути факторинг није ни нова функција факторинга, ни врста факторинг посла. Правна природа ове услуге коју може да пружи факторинг друштво лежи у преузимању дуга које се врши уговором између купца као дужника и фактора као преузимаоца, на који је пристао поверилац односно добављач.³¹ Уговорни однос у којем се догађа промена дужника остаје у свему неизмењен, осим што на место клијента ступа фактор. Да би споразум о преузимању дуга изазвао прелаз дуга са дужника на фактора, потребно је да поверилац односно добављач на то пристане. Поверљивост пристанак на овај споразум има конститутивни значај. С обзиром на то да у нашем праву важи принцип релативног дејства уговора сам споразум трећег лица и дужника не доводи до промене дужника, нити изазива каква дејства према повериоцу. То је једино средство помоћу којег се онемогућава евентуално изигравање поверљивих интереса.³² У тренутку када поверилац да свој пристанак на споразум о преузимању дуга који су закључили дужник и фактор остварује се основно правно дејство уговора.

Правна природа обрнутог факторинга почива на институту преузимања дуга, док факторинг почива на цесији потраживања.³³ Нетачно је и у теорији напуштено њихово поистовећивање и употребљавање

29 ЗОФ, чл. 18.

30 ЗОФ, чл. 18.

31 Упор. ЗОО, чл. 446.

32 Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић, *Коментар Закона о облигационим односима*, Књига прва, Горњи Милановац и Крагујевац, 1980, стр. 1000.

33 Иванка Спасић, „Значај цесије код уговора о факторингу“, *Слџрани йравни живоић*, бр. 3/2009, стр. 136.

термина „цесија дуга“ за преузимање дуговања. Услови који су довели до потребе развоја цесије потраживања уговором су исти они који су довели до потребе да се омогући преузимање дуга, али правна прецизност приликом писања законских одредаба захтева јасну дистинкцију ових појмова. Због тога обрнути факторинг не може бити посебна врста факторинга, јер је факторинг етимолошки и садржајно повезан за пренос потраживања и везу између преузимаоца потраживања и повериоца из основног уговора. Како се ради о другој установи која са цесијом има сличности, али и бројне разлике законодавац се морао држати правих назива института посебно водећи рачуна о томе да уводи посао који пракса не познаје.

Утолико је законом предвиђена сходна примена одредаба о факторинг послу на овај посао, једино била могућа како би оставила простора за шире тумачење, али и она подразумева да на поједине односе који се уређују треба применити исти пропис употребом аналогије па ће примена бити отежана, нарочито када се ради о продаји ино-дуговања и одређивања тренутка у којем једно лице постаје нови дужник.

Предмет обрнутог факторинга је купопродаја краткорочног новчаног дуговања насталог по основу уговора о продаји робе или пружања услуга у земљи или иностранству, са којом поверилац у земљи или иностранству, због заштите његовог интереса и због тога што би његов положај могао бити погоршан, треба да се сагласи. Уколико сагласност изостане према одредабама закона није предвиђено да ли ће преузимање дуга деловати као преузимање испуњења. У овој ситуацији примењиваће се уговорна воља страна као и опште одредбе Закона о облигационим односима.

Све док поверилац не да свој пристанак на овај споразум као и у случају да га уопште не да, споразум дужника и трећег лица изазива дејства уговора о преузимању испуњења.³⁴

Ако се поверилац није сагласио са преносом дуговања на фактора, односно ако није страна у уговору о обрнутом факторингу, уступилац се не може ослободити обавезе према њему, све док фактор не плати пренето дуговање. Када фактор плати повериоцу пренето дуговање, уступилац се ослобађа обавезе сразмерно извршеном плаћању у случају преноса дуговања без сагласности повериоца. Фактор који је у складу са уговором платио повериоцу на име дуга пун износ обавезе уступилоца постаје нови поверилац уступилоца за износ плаћеног дуга.

Дужникова обавеза остаје иста каква је била пре преузимања, те фактор дугује оно што је пре преузимања повериоцу дуговао дужник

34 ЗОО, чл. 446 ст. 5.

и поверилац једино од њега може да тражи испуњење. Преузимањем дуга обавеза дужника престаје и он нема више никакве обавезе према повериоцу.³⁵ Он не гарантује повериоцу да ће му фактор испунити обавезу и ризик ненаплативости преузетог дуга сноси поверилац. Искључење дужникове одговорности за случај да поверилац не успе да наплати своје потраживање од фактора логична је последица чињенице да је поверилац пристао да на дужничково место ступи преузималац.

Закон је предвидео да се датумом продаје потраживања сматра датум кад је уступилац предао фактору документацију из основног посла. На основу изложеног ако је ово једна од одредаба које се сходно примењују поставља се питање у ком тренутку долази до продаје дуга да ли је довољна сагласност повериоца или неопходна кумулативно и предаја документације, односно да ли је то моменат плаћања када сагласност изостане.

У интересу правне сигурности свих учесника у овом послу као и државних органа који ће вршити надзор над обављањем посла је да буде потпуно јасно да ли, у ком моменту и у ком обиму одређено потраживање односно дуговање припада старом или новом повериоцу, односно дужнику, што овај закон није учинио на јасан начин и отклонио проблеме који су постојали у пракси када је у питању факторинг посао односно потребу за тумачењем која ће се појавити код обављања обрнутог факторинга.

Према одредбама закона значајна и неопходна новина је да споразум о забрани преноса потраживања (*pactum de non cedendo, anti assignment clause*) између продавца и дужника није од утицаја на пуноважност уговора о факторингу, на који начин се закон определио да пружи подршку развоју факторинг посла. На овај начин фактор је сигуран да ће пуноважно стећи новчано потраживање без обзира на евентуалне забране преноса, због којих би једино клијент могао бити позван на одговорност због кршења уговорних обавеза према дужнику.³⁶

IV Закључак

Креативни механизам попут факторинг посла се током финансијске кризе, како на развијеним тако и на тржиштима у развоју, у ланцу трансакција показао као сигуран извор вредности.

35 ЗОО, чл. 448.

36 У већини националних закона унето је правило да забрана преноса потраживања не делује на факторинг посао јер би у супротном био немогућ и ризичан: САД, Канада, Италија, Летонија, Румунија, Грчка, Француска, Аустрија.

Иако у пракси није доказана колерација између доношења закона³⁷ и пораста обављања факторинг послова доношење Закона о факторингу промовисано је у циљу повећања ликвидности, веће правне сигурности, веће конкурентности и боље кредитне способности учесника у послу. У правцу размишљања да је доношење закона било преурањено јер домаће тржиште није спремно за овај посао, ипак се мора имати у виду да је идеја предлагача закона да се на тржишту пружања ове врсте финансијских услуга појави већи број оних који могу повећати ликвидност других који се налазе у проблемима, да се повећа број учесника који ће пружањем финансијских услуга снижавати камате као и накнаде за услугу. Како се конкуренција на овом тржишту буде повећавала, већи број учесника који одговара оснивачком улогу од 40 милиона динара, узроковаће повећавање атрактивности услуга и смањивање камата.

Ступање на снагу закона који регулише факторинг посао ће убудуће прекинути вишегодишњу дискусију о целисходности законског регулисања овог посла и ставиће у фокус посматрања одређена законска решења и њихову ефикасност. Иако не представља врсту факторинг посла, обрнути факторинг регулисан је овим законским актом услед истоветних економских ефеката које има у реализацији потраживања и измиривању дугова привредног субјекта. Како почива на промени дужника у облигацији за разлику од факторинга који почива на промени повериоца, разликују се међу собом не по основу из кога потичу него према потребним условима да би се промена остварила као и према дејствима које изазивају.

У условима тржишта земаља у развоју обрнути факторинг представља специфичан облик финансирања малих и средњих предузећа која се сусрећу са проблемима ликвидности. Представља механизам финансирања ланца снабдевања у којем фактор финансира купца из основног правног посла промета робе и услуга, до годину дана. За пружену услугу купац плаћа провизију за обрнути факторинг и камату на финансирани износ фактуре, што представља цену новца за авансно добијени износ од фактора.

Обрнутим факторингом отвара се могућност да банке и фактори уђу у посао са дужницима, па се тако појављује решење да велики системи почну да плаћају малим и средњим предузећима. Поставља се међутим питање, због чега би велики систем захтевао пружање услуге обрнутог факторинга и плаћао накнаду и камату, када до сада није плаћао, за то није сносио последице и кредитирао се са нула каматом. У

37 Само у неколико земаља Европске уније постоји директна контрола факторинга или кроз законе о факторингу или кроз закон који регулише пословање банака (Аустрија, Италија, Француска, Грчка, Шпанија, Португалија).

тој ситуацији, мала и средња предузећа која не могу да буду конкуренти великима имају могућност да користе факторинг и анализирају своја потраживања када оцене да им то одговара.

Тржиште обрнутог факторинга је релативно мало, према подацима *Factor Chain International* организације оно чини око 3% тржишта факторинга.³⁸ Успех обрнутог факторинга у појединим земљама налази се у добро решеним изазовима регулаторне, правне и пореске природе које могу да ометају факторинг институцију од уласка у посао као и долазак страног капитала који са собом носи знање и специјализацију фактора.

У стручној литератури обрнути факторинг ужива велику пажњу од стране практичара, али је интересовање академских публикација прилично ретко. И поред тога што обрнути факторинг прати пуно правних недоумица и економских неизвесности, у времену у којем традиционални видови финансирања трговине губе популарност јер се пооштравају услови за њихово коришћење и постају скупи, обрнути факторинг има свој простор за деловање.

Мaja B. MATIĆ

Senior Adviser at Anticorruption Agency, Republic of Serbia

REVERSE FACTORING – NOVELTY TO DOMESTIC LEGISLATION

Summary

The system of financing net assets and short-term crediting of economic entities is a living matter, in which the inventive practise goes ahead of the laws, due to dynamic economy developement. The motive for this paper are the solutions which were brought into domestic legislation by the recently adopted Factoring Act (Official Gazette of the Republic of Serbia, No. 62/2013), long awaited by international economic entities. Alongside status and obligation issues concerning factoring, which existed in the business practise of economic entities who were dealing with factoring, it regulated a financial service which did not exist in practice – reverse factoring. In the new Act, reverse factoring is defined as a new type of factoring, through which the buyer's obligations to

38 Factor Chain International Annual Review 2013, *Factoring – exploring new horizons*, Amsterdam, 2013, доступно на адреси: http://www.fci.nl/images/fci_annul_review_2013.pdf, 18.2.2014, стр. 21.

their suppliers are financed. In this paper, starting from the term, characteristics, legal nature, similarities and differences between factoring and reverse factoring, the question of legal accuracy of the new Factoring Act is being analysed, in other words, is it being legally inaccurate by determining reverse factoring as a type of factoring? At the end, we come to a conclusion that reverse factoring is a financial service which can be provided by banks and factoring entities, to finance the buyers obligations to their suppliers, but it cannot be adjusted to any type of factoring, because the object of buying and selling is a short-term financial obligation.

Key words: *reverse factoring, supplier finance, factor chain supply, short-term financing, transfer of debts.*

**Биљана РЕМОВИЋ ДИМИЋ, мастер
саветник у Едукативно-информативном центру
Завода за интелектуалну својину Републике Србије**

СУДСКА НАДЛЕЖНОСТ У ГРАЂАНСКОПРАВНОЈ ЗАШТИТИ ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ

Резиме

У раду је приказана новина иј. концентрација надлежности судова у грађанскоправним споровима о правима интелектуалне својине у Републици Србији. Спорове из ове области у првом степену сада суде само два суда, Виши и Привредни суд у Београду. Циљ рада јесте да се истражу разлози и значај ове промене. Значај се огледа у могућности лакше и брже уједначавања судске праксе, даље специјализације и континуиране едукације судија које суде ове спорове. Концентрацијом судова створени су услови за унапређење квалитета и ефикасности судске заштите права ИС који постоје у земљама ЕУ. То је у раду истражено приказима решења из уредног права. Ефикасним спровођењем права ИС, а нарочито од стране судова, обезбеђује се мирно уживање права ИС, функционисање отвореног и слободног тржишта, као и заштите потрошача.

Кључне речи: *права интелектуалне својине, заштита права ИС од повреде, спровођење права ИС, грађанскоправна заштита, судска надлежност.*

I Уводне напомене

Права интелектуалне својине (у даљем тексту: ИС): патент, индустријски дизајн, жиг, ознаке географског порекла, ауторско и сродна права, топографија полупроводничких производа и право оплемењивача биљне сорте остварују своју економску, социјалну и друштвену функцију само уколико се ефикасно примењују. Под тим се подразумева да титулар права, било појединац или колективитет, може неометано да ужива сва овлашћења која из права проистичу. Без овлашћења титулара (носиоца конкретног права) нико не сме економски да искоришћава предмет заштите конкретног права (проналазак који је заштићен патентом, робни или услужни знак заштићен жигом, ауторско дело, итд.).¹ У супротном, чини повреду права ИС. Не улазећи у специфичност сваког од права, а пре свега у изузећа² од неовлашћеног искоришћавања предмета права (нпр. законска лиценца, принудна лиценца и сл.), једно од основних начела ових права јесте начело искључивости – носилац права „искључује“ остала лица од коришћења његовог права на тржишту. Правна сигурност у том смислу се може обезбедити применом правних механизма који омогућавају да се ово начело у стварности, односно на тржишту, поштује. Другим речима, мере, поступци и правни лекови морају да буду ефикасни, одговарајући и упозоравајући, и да се примењују тако да се избегне стварање препрека легитимној трговини и обезбеди заштита од злоупотребе.³ С тим у вези, активна улога носилаца права, с једне стране, и државних органа надлежних за заштиту права, с друге стране, од изузетне су важности.

Будући да је суд једини орган који у грађанскоправним споровима може да утврди да је до повреде права дошло и да изрекне грађанскоправне санкције, у раду ћемо се посветити новоуспостављеној

1 „*In the course of trade*“ је синтагма коју користе у својим пресудама по тужби за повреду права ИС судови Данске и *Custom regulation*; термин „*an infringement committed on a commercial scale*“ се користи у Инфорсмент директиви члан 6(2), а италијански стручњаци закључују да израз „*on a commercial scale*“ значи „*in the course of trade*“. Наш, како важећи, тако и предлог Закона о посебним овлашћењима ради ефикасне заштите права интелектуалне својине (Сл. гласник РС, бр. 46/2006 и 104/2009 – др. закони), не односи се на робу која није намењена обављању делатности, односно стављању у промет, ни на личне ствари, односно на предмете који су намењени искључиво за личну употребу, осим када се ради о више истоветних примерака исте робе, односно предмета.

2 Професор Марковић и професор Поповић користе термин „одступање“ који се односи на случај повреде неискључивих овлашћења из субјективног права интелектуалне својине, вид. Слободан Марковић, Душан Поповић, *Право интелектуалне својине*, Београд, 2013, стр. 260.

3 Директива о спровођењу или примени права ИС (енгл. *Directive 2004/48/EC of the European Parliament and the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights*).

искључивој месној надлежности судова. Сматрамо да је ово веома важно не само због праћења тренда у земљама ЕУ, већ и због привредника и носилаца права ИС. Стварањем услова за ефикасно и квалитетно суђење, у највећој мери се доприноси заштити права ИС и спречава злоупотреба права. Злоупотреба права ИС, свуда у свету проузрокује озбиљне негативне последице. Зато је у раду дат и осврт на значај сарадње свих органа и организација који се баве спречавањем и заштитом права ИС.

II Појам повреде права интелектуалне својине

Имајући у виду хетерогеност права ИС и општих правних аката којима су она регулисана, веома је тешко наћи прецизну дефиницију повреде права ИС. У Србији, појединачни закони из ове области (Закон о патентима, Закон о жиговима итд.) прецизно дефинишу радње које представљају повреду сваког од ових права.

У страном и домаћој литератури, као и на интернет страницама најзначајнијих међународних организација користе се термини кривотворење и пиратерија.⁴ TRIPS⁵ дефинише да роба са кривотвореним жигом подразумева сву робу, укључујући амбалажу, која без овлашћења носи жиг идентичан жигу ваљано регистровано за такву робу, или жигу који се по својим битним својствима не може разликовати од таквог жига и који, сходно томе, на основу закона земље увоза вређа права власника жига. Пиратска роба је, према овом споразуму, „роба произведена на основу незаконито присвојених ауторских дела“, која подразумева било коју копирану робу направљену без сагласности титулара права или лица које је он овластио у земљи производње, која је урађена директно или индиректно са предмета, при чему израда те копије представља, на основу закона земље увоза, повреду ауторског или сродног права. Међутим, никако не треба изоставити повреду патента и осталих права ИС.⁶

III Органи надлежни за заштиту права интелектуалне својине

Заштита права ИС од повреде подразумева примену делотворних и сразмерних административних, грађанских мера и казни од стра-

4 Ово су термини који се користе и у тексту документа Стратегија развоја интелектуалне својине од 2011. до 2015. год, коју је донела Влада РС, на основу члана 45 став 1 Закона о Влади (*Службени гласник РС*, бр. 55/05, 71/05 – исправка, 101/07, 65/08 и 16/11).

5 Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине, чл. 51.

6 С. Марковић, Д. Поповић, *нав. дело*, стр. 260–265.

не надлежних органа, против оних који су укључени у кривотворење и пиратерију, у циљу стварања једнаких услова пословања за носиоце права.⁷ *TRIPS* споразум, у Одељку 2, уређује грађанске и управне поступке и правна средства који се односе на спровођење права ИС. Овај споразум обавезује и Србију на основу *CEFTA* споразума.⁸ Усклађивање нивоа спровођења права ИС са оним који постоји у ЕУ је обавеза за Србију, према Споразуму о стабилизацији и придруживању.⁹

Органи који су у Републици Србији надлежни за заштиту права ИС од повреде, могу се поделити на: управне (административне органе) и судско – тужилачке. У овом контексту, под управним органима се не мисли на Завод за интелектуалну својину, који је надлежан за признавање права ИС.¹⁰ Мисли се на Управу царина, Тржишну инспекцију, као и на друге инспекције, Републичку радиодифузну агенцију и Полицију.

Иако предмет овог рада није надлежност управних органа, од анализе ризика ових органа и њиховог поступања у вези са повредом права ИС зависи одређивање привремене мере пред судом. Управа царина и тржишна инспекција могу привремено да одузму робу за коју се сумња да повређује право ИС и да обавесте носиоца права или овлашћеног заступника. Након тога, они у одређеном року треба да покрену поступак пред судом. С тим у вези, записници и акти ових органа у којима се дају подаци и фотографије о задржаној роби, релевантни су за доношење одлуке о привременој мери и одлуке о тужбеном захтеву. Од ефикасности рада поменутих органа, као и носилаца права, зависи доказивање у грађанском поступку, самим тим и ефикасност грађанскоправне заштите.

Управни органи за спровођење права ИС, и у земљама ЕУ, представљају прву зону одбране права ИС.¹¹ С тим у вези, новину представља

7 У питању је термин *Intellectual property enforcement*. Неки аутори користе термин заштита права (у смислу заштите од повреде), а неки, пак, спровођење права. У преводу *TRIPS* споразума, који је дат на сајту Завода, користи се термин спровођење.

8 Закон о потврђивању споразума о измени и приступању споразуму о слободној трговини у централној Европи – *CEFTA* 2006.

9 Споразум о стабилизацији и придруживању, чл. 75 ст. 3: „Србија ће предузети неопходне мере, како би најкасније 5 година од ступања на снагу Споразума о стабилизацији, обезбедила ниво заштите интелектуалне, индустријске и комерцијалне својине који је сличан нивоу који постоји у Заједници, укључујући и делотворна средства за спровођење тих права.“

10 Не мисли се ни на Административну комисију Владе која представља другостепени орган у управном поступку за признавање права ИС, ни на Управни суд пред којим се испитује законитост одлука.

11 У Немачкој, носиоци права подносе захтев за предузимање мера за заштиту права интелектуалне својине на граници посебном телу, тзв. *Zentralstelle Gewerblicher Re-*

нова Уредба којом је поједностављена процедура уништавања кривотворене робе од стране царине, без судског налога.¹² Такође, уведена је и могућност прекида царинског поступка због једног или два комада кривотворене робе – тј. уништавање добара у тзв. малим пошиљкама (енгл. *small consignments*).¹³ Ова Уредба ЕУ може бити веома значајна за наше извозно оријентисане привреднике, али и као показатељ тренда поштравања одговорности повредилаца права ИС.

IV Новине у судској надлежности

У Републици Србији, једини орган који у меритуму може да одлучи да ли је до повреде права ИС дошло је суд. Управни органи (пре свега инспекције) представају веома важне органе који могу ефикасно и брзо да спрече и зауставе даљи промет кривотворене и пиратизоване робе, али утврђење повреде права, ипак изриче суд.¹⁴ Иако судска заштита може бити и кривичноправна, како је предмет овог рада грађанскоправна заштита, биће приказане новине које се односе на грађанскоправну заштиту.¹⁵

Најновијим Законом о уређењу судова¹⁶ и Законом о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштава,¹⁷ када је реч о правима ИС, унете су две најважније измене које се тичу грађанскоправне заштите:

- 1) Виши суд у Београду поред осталог, суди у грађанскоправним споровима – у споровима о ауторским и сродним правима и

chtsschutz (енгл. *Central office for intellectual property rights*, даље у тексту: ZGR) у оквиру Министарства финансија. У В. Британији, тржишна инспекција обично има највећу улогу у испитивању и процесуирању случајева кривотворења и пиратерије (осим у Северној Ирској где је надлежни орган полиција Северне Ирске). Одељења Тржишне инспекције су део локалне управе у В. Британији – тзв. орган *Trading Standards*.

- 12 Од 1. јануара 2014. године ступила је на снагу у Европској унији нова ЕУ Уредба 608/2013 којом је замењена претходна Уредба 1383/2003.
- 13 У вези са грађанскоправном одговорношћу за куповину једног кривотвореног сата марке *Rolex* је и мишљење Суда правде ЕЗ у случају *Rolex SA VS Martin Blomqvist C 98/13*.
- 14 Поред утврђења повреде, пресудом се може изрећи и одузимање, искључење из промета, уништење или преиначење, без накнаде, предмета којима је извршена повреда права.
- 15 Поред тога, повредилац може да одговара за привредни преступ, односно прекршај.
- 16 Закон о уређењу судова (*Сл. гласник РС*, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 – др. закон, 78/2011 – др. закон, 101/2011 и 101/2013).
- 17 Закон о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштава (*Сл. гласник РС*, бр. 101/2013).

заштити и употреби проналазака, индустријског дизајна, модела, узорака, жигова, ознака географског порекла, топографије интегрисаних кола, односно топографије полупроводничких производа и оплемењивача биљних сорти.¹⁸

- 2) Привредни суд у Београду у првом степену суди у споровима о ауторским и сродним правима и заштити и употреби проналазака, индустријског дизајна, модела, узорака, жигова, ознака географског порекла, топографије интегрисаних кола, односно топографије полупроводничких производа и оплемењивача биљних сорти који настану између домаћих и страних привредних друштава, предузећа, задруга и предузетника и њихових асоцијација (привредни субјекти), у споровима који настану између привредних субјеката и других правних лица у обављању делатности привредних субјеката, као и када је у наведеним споровима једна од странака физичко лице, ако је са странком у односу материјалног супарничарства.¹⁹

Поред наведеног, новина је и то што је Законом о уређењу судова обухваћена, по први пут, и грађанскоправна заштита топографије интегрисаних кола, односно топографије полупроводничких производа и оплемењивача биљних сорти, чиме је постигнута усаглашеност са Законом о заштити топографија интегрисаних кола²⁰ и Законом о заштити права оплемењивача биљних сорти.²¹

Апелациони суд у Београду и Привредни апелациони суд одлучују о жалбама на одлуке Вишег и Привредног суда у Београду. Врховни касациони суд одлучује о ванредним правним средствима изјављеним на одлуке ових судова.

Раније важећим Законом о судовима, односно о уређењу судова²² била је предвиђена надлежност окружних (виших) и трговинских (привредних) судова. Међутим, Законом о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштава²³ није била успостављена искључива месна надлеж-

18 Закон о уређењу судова, чл. 23 ст. 1 тач. 7; Закон о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштава, чл. 4 ст. 3.

19 Закон о уређењу судова, чл. 25 ст. 1 тач. 1–2; Закон о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштава, чл. 5 ст. 2.

20 Закон о заштити топографија полупроводничких производа (Сл. *иласник РС*, бр. 55/2013), чл. 32.

21 Закон о заштити права оплемењивача биљних сорти (Сл. *иласник РС*, бр. 41/2009 и бр. 88/11), чл. 40.

22 Закон о судовима (Сл. *иласник РС*, бр. 46/91, 60/91, 18/92, 71/92); Закон о уређењу судова (Сл. *иласник РС*, бр. 63/2001, 42/2002, 27/2003, 29/2004, 101/2005 и 46/2006).

23 Закон о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштава (Сл. *иласник РС*, бр. 63/2001, 42/2002 и 116/2008).

ност Вишег и Привредног суда у Београду у грађанскоправним предметима о повреди права ИС. Ови спорови су се решавали пред укупно 26 виших и 16 привредних судова, што значи да су о повреди права ИС могле да суде судије из укупно 42 суда. Мање од 5% свих спорова се односило на повреду права ИС. Од тога, судови у Београду и Новом Саду су имали највећи број предмета.²⁴ Имајући у виду наведено, концентрација надлежности на два суда, налази своје оправдање са аспекта економичности, ефикасности и целисходности. Права ИС су веома софистицирана и од њиховог спровођења зависи целокупно пословање носиоца права и сигурност тржишта.²⁵ Због тога, грађанскоправне спорове из ове материје би требало да суди мањи број обучених и искусних судија. Значај искуства је посебно важан због тога што су старије генерације правника изучавале ИС само у оквиру предмета Грађанско и стварно право. Када је реч о правосудном испиту, градиво из области ИС није предвиђено, нити као посебна област, нити је у оквиру Грађанског права, а питања из те области се не постављају кандидатима. Услед недостатка искуства и посебних знања из ове области, повећава се значај улоге вештака, па суд трпи критику да је пресудио вештак. Када се у потпуности обезбеди потребан квантум знања судије у овој области, то ће имати за последицу адекватан избор личности вештака и адекватну оцену налаза и мишљења вештака, што доводи до квалитетне пресуде. Тада ће опаска да вештак пресуђује уместо судије бити само злонамеран жалбени навод и ништа више од тога.²⁶

Новим законским решењем, према мишљењу аутора, лакше и једноставније се могу организовати специјализовани семинари из ИС за судије. То доприноси размени искуства и праксе, чиме долази до бржег уједначавања судске праксе. Стварају се услови за правилније и ефикасније суђење. Затим, омогућена је даља специјализација судских већа. С тим у вези, у Извештају Европске комисије о напретку Србије за 2013. годину, назначано је да треба обезбедити специјализацију тужилаца, судија и судских већа који решавају предмете у области права ИС.²⁷

Описаној концентрацији судова у РС, према мишљењу аутора, свакако је допринео „ИПА Регионални програм интелектуалне својине у земљама западног Балкана и Турске“, односно бивши председник Привредног суда Данске (енгл. *The Maritime and Commercial Court*), који је као

24 Доступно на адреси: http://www.zis.gov.rs/upload/documents/pdf_sr/pdf/Sporovi%20iz%20prava%20IS%20i%20sudovi%20u%20Republici%20Srbiji.pdf, март 2014.

25 Тужба за повреду жига се често може схватити као механизам за заштиту имиџа (пословног угледа) носиоца, те је често реч о високој вредности спора.

26 Јелена Боровац, судија ВКС, *Зборник радова Златиборски дани њрава*, Нови сад, март 2009.

27 Доступно на адреси: http://www.seio.gov.rs/upload/documents/eu_dokumenta/godisnji_izvestaji_ek_o_napretku/izvestaj_ek_2013.pdf, март 2014.

експерт из ИС био ангажован на овом пројекту. Он је извршио темељну анализу судског система у Србији, са посебним освртом на управљање споровима из права ИС. Резултат те анализе и препоруке које је у вези са специјализацијом и концентрацијом изнео, представљени су Извештају који је објављен на сајту Завода за интелектуалну својину.²⁸

Једна од препорука која је у Извештају дата, а коју наш правни систем није био спреман да прихвати, јесте да не треба одређивати надлежност судова у овим споровима, у зависности од тога да ли су стране у спору физичка или правна лица. Специјализација треба да се установи независно од правног статуса странака, чиме би се најпре избегли гранични случајеви. Према његовом мишљењу, проблеми у споровима из жигова или патената су исти, независно од тога да ли је у питању физичко или правно лице.

V Упоредно право

Специјализација и концентрација судова (или одређеног броја судија тј. већа, у оквиру истог суда) је присутна и у упоредном праву. У Данској је надлежност *The Maritime and Commercial Court*, сукцесивно проширивана и данас је овај суд надлежан за спорове који се тичу патената, данског Закона о жиговима, Закона о индустријском дизајну, Закона о спречавању нелојалне конкуренције, затим *Marketing Practices Act* и случајева који се односе на међународне трговинске односе и друге привредне спорове, независно од пребивалишта и седишта странака.²⁹ Међутим, странке се могу договорити о другом суду. То су основни судови у првом степену, којих има око двадесет. И поред ове могућности, тужиоци ретко подносе тужбе основном суду. Дакле, скоро увек бирају *The Maritime and Commercial Court*, чије судије имају искуство у овој области.

У надлежном данском суду (*The Maritime and Commercial Court*), судско веће које суди спорове о повреди права ИС састављено је из једног судије и двоје судија поротника (помоћници судије). У изузетним случајевима, веће је састављено од једног судије и 4 судија поротника. Овде није реч о судијама поротницима у смислу нашег правног система, већ је реч о веома искусним и истакнутим пословним људима, често са много година службе за собом у судовима. Примера ради, у спору по основу повреде индустријског дизајна, то ће бити истакнути привред-

28 Доступно на адреси: http://www.zis.gov.rs/upload/documents/pdf_sr/pdf/Sporovi%20iz%20prava%20IS%20i%20sudovi%20u%20Republici%20Srbiji.pdf, март 2014.

29 *The Danish Courts, an Organization in Development*, Stockholm Institute for Scandinavian Law 1957–2010.

ник у области дизајнирања производа, који може стручно да укаже, на пример, на разлике између два производа. Када је реч о повреди патента, у питању је двоје стручњака из области технике.³⁰

Важећи Закон о парничном поступку Републике Србије³¹ не предвиђа веће за спорове из интелектуалне својине. То је предвиђао раније важећи Законом о парничном поступку.³²

У Немачкој је за грађанске спорове по основу повреде жига концентрисана јурисдикција, на само један, или веома ретко, на ограничен број судова у свакој федералној јединици – „Länder“.³³ У питању су специјализована већа састављена од троје судија или када су у питању привредни судови (*Commercial chambers*), већа су састављена од једног судије и троје судија поротника.³⁴ Општа правила за одређивање месне надлежности (алтернативно: пребивалиште, седиште туженог и где је повреда учињена) омогућавају тужиоцу да у појединим случајевима врши избор једног од обласних судова (*district court*).³⁵ Три одвојена степена суде ове спорове: *District Court*, другостепени Апелациони суд, и у највишој инстанци, Федерални врховни суд. Имајући у виду наведено, односно надлежност немачких судова, тужилац ипак има одређену могућност да одлучи ком суду ће поднети тужбу за повреду права. Уколико су испуњени услови за то, тужилац ће се најпре определити за један од следећих судова, познатих по највећем броју случајева из ове области, самим тим у којима суде судије са највећим искуством: Дизелдорф, Хамбург, Манхајн/Карлсруе, Минхен.

30 Видети више на: www.iam-magazine.com, март 2014.

31 Закон о парничном поступку (*Сл. гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013).

32 Закон о парничном поступку (*Сл. гласник РС*, бр. 125/2004). Овим Законом је било предвиђено да веће суди у првом степену, без обзира на вредност, спорове из ауторског права, спорове који се односе на заштиту или употребу проналазака и техничких унапређења, узорака, модела, жигова или географских ознака порекла, права на употребу фирме или назива.

33 Ово је немачки појам за енглеску реч *district*, видети више на: http://en.wikipedia.org/wiki/Districts_of_Germany.

34 Ascan Deutsch, „Preliminary injunction proceedings in German intellectual property disputes“, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 8, No. 2/2013; видети више на: http://www.bardehle.com/fileadmin/contentdocuments/broschures/Trademark_Protection.pdf.

35 Примера ради било који од ових судова може бити надлежан за спор по основу повреде жига, ако се роба означена жигом наручује са интернет сајта од стране немачког купца и ако пословање није само од локалног значаја, тј. ако неки привредник врши продају путем Интернета, уз могућност наручивања *on line*, из било ког места унутар Немачке. Немачки судови су надлежни и када постоји „минимални контакт“ (веза) са Немачком, нпр. када је на страним интернет сајтовима текст на немачком језику, немачка застава, могућност наручивања из Немачке, вид. А. Deutsch, *нав. чланак*.

Аргумент у прилог уведене концентрације судова у РС је то да у Данској и Немачкој, поред могућности избора између двадесет, односно 12 судова, тужиоци покрећу поступак пред судом чије судије имају највише искуства.

У Чешкој постоји суд у првом степену који је искључиво надлежан за спорове из ове области. У Словенији је то *District Court of Ljubljana*. Грчка има специјализована већа за спорове из ИС у оквиру постојећих судова који суде у грађанскоправним споровима. Ова већа чине специјализоване судије са искуством у овој области. У Аустрији, за грађанскоправне спорове у вези са повредом жига, патента, топографија интегрисаних кола и комунитарног дизајна надлежан је Привредни суд у Бечу.³⁶ Привредни суд Финске у Хелсинкију, од септембра 2013. године, специјализован је за спорове о повреди права ИС у првом степену и одлучује у другом степену о жалбама изјављеним на све одлуке управних органа из ИС: одлуке *National Board of Patents and Registration (NBPR)*, одлуке о регистрацији и поништају права ИС и одлуке *Finnish Communications Regulatory Authority (Ficora)* у вези са називима Интернет домена.³⁷

VI Значај заштите права интелектуалне својине од повреде

Значај спровођења права се може сагледати кроз негативне последице које настају услед повреде права ИС. Ове последице трпе аутори, дизајнери, проналазачи, носиоци права, као и држава и друштво у целини. Носиоцима права и ауторима измиче добит и накнада од свог стваралаштва. Не остварују искључиво право на тржишту, тј. добит од улагања извршеног у истраживање и развој у свој нпр. патентирани производ или заштићени индустријски дизајн. Добит остварују они који неовлашћено експлоатишу њихова интелектуална добра. Све то демотивише даљу иновативност и креативност. Отежавају се услови за слободну привредну утакмицу, улагање и међународну трговину. Ономогућава се повећање јавних прихода (од заштите права и преноса права), удруживање и поверење привредних субјеката који имају ИС и привлачење страних директних инвестиција. Трансфер технологије, као подстрекач развоја привреде, који има за циљ повезивање привредних ентитета и научне заједнице, губи сваки смисао. На крају долази

36 Rohazar Wati Zuallcoble, „Study on Specialized Intellectual Property Courts“, *International Intellectual Property Institute (IPI) and the United States Patent and Trademark Office (USPTO)*.

37 Видети више на: <http://www.worldtrademarkreview.com/issues/article.ashx?g=d8f01b7e-1cb3-4b56-8de7-e93e7a5a0ef2>, март 2014.

до дестабилизације унутрашњег тржишта. У узрочној вези са овим је и затварање радних места, односно повећање стопе незапослености једне земље.³⁸

Поред привредног аспекта значаја заштите права ИС, постоје и аспекти који се односе на заштиту здравља и безбедност потрошача. Реч је последицима од повреде права ИС које нарушавају здравље и безбедности потрошача (посебно када је реч о фармацеутским производима, прехранбеним производима, техничким уређајима и сл.).³⁹

Ефикасним спровођењем права ИС, омогућава се функционисање отвореног и слободног тржишта, мирно уживање својине и других имовинских права стечених на основу закона, као и заштита потрошача.⁴⁰ Грађанскоправна заштита доприноси, не само заштити приватних права носиоца жига, патента итд., већ и сузбијању последица које трпи држава и друштво.⁴¹ Наиме, суд усвајањем тужбеног захтева може изрећи одузимање или уништење, без било какве накнаде, производа који су настали или стечени повредом права; одузимање или уништење, без било какве накнаде, материјала и предмета (прибор, алат) који су претежно употребљени у стварању производа којима се повређује право; као и давање података о трећим лицима која су учествовала у повреди права. Наведено може бити веома значајно за све оне који пословно сарађују са повредиоцима права ИС.

Иако су права ИС територијална, пиратерија и кривотворење представљају глобално присутан проблем.⁴² Достиже мегаломанске размере, имајући у виду Интернет и електронску трговину. Мањи ризик од откривања учиниоца, блаже прописане санкције за учиниоца, мањи трошкови производње – висок профит, у поређењу са нпр. кривичним делом, неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога

38 Према подацима са сајта Међународне привредне коморе, према истраживању и подацима из 2008. године, процењено је да је 2,5 милиона радних места затворено због кривотворења и пиратерије.

39 Познат је случај кривотвореног млека за бебе који је проузроковао смрт на десетине деце и акутну неухрањеност око 200 деце у Кини. У овој земљи је конзумирање кривотворених лекова проуроковало смрт 192.000 људи у 2001. години.

40 Устав РС (*Службени гласник РС*, бр. 98/2006), чл. 82 и 90.

41 Накнада штете, али и утврђење постојања повреде права; забрана радњи којима се повређује право; објављивање пресуде о трошку туженог.

42 Према годишњем извештају Европске комисије о царинским активностима, у вези са спровођењем права ИС, царинске службе ЕУ су у 2012. години заплениле готово 40 милиона производа због сумње на повреду права и то највише: цигарете (31%), затим разноврсну робу (нпр. боце, светиљке, лепила, батерије, прашкови за прање (12%)) и материјали за амбалажу (10%). Више података доступно на: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-761_hr.htm, март 2014.

су разлози који мотивишу повредиоце.⁴³ Повреда се у последње време посматра и са аспекта организованог криминала.⁴⁴ Због тога је, поред националне сарадње свих надлежних органа, неопходна и међународна сарадња.

Многе међународне организације и институције, као и сви Заводи за интелектуалну својину, спроводе активности у вези са спречавањем пиратерије и кривотворења. Генерална скупштина Светске организације за интелектуалну својину (*WIPO*) је 2002. године установила Саветодавни комитет о примени⁴⁵ права интелектуалне својине (*ACE*)⁴⁶ са циљем да се стара о техничкој помоћи и координацији у области примене права ИС (без залажења у креирање правних норми). У оквиру 45 Препорука *WIPO* Развојне егенде у делу „F“, 45. препорука је да се приступи спровођењу права ИС у контексту ширих друштвених интереса са акцентом на развој. Заштита и спровођење интелектуалне својине би требало да допринесе промоцији технолошких иновација и трансферу и дисеминацији технологија на обострану корист произвођача и корисника, у складу са чланом 7 TRIPS-а.

Европска комисија је 2010. године основала ЕУ Обсерваторију за кривотворење и пиратство, чији је циљ, поред осталог, да прати сузбијање и санкционисање повреда права ИС на бази уједначених и веродостојних података.⁴⁷ У документу ове организације – *Europe 2020 – A strategy for smart, sustainable and inclusive growth*, у делу који се односи на индустрију у ери глобализације, поред осталог назначено је да ће на националном нивоу државе чланице морати да побољшају услове за спровођење права интелектуалне својине.

INTERPOL и *EUROPOL* су надлежни за криминалитет у области сајбер криминала, трговине кривотвореном и пиратском робом. *UNECE*

43 *BBC* је објавио податак да криминалци могу да зараде 10 евра на сваки евро који су уложили у производњу пиратских ДВД носача. Један пиратски ДВД који се направи у Малезији за 70 центи, продаје се на лондонској улици за око 9 долара. Више података доступно на адреси: http://www.zis.gov.rs/upload/documents/pdf_sr/pdf/Uticaj%20kriminala%20u%20domenu%20IS.PDF, март 2014.

44 Криминал у области интелектуалне својине постаје приоритетан метод за финансирање терористичких организација. Више о томе у извештају „The links between intellectual property crime and terrorist financing“ – *Text of public testimony of Ronald K Noble, Secretary General of Interpol, Before the United States House Committee on International Relations One hundred eighth congress on July 16th 2003.*

45 Неки аутори користе термин заштита права (у смислу заштите од повреде), а неки пак спровођење права. У преводу TRIPS споразума, који је дат на сајту Завода користи се термин спровођење.

46 Назив овог тела је Advisory Committee on Enforcement.

47 Она је у потпуности поверена ОНМ-у 5. јуна 2012. године. Више о Орсерваторији на адреси: <https://oami.europa.eu/ohimportal/en/web/observatory/about-us>, март 2014.

Committee on Economic Cooperation and Integration у циљу унапређења иновативности и комерцијализације права ИС такође се бави и спрачавањем повреде. Међународна привредна комора у свом саставу има и Комисију за интелектуалну својину која је иницирала и наставља активно да подржава *Business Action to Stop Counterfeiting and Piracy (BASCAP)*, тј. веома важну иницијативу ове организације, уједињујући различите секторе широм света у борби против кривотворења и пиратерије. Светска здравствена организација је у фебруару 2006. године организовала радну групу за борбу против фалсификовања медицинских препарата (*IMPACT*).

Заводи за интелектуалну својину широм света имају важну улогу у смислу генерисања информација о повреди и спровођењу права ИС, координисања активности надлежних тела (тзв. Координационо тело), као и пружањем едукативних и информационих услуга.

Завод за интелектуалну својину Републике Србије је у последње три године систематски организовао бројне семинаре намењене представницима органа за спровођење права: тржишне инспекције, Управе царина, МУП-а, судова и тужилаштва, туристичке инспекције и здравствене инспекције. Организовао и коорганизовао је бројне конференције, међу којима су: Регионална конференција на тему спровођења и комерцијализације права интелектуалне својине (14. априла 2011. године); Међурегионални симпозијум о спровођењу права интелектуалне својине (6–7. септембра 2011. године); Међународни скуп о криминалу у домену интелектуалне својине, тзв. Интерпол семинар (12. јуна 2012. године); Регионални семинар о принудном спровођењу права интелектуалне својине (11–12. септембра 2013. године). Презентације са семинара у вези са спровођењем права ИС, као и друге публикације из ове области доступне су на сајту Завода.⁴⁸

48 Вид.: www.zis.gov.rs.

Biljana REMOVIĆ DIMIĆ, M.A.

Advisor at Educational-Informational Centre at Intellectual Property Office, Republic of Serbia

CIVIL COURT COMPETENCE IN PROTECTING IP RIGHTS

Summary

This essay presents the newly introduced IP cases concentration into the only two courts in the Republic of Serbia. Only the Commercial court and the Higher court in Belgrade adjudicate IP civil cases. The purpose of the essay is to emphasize reasons and importance of this change in court system. The importance is reflected in possibility for faster and simpler harmonization of the legal practice, further judge specialization and education. Court concentration creates conditions for improving quality and efficiency of IP enforcement which exists in EU countries. It is supported by comparative law. IP infringement efficiency, especially by courts, provides the peaceful IPR enjoyment, functioning of an open and free market, as well as consumer protection.

Key words: *intellectual property rights, IP enforcement, IP civil cases, court jurisdiction.*

Марко ШЋЕПАНОВИЋ
Дирекција за правне и опште послове Јавног предузећа
„Електропривреда Србије“

ПОЗИТИВНИ И НЕГАТИВНИ ЕФЕКТИ ИЗЛАСКА ЈП ЕПС НА БЕРЗУ

Резиме

Јавно предузеће „Електропривреда Србије“ има законом усђановљену обавезу да ѓромени ѓравну форму у акционарско друшћиво и да своје акције ѓодели зајосленима, бившим зајосленима и ѓрађанима који исцјуњавају одређене услове. На ѓај начин сћичу се услови да се акције ѓої, ѓада већ акционарскої друшћива, нађу на берзи. Имајући у виду акцћуелностћ корћоратћивизације ЈП ЕПС, ѓостћавља се ѓишћање шћа неко друшћиво добија, а шћа їуби изласком на берзу, односно који су ѓо ѓозићивни, а који неїаћивни ефекћи лисћирања акција на берзи. У раду се размаћрају разлози и указује се на недвосмислену ѓоћребу да ЕПС изађе на берзу, не само ради сојсћивеної, већ и ради ѓокрећања ѓривреде Рећублике Србије у целини. Неїаћивни ефекћи изласка, којих свакако има, вишесћруко су маћи од ѓозићивних ефекаћа. У ѓом смислу, ѓоћребно је шћо ѓре сћворитћи амбијентћ да се омоћући да ѓрћовина акцијама будућеї ЕПС а.д. ѓочне шћо ѓре.

Кључне речи: ЈП ЕПС, Електропривреда Србије, акције, берза, коћација.

I Уводна разматрања

1. Транзиција и привреда у Републици Србији

Процес општег друштвеног и економског преображаја који је крајем осамдесетих година прошлог века започео у некадашњим социјалистичким земљама, познат под називом транзиција, подразумева читав низ промена које су посебно видљиве у организацији и функционисању економских система ових земаља. У питању је заокрет од централистичког система ка тржишној економији. Овакав заокрет почива на основним принципима тржишног механизма и успостављању свих тржишних сегмената: робе, капитала, новца и рада. У нашим условима, развој робног тржишта, који је прекинут после Другог светског рата, поново је покренут у годинама када је спровођена реформа економског система некадашње Југославије (крајем шездесетих година). Међутим, пре свега због идеолошких разлога, до реформе осталих сегмената тржишта није дошло. Услед тога, тржиште није могло ефикасно да функционише, нити су у пуној мери долазиле до изражаја његове основне функције: селективна, алокативна и дистрибутивна. Тако се стварао економски систем чија је основна одредница била нерационалност. Упоредо са јачањем свести о неопходности рационалног и ефикасног економског система, јављала се и потреба да се поново афирмишу финансијска тржишта која обезбеђују несметано кретање новца и капитала у складу са принципима понуде и тражње и слободно одређивање цене (камате) за употребу ових ресурса. Обнављање берзе чији је рад прекинут у годинама после Другог светског рата, био је један од најважнијих корака у потпуној трансформацији финансијског сектора. Упоредо са тим, као битан предуслов оживљавања тржишта капитала, поново је покренуто акционарство, као последица започете приватизације државне и друштвене својине.¹

2. Јавна предузећа

Најзвучнији манифест регулисаног тржишта у нашој земљи у периоду од 1945. до 1991. године, али и после тога, иако је макар начелно и у нашој земљи владала слободна тржишна утакмица осим у неким делатностима где су цене по природи ствари морале да буду регулисане, јесу јавна предузећа. Јавна предузећа имају задатак да обезбеде производе и услуге којима се обезбеђује задовољавање потреба најширег слоја становништва. Постоје тешкоће у покушају да се прецизно дефинише појам јавних предузећа због чињенице да она на различите на-

1 В. Дугалић, М. Штимац, *Основе берзанској йословања*, Београд, 2005, стр. 13.

чине функционишу у различитим облицима и гранама, као и у различитим земљама, односно правним системима. Ове разлике међу јавним предузећима се испољавају у делатностима које обављају, положају и обавезама које имају, законодавној регулативи, економској ефикасности и томе сл.

Имајући у виду ове разлике, јавно предузеће се може дефинисати као предузеће чије се оснивање и функционисање може довести у везу са јавним (општим) интересом и у коме различити нивои јавне власти (држава, јединица територијалне аутономије или јединица локалне самоуправе) у потпуности или делимично обављају улогу предузетника.

Јавна предузећа имају за предмет свог пословања производе и услуге који се сматрају есенцијалним за подмиривање индивидуалних и друштвених потреба. Такве делатности којима се баве јавна предузећа, у правној теорији али и у највећем броју националних законодавстава Европе (укључујући и наше), називају се делатностима од општег интереса, услугама од општег интереса, јавног интереса, услугама од општег економског интереса и томе сл.

Карактеристика јавних предузећа огледа се у томе да, по правилу, располажу великим обимом основних средстава и да је за њихово оснивање и пословање потребно обезбедити знатне иницијалне инвестиције. Ова предузећа имају обавезу остваривања општег интереса, а услови и начин на који се штити остваривања општег (јавног) интереса је контролисан посебним механизмима од стране државе и посебних регулаторних тела. Јавна предузећа најчешће имају тржишни или природни монопол над обављањем одређених делатности. Такође, за њих се може рећи да могу бити јако инертна, споро се доносе одлуке и врше прилагођавања тренутној ситуацији на тржишту, па је и пословање јавних предузећа често неефикасно. Одлуке јавног предузећа о инвестицијама, ценама и зарадама запослених имају значајан утицај на функционисање националне економије, јер је државна регулатива у том погледу ретко када добро дефинисана и недовољно се добро спроводи.²

3. Однос државе према јавним предузећима

Увидевши све добре и лоше стране постојања јавних предузећа у привредном систему Републике Србије (односно тадашњих савезних држава Савезне Републике Југославије и Државне заједнице Србија и Црна Гора), деведесете године прошлог и прве деценије овог века обе-

2 Аца Марковић, *Холстички концепт менаџмента јавног предузећа*, Београд, 2000, стр. 82–84.

лежава тренд приватизације. Држава се постепено повлачи из привредне функције, будући да у својству привредника, с обзиром на њене бројне друге функције, не може да буде конкурентна са приватним предузетником.³ Ово се не односи само на комерцијални сектор привреде, већ све више и на сектор обављања делатности од општег интереса, односно јавни сектор. Држава све више за себе резервише право да прописује правила тржишне игре за учеснике на тржишту и да обезбеди строгу контролу њихове примене. За државу је много важније да има добре пореске обвезнике него да има привредне субјекте у својини (нарочито оне субјекте који послују са губицима). У мери у којој остаје у привредној функцији, држава је све више принуђена да због буџетских дефицита и неефикасности јавног сектора, напушта позицију искључивог власника у делатностима јавног сектора, како на националном нивоу, тако и на нивоу територијалних јединица. Ако из одређених разлога држава мора да остане једини сопственик неких предузећа која обављају делатност јавног сектора (нпр. из разлога неатрактивности програма приватизације, опредељење за политику налажења стратешких инвеститора, национални интерес итд.), онда је она у обавези да обезбеди њихову равноправност на тржишту и транспарентност финансијског пословања.⁴

Ипак, упркос напред наведеним аргументима, не може се *a priori* извући закључак како је држава неспособна да буде добар привредник. Оно што код нас представља проблем јесте чињеница да се врло често на одговорна места у јавним предузећима не постављају професионалци, већ лица која су политички подобна, раширена је корупција, неефикасност се не санкционише на примерени начин, а упркос свему већина

3 Осим приватизације друштвеног капитала ради преласка на тржишни облик привређивања, кроз историју су познати примери приватизације као мере државне политике у епохама кад објективно није постојала свест о значају економског раста и идеји друштвеног развоја (античка Спарта, период око 400. године п.н.е.), приватизацијом у Немачкој у периоду 1933-1937. године примарна идеја је била промоција приватне својине и интереса приватног предузетничког сектора који је подржавао нацистички режим (иначе, тај период у Европи је био обележен масовним национализацијама), у Латинској Америци је прва обимнија приватизација отпочела у Чилеу након убиства демократски изабраног комунистичког политичара Салвадора Аљендеа и увођења војне диктатуре 1973. године, док је почетком осамдесетих година XX века, са успоном десничарских политичких партија и њиховим доласком на власт у готово свим западноевропским земљама, започео савремени процес приватизације државног капитала у Европи, која је била најобимнија у Великој Британији. Више о историјским облицима приватизације: Марија Обрадовић, „Историјски облици приватизације у Европи“, 2012, доступно на адреси: <http://www.nspm.rs/ekonomska-politika/istorijski-oblici-privatizacije-u-evropi.html>.

4 Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, Београд, 2010, стр. 499.

јавних предузећа и даље ради услед приличних дотација од стране државе. Без професионализације управе нема ни озбиљне реформе!

II Промена правне форме Јавног предузећа „Електропривреда Србије“

1. Полазне основе за промену правне форме у акционарско друштво

Законом о праву на бесплатне акције и новчану накнаду коју грађани остварују у поступку приватизације⁵ (у даљем тексту: Закон о праву на бесплатне акције) одређено је да Јавно предузеће „Електропривреда Србије“⁶ треба да промени правну форму и искаже свој основни капитал у акцијама одређене номиналне вредности на основу кориговане књиговодствене вредности капитала.⁷ Након промене правне форме у акционарско друштво, што би било урађено по одредбама Закона о привредним друштвима,⁸ као основног закона који регулише ову материју, али и уз уважавање осталих релевантних прописа, као и након поделе акција грађанима, запосленима и бившим запосленима, стекли би се услови да ЈП ЕПС своје акције листира на Београдској берзи, као јединој ефектној берзи у Републици Србији. Поставља се питање оправданости да се акције ЈП ЕПС нађу на берзи, треба размотрити постоји ли потреба за трговањем акцијама ЈП ЕПС путем берзе – речју, треба установити које су то лоше, а које добре стране листирања акција на берзи.

Наиме, ЈП ЕПС је још у току 2007. године започело са активностима за сагледавање услова за корпоративизацију ЈП ЕПС. Као први документ који је израђен са тим циљем, Управни одбор ЈП ЕПС је усвојио на 17. седници од 30. октобра 2007. године материјал „Предлог концепта корпоративизације ЕПС“, који је одмах након усвајања достављен тадашњем Министарству рударства и енергетике. С обзиром да је коначна одлука о корпоративизацији у делокругу Владе Републике Србије, као оснивача ЈП ЕПС, још током јуна и августа 2009. године (а и касније)

5 Закон о праву на бесплатне акције и новчану накнаду коју грађани остварују у поступку приватизације, *Службени гласник РС*, бр. 123/07 и 30/10.

6 У даљем тексту: ЈП ЕПС; у раду ће бити коришћен тренутни назив ЈП ЕПС, без обзира што ће након промене правне форме ЈП ЕПС постати ЕПС а.д.

7 По Закону о изменама и допунама Закона о праву на бесплатне акције и новчану накнаду коју грађани остварују у поступку приватизације (*Службени гласник РС*, бр. 30/10), рок за спровођење наведене активности је био 31. децембар 2010. године.

8 Закон о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 36/11 и 99/11).

је ЈП ЕПС Влади и ресорном министарству достављало образложене предлоге да се овим активностима да приоритетан значај.

2. ЈП ЕПС као затворено или отворено акционарско друштво?

ЈП ЕПС је у циљу подстицања потребног инвестиционог развоја и обезбеђивања потребних средстава још 2007. године иницирало промену правне форме у акционарско друштво, при чему се, полазећи од анализе тадашњих правних и економских услова у којима послује ЈП ЕПС, тренутне ситуације на тржишту и циља који се жели постићи променом правне форме, дошло се до закључка да би најпре требало променити правну форму у затворено акционарско друштво.⁹ Сасвим је извесно да је прихватљивија поступност ових корака у случају једног система попут ЈП ЕПС, те се чини да се препоручљивим чини избор правне форме затвореног акционарског друштва у првој фази. Између осталих разлога, оправдање би се могло наћи и у флексибилности корпоративне структуре, стриктности норми финансијског тржишта и обавеза транспарентности пословања, које би било згодно избећи макар за прво време.

Касније, када се за то стекну услови, затворено акционарско друштво би због изласка на организовано финансијско тржиште и делимичне приватизације постало отворено акционарско друштво. То је везано најпре за промену цене електричне енергије. Тек у тим условима могуће је открити фер вредност акција ЈП ЕПС.

Ипак, након што је Законом о привредним друштвима из 2011. године затворено акционарско друштво престало да постоји као могући облик правне форме привредног друштва, питање промене правне форме ЈП ЕПС у затворено или отворено акционарско друштво се уопште више не поставља.

3. Предности и мане „отварања“ акционарског друштва

Друштву које је у некој затвореној форми организације, на располагању стоје два потенцијална извора додатног капитала и то су: имовина власника друштва и реинвестирана добит. Ако се друштво доминантно финансира задуживањем, појављује се скуп проблема чији је

9 Законом о привредним друштвима из 2004. године (*Службени гласник РС*, бр. 125/04) било је предвиђено постојање затвореног акционарског друштва, као друштва које не може јавном понудом или на било који други начин издавати акције на тржишту хартија од вредности, није под посебним надзором Комисије за хартије од вредности, нема обавезу обавештавања јавности, може имати највише 100 акционара итд.

узрочник презадуженост. У условима брзог раста затвореног друштва оптимизација финансијске структуре (односа дуга и сопственог капитала) није могућа јер су ограничени извори увећања сопственог капитала.

Отворена форма акционарског друштва има низ предности, али и ризика са којима се сусреће у свом пословању. У општем случају, одлука о отварању неког друштва доноси се под притиском оскудице капитала. Наиме, сви економски субјекти се у једном тренутку своје еволуције суочавају са проблемом недостатка капитала. Могућа решења овог проблема су генерисање сопствене акумулације (самофинансирање) или коришћење средстава других економских субјеката (екстерни извори). У првом случају, друштво се финансира улагањем нераспоређене добити или из средстава амортизације. У другом случају, друштво ће се наћи на тржишту капитала, емитоваће дужничке или власничке вредноснице и пласирати их инвеститорима. Економски смисао емисије вредносница исцрпљује се путем четири радње издаваоца (у овом случају: ЈП ЕПС), а то су позајмљивање капитала, његово улагање, обртање и враћање зајмодавцима. Емисија вредносница је радња позајмљивања капитала, с тим што се он не позајмљује од нпр. једне банке, већ од масе улагача на тржишту вредносница, а касније се позајмљени капитал враћа и приход се дели путем исплате дивиденди издаваочевим акционарима или као исплата главнице и камате имаоцима његових обвезница.¹⁰

Отварањем друштва се фактички отварају и нови приступи екстерним изворима капитала. Тиме је друштву омогућен раст, али уз задржавање оптималне финансијске структуре. Такође, таквом друштву се повећава и потенцијал позајмљивања средстава (због транспарентности пословања повећава се поверење банкарског сектора према таквом друштву што свакако олакшава задуживање на отвореном финансијском тржишту; успешније може емитовати финансијске инструменте на домаћем и иностраном тржишту капитала). Власници отвореног друштва могу да присвајају позитивне ефекте раста друштва јер раст друштва за собом повлачи и раст вредности акција, те ће на тај начин акционари бити награђени за преузимање ризика отварања.

III Котирање акција ЈП ЕПС на берзи

1. Позитивни ефекти изласка на берзу

Изласком на берзу, долази до преноса финансијских средстава од оних који имају та средства (економисти би рекли – припадник суфици-

¹⁰ Јовановић Небојша, *Берзанско право*, Београд, 2009, стр. 456.

тарног сектора, односно лице које има на располагању вишак средстава) на оне који та средства немају (припадник дефицитарног сектора – најчешће су то привредни субјекти и сама држава), на тај начин долази до мноштва финансијских трансакција, које све скупа чине финансијско тржиште. Без развијеног финансијског тржишта, не могу се пренети финансијска средства од оних који имају штедњу, а немају пословних могућности, ка онима који имају пословну могућност и добру пословну идеју, а немају средства којима би те идеје реализовали. Тиме долази до „заглављивања“ новца. У примеру ЈП ЕПС, то значи да би без изласка на берзу била смањена могућност финансирања развојних пројеката путем емисије акција, односно путем привлачења свежег капитала.¹¹ Није ли то онај пренос финансијских средстава са суфицитарног на дефицитарни сектор о коме смо малочас причали?

Притом, постоји неко уопштено веровање неуких инвеститора да уколико неко друштво не исплаћује дивиденде својим акционарима, то друштво не послује добро и треба избегавати његове акције. Али то није нужно правило! Наиме, може се врло лако десити да друштво заиста не исплаћује дивиденде, али да је то последица тога што друштво своју добит не дели акционарима, већ је реинвестира и тиме оснажује своје пословање.

Осим могућности прикупљања капитала емисијом акција, а самим тим и већом могућношћу развоја компаније, још једна од предности листирања акција на берзи јесте њен имиџ. Компанија која своје вредноснице котира на берзи свакако оставља утисак озбиљне и сређене компаније, позиционирајући себе у очима потенцијалних инвеститора као компаније која је спремна да пружи максималне резултате уз правовремено информисање о свим битним догађајима који могу утицати на тржишно кретање цене. Берзанским прописима установљен је механизам којим се проверава подобност неке акције да буде на листингу берзе. У Републици Србији је тржиште капитала организовано тако да је најквалитетније тржиште регулисано тржиште, које организује берза, које је сачињено од сегмента који је листинг и сегмента који није листинг. Даље, сегмент регулисаног тржишта који јесте листинг, има два сегмента и то: *Prime Listing* и *Standard Listing*. С обзиром на строгост услова који су постављени за пријем на *Prime Listing*, можемо констатовати да се инвеститори могу осећати заштићено приликом куповине ових акција. Иако је наше тржиште капитала плитко и неразвијено, постојање акција на листингу гарантује поштовање обавеза које друштво има самим тим што су акције листиране на њему, али то не значи нужно и да је то улагање од стране инвеститора које ће му донети зараду

11 Д. Б. Шошкић, Б. Р. Живковић, *Финансијска тржишта и институције*, Београд, 2006, стр. 3-9.

(нарочито не брзу), било кроз дивиденду, било кроз каснију препродају неких акција.

Укратко ће бити изложено који су услови да се нека акција нађе на берзанском тржишту. Можемо услове који се постављају поделити у две групе. Прву групу услова чине услови који се односе на издаваоца предметних вредносница, а у другу групу спадају услови који се односе на саме вредноснице и они су, што се Београдске берзе тиче, прописани Правилником о листингу Београдске берзе а.д. Београд.¹² Услови које издавалац вредносница треба да испуни уобичајено се свODE на три услова:

- издавалац треба да законито постоји (подразумева се да је основан и да послује у складу са прописима, а доказује се изводом из Регистра привредних субјеката),¹³
- издавалац треба да послује најмање одређени број година (три године),¹⁴ и
- капитализација друштва треба да је на одређеном нивоу (за пријем на *Prime Listing* Београдске берзе минимални износ капитала издаваоца треба да је 20 милиона евра).¹⁵

Законом о тржишту капитала¹⁶ је прописана и обавеза да издавалац мора да има објављене или усвојене годишње финансијске извештаје за три пословне године које претходе подношењу захтева за укључење на листинг регулисаног тржишта, а Правилник о листингу је овај услов за пријем на *Prime Listing* додатно разрадио.¹⁷ Дакле, не постоји могућност пријема акција оног издаваоца који је у последњој години пре подношења захтева за пријем у котацију исказао губитак. На крају, потребно је и да друштво има интернет страну на српском и енглеском језику.

Поменули смо и другу групу услова, а то су услови који се односе на саму акцију чији се пријем захтева:

- акције треба да су издате у складу са прописима (Правилник о листингу налаже да вредносница која је предмет захтева за листинг мора имати сва формална обележја и испуњавати све остале услове који су прописани законским и подзаконским ак-

12 Правилник о листингу Београдске берзе а.д. Београд, 04/2 бр. 3163–1/12, у примени од 7. маја 2012. године (у даљем тексту: Правилник о листингу).

13 Члан 18 Правилника о листингу.

14 Члан 6 Правилника о листингу.

15 Члан 9 Правилника о листингу.

16 Закон о тржишту капитала (*Службени гласник РС*, бр. 31/11), чл. 121.

17 Члан 6 Правилника о листингу.

тима Комисије за хартије од вредности, којима се уређују поступак издавања и трговина вредносницама на регулисаном тржишту);¹⁸

- морају бити слободно преносиве (вредноснице, према одредбама Закона о тржишту капитала, јесу слободно преносиве);¹⁹
- морају да су у довољној мери распршене међу ситним улагачима, како би се омогућио довољно велики обим промета – Правилник о листингу је за пријем на *Prime Listing* утврдио као алтернативни услов:
 - да се најмање 25% емитованих акција налази у слободном промету (*free float*), притом у тих 25% не рачунајући:
 - акције лица која појединачно поседују више од 5% укупно издатих акција издаваоца,
 - не рачунајући акције у власништву инвестиционих и пензионих фондова, друге акције на кастоди рачунима, акције друштава за управљање фондовима, осигуравајућих друштава, инвестиционих друштава и других инвестиционих компанија са краткорочним инвестиционим стратегијама,
 - акције које поседују међународне и стране организације и институције за развој,
 - акције које поседује Република Србија, укључујући и акције које поседују органи, организације и установе основане посебним законима од стране Републике Србије (агенције, фондови и томе сл.), или
 - да се у слободном промету налазе акције минималног износа капитала 10 милиона евра које су у власништву најмање 500 акционара);²⁰
- улагачи морају бити ваљано обавештени о акцијама тако да могу да донесу одлуку о трговини (овај услов испуњава се проспектом – у питању је исправа која мора да садржи све информације које, с обзиром на посебне карактеристике издаваоца и вредноснице које се укључују у берзанску трговину, омогућују инвеститорима да изврше објективну процену имовине и обавеза, финансијског стања, пословних добитака и губитака, потенцијалних пословних резултата издаваоца и гаранта уколико постоји, као и права из тих вредносница. Информације

18 Члан 3 Правилника о листингу.

19 Члан 6 Закона о тржишту капитала.

20 Члан 10 Правилника о листингу.

- у проспекту морају бити тачне, потпуне, проспект мора бити прегледан и разумљив, а информације у њему морају бити приказане на начин који омогућује њихову једноставну анализу);
- захтев за пријем у котацију се мора односити на све акције које је издавалац емитовао.²¹

Ипак, кроз историју постоје и примери где су органи берзе спровели детаљну проверу акција и издаваоца тих акција, па се на крају испоставило да су у питању непостојећи правни субјекти, а у тим случајевима наносена је штета купцима њихових акција. Као пример се у литератури наводи случај када су на Бечкој берзи биле котиране акције неких руских компанија из области нафтне, гасне и рударске индустрије. Иако су органи берзе заиста спровели проверу према тадашњим прописима, на крају се испоставило да су у питању фантомске компаније и причињена је велика штета инвеститорима који су свој новац уложили у те вредноснице.²² Нажалост, сличан пример се недавно десио и на Београдској берзи, када су 22. августа 2008. године на тадашњи најквалитетнији сегмент тржишта, Листинг А, примљене акције издаваоца Металс банке из Новог Сада, да би већ 28. октобра исте године биле искључене са Листинга А и биле укључене на ванберзанско тржиште, а све због нетачног обавештавања јавности (објављени подаци нису одговарали чињеничном стању), због којих је Народна банка Србије предузела према Металс банци превентивне и корективне мере, између осталог, увела је и принудну управу у банку, што је на крају резултирало искључењем са листинга у року од само два месеца колико су акције тог издаваоца биле на њему.²³

Основни ризици отварања друштва потичу од његове изложености инвестиционој јавности. Наиме, сам процес отварања, па затим котирање акција на берзанском тржишту подразумева обавезу објављивања свих релевантних информација о пословању предметног друштва, његовим перспективама, структури капитала, структури управљања, технологијама којима располаже и томе сл.

У времену у коме живимо и послујемо, информација је нешто највредније. У том смислу, желећи да спречи настанак проблема тзв. информационе асиметрије, друштвима чије су акције на берзи законом се намеће обавеза да објављују и да чине јавно доступним информације које се тичу њиховог пословања. Тако се решава проблем информационе асиметрије на тржишту капитала, односно да једна од страна у

21 Члан 3 Правилника о листингу.

22 Н. Јовановић, *нав. дело*, стр. 94, фн. 141.

23 Решење Комисије за листинг и котацију, 04/4 број 3258/08 од 28. октобра 2008. године.

трансакцији (најчешће инвеститор) нема довољно информација о предмету трансакције или не зна довољно о другој уговорној страни, да би могла да донесе рационалну одлуку. Главне последице неравнотеже у количини расположивих информација јесу увећање неизвесности, односно ризика трансакција и повећање трансакционих трошкова. Ово изазива серију последица од којих је најочљивија погрешан избор.²⁴

А обавеза објављивања одређених информација је установљена одредбама Правилника о листингу. Наиме, друштво чије су акције котиране на *Prime Listing*, има обавезу да извештава јавност благовремено и о свим битним догађајима, наведимо објављивање кварталних извештаја, обавештавање о промени околности које могу битније утицати на пословање издаваоца и на цену његових акција, а није реч о општепознатим околностима (нпр. престанак или промена претежне делатности издаваоца, статусне промене, промена инвестиционе политике, информације о новим кредитним задужењима издаваоца, одлука о стицању сопствених акција итд.), извештаје са седница на којима се одлучује о финансијским извештајима, исплатама дивиденди, промени основног капитала и томе сл., као и друге информације према обавези из уговора о котацији или по захтеву берзе.²⁵

2. Негативни ефекти изласка на тржиште капитала

Иако делује да је објављивање великог броја информација претерано, на тржишту капитала какво је српско и где постоји маса неуких улагача, опрезност законодавца није непотребна. Проценити у коју вредносницу уложити новац није нимало лак посао. Зато све ове информације служе томе да потенцијални инвеститор донесе рационалну одлуку акцију ког друштва треба да купи. Са становишта друштва, објављивање свега што прописи налажу неповољно је јер се на тај начин осим инвеститорима, уплив у пословање и планове друштва могу да имају и конкуренти тог друштва, долази до велике отворености компаније.

Ова тзв. информациона отвореност се у свим модерним корпорацијама перципира као ризик. Јавно трговање акцијама подразумева откривање информација, а у неким случајевима се јавља и проблем неконтролисаног одлива и дистрибуције истих. Из тог разлога постоји перманентан отпор корпорација да објављују релевантне информације, не само када је то захтев тржишта, већ и када је то установљена формалноправна обавеза.

24 Више о информационој асиметрији и начинима њеног решавања: Д. Б. Шошкић, Б. Р. Живковић, *нав. дело*, стр. 326-332.

25 Члан 33 Правилника о листингу.

Од тренутка када друштво постане отворено, његово пословање је константно изложено јавности и притиску инвеститора за побољшање пословних перформанси. Због притиска инвеститора је знатно сужен маневарски простор менаџмента друштва приликом доношења било какве одлуке о инвестирању која подразумева и постојање ризика (да ли уопште постоји инвестиција без макар и минималног ризика?!).

Осим наведених, рекли бисмо „финијих“ негативних ефеката листирања акција, ту су и они који су видљиви и обичном лаику, а реч је о финансијским средствима која се троше на обавезе које изискује боравак на берзи. У случају котирања својих акција, ЈП ЕПС би морало да у једном тренутку оформи посебну организациону целину у чијем би делокругу рада била корпоративна питања, однос са органима берзе, испуњавање обавеза у вези са објављивањем информација које налажу прописи итд. Нпр. замислимо само колики је посао и колико се ресурса троши приликом прављења кварталног извештаја за један овакав систем! Осим тога, ту су још и (не баш ниски) новчани износи који се плаћају берзи за услугу пријема акција у берзанску трговину, као и за организовање те трговине (одржавање вредносница у котацији). Према Правилнику о тарифи Београдске берзе а.д. Београд,²⁶ једнократна накнада за пријем на *Prime Listing* за акције износи 0,03% на тржишну вредност емисије, али не мање од 240.000 и не више од 800.000 динара. За организовање трговања вредносница на листингу регулисаног тржишта издавалац плаћа провизију на тржишну вредност емисије, годишња накнада за *Prime Listing* за акције износи 0,02% од тржишне вредности емисије, али не мање од 240.000 и не више од 620.000 динара. Дакле, издавалац који хоће да поднесе захтев за пријем својих акција на берзанско тржиште, мора и ове трошкове свакако да узме у обзир.

Формирање цене (иако је уобичајено да се говори о *цени*, исправније је рећи *курс*²⁷ акција) акција неће зависити само од цене струје и квалитета менаџмента. Цене акција неће вероватно бити очекиване, у смислу да ће бити, судећи према резултатима процене имовине Електропривреде Србије из 2011. године, потцењене. Наиме, предметном проценом имовина ЈП ЕПС је процењена на близу 12 милијарди евра, али је врло дискутабилно да ли је то и реална вредност. Оставимо ли по страни бројне теорије о томе како се формира цена акције, које су претпоставке за њено формирање, методе које се користе код

26 Правилник о тарифи Београдске берзе а.д. Београд, 04/2 број 3165-1/12, у примени од 7. маја 2012. године (у даљем тексту: Правилник о тарифи).

27 „Цена је новчана сума коју купац плаћа продавцу за укупну количину предмета у једном берзанском послу, док је курс његова јединична цена“, Н. Јовановић, *нав. дело*, стр. 300.

квантификовања могућих фактора од којих цене зависе и томе сл.,²⁸ личким језиком би се могло рећи да било која акција вреди не онолико колика је њена номинална или рачуноводствена вредност, него онолико колико је инвеститор спреман да је плати. Цена акције ће бити већа уколико компанија има позитиван раст, посвећује пажњу друштвено одговорном пословању, ако има одговоран менаџмент, транспарентно деловање итд. Као пример компаније која се налази на Београдској берзи чија се књиговодствена и тржишна вредност не подударују можемо да узмемо „Симпо“ а.д. из Враћа – књиговодствена вредност нето имовине (капитала) на дан 31. децембар 2012. године износи мало више од 6 милијарди динара, а укупна тржишна капитализација на берзи износи тек око 159 милиона динара!²⁹

Актуелна улога ЈП ЕПС у нашој земљи (а то је изражена социјална функција) и пословање по нетржишним принципима, знатно ослабљују положај на берзи и обарају цену акција. Ипак, тако је са становишта продавца. Са становишта купца, а то су инвеститори, ово је изузетно повољно јер ће они бити у прилици да купе акције ЈП ЕПС по знатно нижој цени од оне која ће у будућности бити реална, те ће на тај начин бити у могућности да спроведу неопходне реформе унутар система и издејствују скок цене акција. Не заборавимо да ће у Републици Србији, сагласно одредбама Закона о енергетици³⁰ од 1. јануара 2015. године домаћинства слободно на тржишту бирати од кога ће куповати електричну енергију, у условима тржишне утакмице, регулисане цене и борба са конкуренцијом неће бити компатибилни. У том смислу, за очекивати је да перформансе ЈП ЕПС у целини буду побољшане, па ће то следствено довести и до скока цене акција ЈП ЕПС. Уосталом, имамо свеж пример како неко друштво може за не много дугачко време да више него удвостручи вредност својих акција: НИС се на тржишту појавио у јеку кризе али је након успешно спроведене корпоративизације и након низа правовремених пословних потеза вредност акције од септембра 2010. када је била на минимуму (424 динара) достигла у априлу 2013. свој максимум (1.020 динара).

Битан елемент поверења инвеститора у неку компанију, а самим тим и долази до повећања тражње за акцијама те компаније, јесте степен корпоративне културе. Од великог је значаја да на примерени начин буде дефинисан однос између управе и акционарског друштва, у ком управа преузима обавезу управљања друштвом путем доношења пословних од-

28 Више о формирању цене акција: В. Дугалић, М. Штимац, *нав. дело*, стр. 199–219.

29 Извор: www.belex.rs.

30 Закон о енергетици (*Службени гласник РС*, бр. 31/11, 80/11, 93/12 и 124/12), чл. 140.

лука у складу са стандардом доброг привредника у најбољем интересу друштва, поступајући притом по одлукама скупштине друштва и уз њен надзор и надзор независних тела и лица, а где се друштво обавезује да управи за то исплати одговарајућу накнаду. У суштини, ради се о томе на којим основама ће бити постављено решавање тзв. три агенцијска проблема у акционарским друштвима који су везани за корпоративно управљање: однос између акционара и управе; однос већинског и мањинских акционара; узајамни однос друштва, акционара и трећих лица (локална заједница, држава и томе сл).³¹ Сасвим је разумљиво да ће више вредети акције оног друштва које у потпуности испуњава своје обавезе према акционарима, које послује транспарентно и које има одговоран и стручан менаџмент. Признајмо, јесте тешко очекивати да нека компанија уведе принципе корпоративног управљања сама од себе, ту свакако мора да постоји неки коректив од стране власника, а то ће дакле бити могуће само изменом тренутне власничке структуре.

IV Закључак

Размотрена је тренутна и будућа позиција ЈП ЕПС. Променом правне форме формалноправно би било могуће да ЈП ЕПС изађе на берзу и да на тај начин омогући да се акцијама тог друштва тргује. Кроз овај рад приказане су како предности изласка на берзу, тако и негативни ефекти који се могу јавити. Дефинитивно стоји то да у земљама са развијеним финансијским тржиштима компаније теже ка томе да котирају своје акције на берзи јер је несумњиво да то само може да иде у корист компанијама са озбиљним намерама на тржишту. Великим друштвима у области енергетике свакако иде у прилог да изађу на тржиште – осим поменутог НИС код нас, можемо за пример да узмемо и чешки „CEZ Group“ чије се акције котирају на Прашкој и Варшавској берзи а који је од 2005. године забележио велику интернационалну експанзију (куповина три оператора дистрибутивног система у Бугарској, куповина највећег оператора дистрибутивног система у Румунији, куповина две термоелектране у Пољској и једне у Бугарској, стратешко партнерство са МОЛ-ом из Мађарске, учешће у изградњи највећег ветропарка у Европи на територији Румуније итд). Наравно, дешава се да сами услови листирања нису подједнако добри на свакој берзи понаособ, али ЈП ЕПС неће имати тај проблем да изабере, зато што је у Републици Србији једина ефектна берза Београдска берза. Нпр. у Сједињеним Америчким Државама је доношењем Сарбејнс-Окслијевог закона (*The Sarbanes-*

31 О начинима превазилажења агенцијских проблема: М. Васиљевић, *Корпоративно управљање – њравни аспекти*, Београд, 2007, стр. 19–23.

Oxley Act, 2002. година) дошло до знатног смањења листирања вредности иностраних издаваоца на берзама, јер су његовим ступањем на снагу повећани трошкови, а смањене користи које би страни издавалац имао ако би се нашао на листинзима берзи на тлу САД. Интересантно је да је истовремено дошло и до повећања захтева за пријем на листинг Лондонске берзе страних издаваоца, што значи да су страни издаваоци одлучили да листирају своје вредноснице на берзи у земљи која има јако сличну институционалну структуру али са мањим трошковима.³²

У случају ЈП ЕПС, можемо закључити да би излазак на берзу био веома оправдан. Најпре, на такав начин би се у ситуацији хроничне беспарице створила могућност финансирања стратешких пројеката, а да извор прибављања средстава није нпр. задуживање код пословних банака по тржишним условима, већ емисија акција. Инвеститорима ће ЈП ЕПС бити занимљив и привлачан. Узмемо ли у обзир област енергетике, која је и у свету све битнија, реално се могу очекивати позитивне стопе раста ЈП ЕПС, а самим тим ће и цена акција бити виша. ЈП ЕПС ће тако стати раме уз раме са водећим електроенергетским кућама у Европи и региону. Тренутно, вредност акција ЈП ЕПС би врло вероватно била испод реалне вредности (да не кажемо „очекиване вредности“ с обзиром на положај и величину компаније), за шта првенствено можемо окривити ниску цену електричне енергије, проблеме са наплатом, али исто тако и технолошку и економску (не)ефикасност.

Коначна констатација може бити да ће ЈП ЕПС ускоро променити правну форму, као и да ће се кроз неко време наћи на листингу берзе (засигурно на *Prime Listing*), где ће, ако размотримо трендове у свету који се тичу енергетике, свакако претендовати да постане најтргованија и најперспективнија српска компанија. У том смислу, предност треба свакако дати изласку на берзу и „отварању“ компаније, упркос неким негативним последицама које из тога могу да проистекну.

32 Више о последицама усвајања Сарбејнс-Оклијевог закона на листинг вредносница: J. D. Piotroski, S. Srinivasan, *Regulation and Bonding: The Sarbanes-Oxley Act and the Flow of International Listings*, Rock Center for Corporate Governance at Stanford University Working Paper No. 11, January, 2008, чланак доступан на: <http://ssrn.com/abstract=956987>.

Marko ŠĆEPANOVIĆ

**Department for Legal and General Business of Public Enterprise
“Electric Power Industry of Serbia”**

POSITIVE AND NEGATIVE EFFECTS OF LISTING PE “EPS” ON STOCK EXCHANGE MARKET

Summary

Public Enterprise “Electric Power Industry of Serbia” has by law established obligation to change its legal form to a joint-stock company and shares of company have to be distributed to employees, former employees and citizens who meet certain requirements. This is the way that the shares of that, by then a joint-stock company, find themselves on the stock exchange market. Due to current corporatisation of PE “EPS”, it becomes questionable what society is getting and what it can lose by going public, or which are positive and which are the negative effects of listing on the stock exchange market. This paper discusses the reasons why PE “EPS” should list their shares on stock exchange market, not only for their own good, but also for starting the economy of the Republic of Serbia as a whole. Negative effects of the release, which certainly exist, are several times smaller than the positive effects. It is urgent to create an environment to facilitate the beginning of trading of the shares of future EPS joint-stock company as soon as possible.

Key words: PE EPS, Electric Power Industry of Serbia, shares, stock exchange market, listing.

мр Весна БИЛБИЈА
ЈП „Пошта Србије“, Радна јединица поштанског саобраћаја
„Суботица“

УДАЉЕЊЕ ЗАПОСЛЕНОГ СА РАДА – *de lege lata* и *de lege ferenda* –

Резиме

Раднојравна мера удаљење са рада сада у ред традиционалних инстинктивних радној права. У нашем ранијем радном законодавству постојала су два облика суспензије: 1) инјерна суспензија, као мера удаљења са радној месћа радника који је зашечен у извршењу повреде радне обавезе, до окончања дисциплинској постојка и 2) екјерна суспензија, као удаљење радника са рада, односно предузећа. Претходним Законом о раду суспензија је сведена на удаљење зајосленој са рада – екјерна суспензија, док је инјерна суспензија укинута. Усвојено законско решење није промењено, јер и према важећем Закону о раду удаљење са рада представља меру којом се зајослени, у законом одређеним случајевима и за одређено време, одстранује са рада без престанка његовој радној односа. Удаљење зајосленој са рада може бити факултативно и обавезно.

Удаљење зајосленој са рада које не значи да је зајосленом престано радни однос, већ да је одстранен са рада и да фактички не ради, има значајна дејства на његов раднојравни положај, те је у овом раду указано је на основна обележја ове мере, последице њеној изрицања, односно појребу за новелирањем садашњег законској решења.

Кључне речи: факултативно удаљење, обавезно удаљење, привременост, превенција, ошказ уговора о раду.

I Уводне напомене

Удаљење са рада (суспензија) спада у традиционалне институте радног права и представља меру којом се запослени, у законом одређеним случајевима и за одређено време, одстрањује са рада без престанка његовог радног односа.

Суспензија представља привремену меру превенције, коју послодавац предузима са циљем заштите себе и других радника од негативних утицаја и последица које може изазвати присуство радника против кога је покренут кривични поступак или је извршио повреду радне обавезе којом угрожава послодавчеву имовину веће вредности.¹

У својој општој употреби термин суспензија има више значења, као нпр. одлагање, задржавање, обустављање неког извршења, привремено уклањање некога или нечега... Будући да је у једној речи, па стога и једноставнији, назив суспензија никада није ишчезао из употребе, већ се као традиционалан, задржао како у колоквијалној, тако и у стручној употреби. У нашој радноправној легислативи, суспензија се као термин последњи пут помиње у Закону о основама радних односа,² последњем савезном закону из области радних односа. Наиме, члан 61 наведеног Закона гласио је: „запослени може бити привремено удаљен с рада, односно с радног места (суспензија) у складу са законом.“ У питању је била кратка, упућујућа норма на републички закон који је детаљно уредио суспензију радника.³ Међутим, након распада заједничке државе, први целовити Закон о раду у Републици Србији из 2001. године⁴ није задржао термин суспензија, већ – удаљење запосленог са рада. На потпуно исти начин, овај радноправни институт означен је и у важећем Закону о раду.⁵

II Разлози за доношење решења о удаљењу запосленог са рада

У нашем ранијем радном законодавству у ком је постојао заокружени нормативни систем дисциплинске одговорности, постојала

1 Драгољуб Симоновић, *Раднојравни йриручник*, Београд, 2010, стр. 176.

2 Закон о основама радних односа (*Службени листи СРЈ*, бр. 29/96).

3 У републичком Закону о радним односима (*Службени йласик РС*, бр. 55/96), у одељку који регулише одговорност запослених, удаљење запосленог било је уређено одредбама чл. 102–105.

4 Закон о раду (*Службени йласник РС*, бр. 70/01 и 73/01).

5 Закон о раду (*Службени йласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009 и 32/2013; даље у фуснотама: ЗОР).

су два облика суспензије: 1) интерна суспензија, као мера удаљења са радног места радника који је затечен у извршењу повреде радне обавезе, до окончања дисциплинског поступка и 2) екстерна суспензија, као удаљење радника са рада, односно предузећа. После знатних измена, Закон о раду из 2001. године дерогирао је поглавље о дисциплинској одговорности запослених, а тиме и цео институт дисциплинске одговорности у традиционалном издању. У таквом издању суспензија је сведена на удаљење запосленог са рада (екстерна суспензија). Самим дерогирањем дисциплинске одговорности укинута је интерна суспензија.⁶

Закони који су до сада утврђивали права, обавезе и одговорности из радног односа, односно по основу рада, врло су различито поступали са радноправним институтом удаљења запосленог са рада. Раније су закони, правећи разлику разлику између удаљења са радног места и из предузећа, удаљење са рада утврђивали у оквиру одговорности запослених, а претходни Закон о раду удаљење са рада утврђивао је у оквиру престанка радног односа. Иако има елемената на основу којих би се ова мера могла утврдити у оквиру одговорности запослених или у оквиру престанка радног односа, важећи Закон о раду удаљење са рада утврђује као посебан радноправни институт, што се може сматрати најбољим решењем.⁷

Удаљење запосленог са рада које не значи да је запосленом престао радни однос, већ да је одстрањен са рада и да фактички не ради, има итекако значајна дејства на радноправни положај запосленог. Због наведеног, неопходно је да случајеви удаљења запосленог са рада буду законом одређени.

Према Закону о раду, удаљење запосленог са рада може бити факултативно и обавезно.

1. Факултативни разлози за изрицање мере удаљења запосленог са рада

Чланом 165 уређено је факултативно удаљење и прописани случајеви када послодавац може, али не мора да удаљи запосленог са рада. Запослени може да буде привремено удаљен са рада ако је против њега покренут кривични поступак због кривичног дела учињеног на раду или у вези са радом или ако је учинио повреду радне обавезе која угрожава имовину веће вредности утврђене општим актом или уговором о раду; као и ако је природа повреде радне обавезе, односно кршења радне дисциплине, или понашање запосленог такво да не може

6 Д. Симоновић, *нав. дело*, стр. 176.

7 Милован Милић, *Приручник за примену Закона о раду*, Београд, 2006, стр. 152.

да настави рад код послодавца пре истека рока за изјашњење запосленог на наводе из упозорења о постојању разлога за отказ уговора о раду⁸ и пре истека рока у коме је синдикат дужан да достави своје мишљење поводом наведеног упозорења.⁹

Према овој законској одредби, постоје укупно три разлога због којих запослени може, али не мора да буде удаљен са рада. Први разлог је покретање кривичног поступка против запосленог због кривичног дела учињеног на раду или у вези са радом. Дакле, запослени не може бити удаљен са рада ако је против њега покренут кривични поступак због неког другог кривичног дела које је учинио, већ само ако је запослени учинио кривично дело на раду и у вези са радом. Кривично дело учињено на раду и везу са радом је оно чије извршење у просторној, временској или функционалној вези са радом који запослени обавља код послодавца и које је предвиђено Кривичим законом Републике Србије.¹⁰ То су свакако кривична дела против права по основу рада из главе шеснаесте наведеног Закона, али и друго кривично дело које испуњава услов да је његово извршење у просторној, временској или функционалној вези са радом који запослени обавља код послодавца, тј. да је учињено на раду и везу са радом.

Друго факултативно удаљење запосленог са рада је случај када запослени учини повреду радне обавезе која угрожава имовину веће вредности утврђене општим актом или уговором о раду. Према томе, запослени не може бити удаљен са рада због неке друге повреде радне обавезе, већ само уз испуњење услова да је у питању таква повреда радне обавезе која угрожава имовину веће вредности утврђене општим актом или уговором о раду. Закон није определио која је то имовина веће вредности, већ то остаје да се утврди општим актом или уговором о раду. Пример из судске праксе је одређивање износа имовине веће вредности општим актом – Правилником о раду и то у висини од 200.000,00 динара.¹¹ Дакле, да би решење послодавца о удаљењу са рада због по-

8 ЗОР, чл. 180, ст. 1.

9 ЗОР, чл. 181, ст. 2.

10 Кривични законик (Службени гласник РС, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012 и 104/2013).

11 „Незаконито је решење послодавца о привременом удаљењу радника са рада због повреде радне обавезе која угрожава имовину веће вредности, ако то не произилази из чињеничног основа на коме се заснива одлука.“ Из образложења: „Жалбом туженика првостепена пресуда у делу изреке под ставом један побија се због погрешне примене материјалног права указујући на одредбу члана 165 Закона о раду (даље: Закон) и Правилника о раду, одредбу члана 71 којом се предвиђа да се запослени може привремено удаљити са рада ако је учинио повреду радне обавезе која угрожава имовину веће вредности, а под имовином веће вредности сматра се основно средство или збир више основних средстава у вредности од 200.000,00 динара као

вреде радне обавезе која угрожава имовину веће вредности, било законито неопходно је да чин угрожавања произилази из чињеничног основа на коме се заснива одлука и да је угрожена имовина која може да се одреди као имовина веће вредности према ономе како је утврђена општим актом или уговором о раду. Имовина веће вредности не мора бити одређена у прецизном, номиналном износу, али начин на који је одређена мора бити одредив.¹²

На крају, случај када је природа повреде радне обавезе, односно кршења радне дисциплине, или понашање запосленог такво да не може да настави рад код послодавца пре истека рока из члана 180, став 1 (послодавац оставља запосленом најмање пет радних дана од дана достављања упозорења да се изјасни на наводе из упозорења о постојању разлога за отказ уговора о раду) и члана 181, став 2 овог Закона (синдикат је дужан да достави мишљење у року од пет радних дана од дана достављања упозорења), представља трећи разлог због којег запослени може, али не мора да буде удаљен са рада.

2. Обавезни разлог за изрицање мере удаљења запосленог са рада

За разлику од наведених случајева када одређивање мере удаљења запосленог са рада зависи од дискреционе оцене послодавца, запослени коме је одређен притвор удаљује се са рада од првог дана притвора, док притвор траје.¹³ Код факултативног удаљења, послодавац у сваком конкретном случају када су испуњени законом прописани услови који омогућавају примену удаљења, врши процену свих околности тог случаја и одлучује да ли ће изрећи меру удаљења са рада запосленом. Међутим, запосленом коме је одређен притвор примена мере његовог удаљења са рада је обавезна од првог дана притвора, док притвор траје.

Последица факултативности одређивања мере удаљења запосленог са рада је и то што решење о удаљењу запосленог са рада има конститутивни карактер. Без његовог доношења, нема ни удаљења. Следствено томе, решење о удаљењу запосленог са рада по основу одређеног

и закључени Уговор послодавца на исти износ.“ Пресуда Окружног суда у Нишу, Гж. I 844/08 од 31.10.2008.

12 Колективни уговор за Јавно предузеће „Пошта Србије“ (Службени гласник РС, бр. 2/2014), чл. 98: „Запослени може да буде привремено удаљен са рада у складу са законом, с тим што се повредом радне обавезе која угрожава имовину веће вредности сматра повреда радне обавезе која угрожава имовину чија вредности износи више од једне просечне зараде код послодавца, исплаћене у месецу који претходи месецу када је повреда учињена.“

13 ЗОР, чл. 166.

притвора декларативног је карактера. Меру притвора одређује надлежни суд својим решењем, док се решењем послодавца о удаљењу, иста чињеница не утврђује – већ само констатује. Први дан притвора је и први дан удаљења запосленог са рада и оно (удаљење) траје до престанка притвора. Јасно, за време трајања притвора, запослени нема објективних могућности да обавља своје послове док притвор траје, али кад притвор престане, престаје и удаљење, те запослени има право да се врати на рад.

Сасвим је могуће да запослени најпре буде удаљен са рада због кривичног дела учињеног на раду или у вези са радом, односно да послодавац, ради заштите својих интереса (некад и ради заштите интереса других запослених код истог послодавца) донесе решење о удаљењу које има конститутивни карактер. А онда, да запосленом који је удаљен са рада на описани начин, у кривичном поступку буде одређена мера притвора, што представља законом прописан разлог за обавезно удаљење са рада. У таквом случају, целисходно је за послодаца да донесе решење о удаљењу запосленог са рада по основу одређеног притвора. Оно јесте декларативног карактера, али је значајно са аспекта утврђивања трајања мере удаљења запосленог са рада, док се целисходност његовог доношења огледа у обавези исплате накнаде зараде за време трајања мере удаљења, која се рефундира од органа који је одредио притвор.

III Привременост и акцесорност мере удаљења запосленог са рада и накнада зараде

Из одредби којима је Закон о раду регулисао трајање удаљење запосленог са рада, произилази да је удаљење запосленог са рада привремена мера, тј. да трајање ове радноправне мере временски ограничено. Надаље, према истим законским одредбама, привременост мере удаљења запосленог са рада уређена је на два начина.

На једној страни, привременост удаљења запосленог са рада у поступку отказа уговора о раду, одређена је у најдужем трајању од три месеца. Наиме, удаљење може да траје најдуже три месеца, а по истеку тог периода послодавац је дужан да запосленог врати на рад или да му откаже уговор о раду ако за то постоје оправдани разлози који се односе на радну способност запосленог, његово понашање и потребе послодавца (ако запослени својом кривицом учини повреду радне обавезе утврђене општим актом или уговором о раду; ако не поштује радну дисциплину прописану актом послодавца, односно ако је његово понашање такво да не може да настави рад код послодавца и ако учини кривично дело на раду или у вези са радом).

На другој страни, привременост удаљења запосленог са рада у случају притвора везана је за трајање притвора. Запослени коме је одређен притвор удаљује се са рада од првог дана притвора, док притвор траје. Дакле, у случају притвора, удаљење може да траје најдуже законом одређено време притвора.¹⁴

Од изузетне важности за запосленог који је удаљен са рада је питање зараде, односно накнаде зараде. За време удаљења са рада, запослени, истина, не обавља своје послове, али и даље је у радном односу. Видели смо, запослени може бити удаљен када се за то створе законом одређени услови (факултативно удаљење) или се, пак, запослени налази у притвору (у ком случају је обавезно изрицање мере удаљења), али за све време удаљења запосленог са рада постоји презумпција његове невиности. Према одредбама Закона о раду, за време привременог удаљења запосленог са рада запосленом припада накнада зараде у висини једне четвртине, а ако издржава породицу у висини једне трећине основне зараде. Код одређивања висине накнаде зараде, законодавац је имао у виду могућност да је запослени хранилац породице и оправдано је одредио висину накнаде зараде водећи рачуна његовом социјалном статусу, односно материјалној ситуацији његове породице. Запослени издржава породицу ако је она економски зависна од зараде коју он остварује код послодавца, како породица коју је он засновао, тако и породица у којој рођен. Ако запослени живи сам или код родитеља који нису издржавани чланови породице, онда за време привременог удаљења са рада, запосленом који је удаљен, припада накнада зараде у висини једне четвртине.

Ова накнада зараде припада запосленом независно од разлога због којих је удаљен са рада. Међутим, уколико је у питању обавезно удаљење, накнада зараде за време привременог удаљења са рада исплаћује се на терет органа који је одредио притвор. Могуће је да запослени буде удаљен са рада јер је против њега покренут кривични поступак због кривичног дела учињеног на раду или у вези са радом, а да затим буде према њему одређен притвор од стране надлежног суда у складу са кривичноправним прописима. Имајући у виду законску одредбу према којој накнада зараде за време привременог удаљења са рада исплаћује се на терет органа који је одредио притвор, у таквом случају за послодавца свакако је упутно да донесе решење о удаљењу запосленог са рада по основу одређеног притвора, како би накнаду зараде коју му је исплатио за време тарајања овог другог удаљења могао

14 Притвор је једна од мера које се могу предузети према окривљеном за обезбеђење његовог присуства и за несметано вођење кривичног поступка, чл. 210-223 Законика о кривичном поступку (*Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013 и 45/2013).

рефундирати од органа који му је одредио притвор. Такво решење послодавца јесте декларативног карактера, али ако га не донесе, послодавац је у обавези да исплаћује накнаду зараде из својих средстава, како у периоду удаљења запосленог пре него што му је одређен притвор, тако и у периоду трајања притвора.

Из одредби којима је Закон о раду регулисао трајање мере удаљења запосленог са рада и накнаду зараде која запосленом у том случају припада, произилази акцесорност, као још једна одлика овог радноправног института. Акцесорност значи да ова радноправна мера није сама себи сврха, већ се одређује због вођења неког другог поступка, поступка отказа уговора о раду или кривичног поступка. Мера удаљења запосленог са рада, заправо, прати покретање и спровођење неког другог законом прописаног поступка против запосленог и омогућава да се исти несметано одвија. Мера удаљења запосленог са рада не прејудицира одговорност запосленог у поступку који се води против њега и не може се узети да је запослени крив за учињену повреду радне обавезе или за учињено кривично дело, само зато што је удаљен са рада, нити би изрицање ове мере требало да се посматра као отежавајућа околност за запосленог у главном поступку.

При томе, законитост донетог решења о удаљењу запосленог са рада, није условљена исходом главног, основног поступка. Могуће је да решење о удаљењу буде законито, дакле да постоје законом прописани разлози за његово доношење и да је донето од стране надлежног органа, а да се у главном поступку утврди да запослени који је удаљен са рада није крив за повреду радне обавезе или кривично дело, као што је могуће да решење о удаљењу запосленог није законито (нпр. да није донесено од стране надлежног органа), а да се утврди одговорност запосленог у основном поступку који се води против њега. Ако сматра да је решење послодавца којим је удаљен са рада незаконито, запослени може да потражи правну заштиту, баш као што то може да учини против сваког другог решења којим је одлучено о његовим правима, обавезама и одговорностима. Сходно чл. 195, ст. 1 и 2 Закона о раду, против решења којим је повређено право запосленог или кад је запослени сазнао за повреду права, запослени, односно представник синдиката чији је запослени члан ако га запослени овласти, може да покрене спор пред надлежним судом, а рок за покретање спора јесте 90 дана од дана достављања решења, односно сазнања за повреду права. Дакле, у спору пред судом који је покренут поводом законитости решења о удаљењу са рада, тужилац је запослени који је удаљен са рада, с тим да спор може покренути и представник синдиката чији је запослени члан ако га запослени на то овласти. Тужени у овом поступку је послодавац и у случају

да суд поништи решење, запослени ће имати право да настави са радом код послодавца, а послодавац има обавезу да му то омогући.

Можемо рећи да непосредна последица исхода главног поступка на удаљење запосленог са рада постоји када се утврди је његово удаљење са рад било неоправдано. Не ради се, дакле, о томе да је донето решење о удаљењу било незаконито, већ да је у главном поступку утврђено да запослени који је удаљен са рада није крив за повреду радне обавезе или кривично дело. У том случају, Законом о раду је прописано да запосленом за време привременог удаљења са рада, припада разлика између износа накнаде зараде и пуног износа основне зараде, ако кривични поступак против њега буде обустављен правноснажном одлуком, или ако правноснажном одлуком буде ослобођен оптужбе, или је оптужба против њега одбијена, али не због ненадлежности; као и ако запосленом не престане радни одос у смислу чл. 179, тач. 2-4 Закона о раду. У наведеним случајевима, привремено умањење његових примања мора да буде надокнађено и то у износу као да је радио. Штавише, ако запослени докаже да би у периоду када је био привремено удаљен са рада остварио више од износа основне зараде, запослени може, према општим прописима о накнади штете захтевати накнаду штете у тој висини.

IV Удаљење запосленог са рада као санкција

Удаљење са рада није и не би смела да буде врста санкције, већ мера превенције која се рестриктивно примењује у зависности од врсте, начина и личног односа према учињеној радњи за коју је законом прописана могућност удаљења починиоца.¹⁵

Као превентивна мера, удаљење са рада има за циљ да спречи или отклони последице радње запосленог, оне радње запосленог која представља одређену повреду радне обавезе или се квалификује као кривично дело учињено на раду или у вези са радом. Останак запосленог у радној средини било би ризично и опасност од његовог даљег учешћа у раду толико конкретна да је његов даљи рад код послодавца заиста немогућ. Физичко присуство запосленог, могло би да доведе до погоршања настале ситуацији или може да угрози материјални или нематеријални интерес или добро послодавца, неретко и другог запосленог код послодавца. Дакле, изрицање мере удаљења не би требало да значи директан атак на интересе запосленог који је удаљен, већ је мотивисано потребом да се непосредно заштите интереси послодавца (евентуално и других запослених).

15 Весна Николић, „Специфичности привременог удаљења са рада полицијских службеника“, *Правни животи*, бр. 11/2012, стр. 559.

У прилог ставу да мера удаљења запосленог са рада не представља санкцију говори и то што послодавац нема обавезу да затражи мишљење синдиката приликом њеног изрицања. Синдикатом се сматра самостална, демократска и независна организација запослених у коју се они добровољно удружују ради заступања, представљања, унапређења и заштите својих професионалних, радних, економских, социјалних, културних и других појединачних и колективних интереса.¹⁶ Синдикат има право да буде обавештен од стране послодавца о економским и радно-социјалним питањима од значаја за положај запослених, односно чланова синдиката.¹⁷ Поред начелних законских одредница, обавештавање синдиката је у одређеним случајевима конкретизовано законом, тачније у случајевима утврђеним законом послодавац има дужност да затражи мишљење синдиката.¹⁸ На пример, према чл. 62, ст. 3, пре увођења ноћног рада, послодавац је дужан да затражи и мишљење синдиката о мерама безбедности и заштити живота и здравља на раду запослених који рад обављају ноћу. Таква обавеза за послодавца прописана је и код института упозорења запосленог на постојање разлога за отказ уговора о раду. У том случају, послодавац је дужан да упозорење достави на мишљење синдикату чији је запослени члан, а синдикат је дужан да достави мишљење у року од пет радних дана од дана достављања упозорења.¹⁹ Мишљење синдиката, истина, не обавезује послодавца, али послодавац чини повреду закона ако не испуни наведену обавезу. Ипак, достављено мишљење синдиката може значајно да утиче на послодавца да преиспита своју одлуку, а са друге стране, изостанак истог може на послодавца да утиче тако што ће учврстити заузети став у погледу положаја конкретног запосленог.²⁰ Ако је прописана обавеза прибављања његовог мишљења, логично следи обавеза послодавца да га размотри, при чему сам послодавац може наћи за сходно и да обавести синдикат о ставу који је заузео. Тако, јак синдикат може да се позиционира као значајан чинилац у заштити колективних и индивидуалних права из радног односа. Ако законодавац није, предвидео обавезу послодавца да затражи мишљење од синдиката онда следи закључак да мера удаљења запосленог са рада није мера која има обележје санкције према запосленом.

16 ЗОР, чл. 6.

17 ЗОР, чл. 209.

18 Међу основним обавезама послодавца прописаним у чл. 16, тач. 5 утврђена је обавеза послодавца да затражи мишљење синдиката у случајевима утврђеним Законом, а код послодавца код кога није образован синдикат, од представника кога одреде запослени.

19 ЗОР, чл. 181.

20 Весна Билбија, „Упозорење запосленом на постојање разлога за отказ уговора о раду, основне одлике института и дилеме у примени“, *Право и привреда*, бр. 1–3/2013, стр. 135–136.

Закон о раду предвидео је један посебан облик удаљења запосленог са рада. Чланом 170 прописана је могућност изрицања мере удаљења запосленог са рада уместо отказа уговора о раду као посебан облик мере удаљења запосленог са рада. Послодавац може запосленом за повреду радне обавезе или непоштовање радне дисциплине (ако запослени својом кривицом учини повреду радне обавезе утврђене општим актом или уговором о раду, ако запослени не поштује радну дисциплину прописану актом послодавца, односно ако је његово понашање такво да не може да настави рад код послодавца), уместо отказа уговора о раду, да изрекне меру привременог удаљења са рада без накнаде зараде, ако сматра да постоје олакшавајуће околности или да повреда радне обавезе, односно радне дисциплине, није такве природе да запосленом треба да престане радни однос. Ова мера удаљења са рада може да се изрекне у трајању од једног до три радна дана.

Престанак радног односа отказом уговора о раду од стране послодавца представља најрадикалнији утицај на радоправни положај запосленог. Последица је да радног односа више нема и том смислу обележје санкције је изражено у највећем степену. Будући да је послодавац надређен у радном односу, правила радног законодавства која регулишу једнострану раскид радног односа инициран од стране послодавца, постављена су тако да надоместе неравноправан положај две стране у радном односу. Наиме, правила у вези престанка радног односа постављена су тако да превасходно штите интересе „слабије стране“ у радном односу – запосленог (принцип хуманизације радних односа и принцип *favor laborem*).²¹ Ако сматра да постоје олакшавајуће околности или да повреда радне обавезе, односно радне дисциплине, није такве природе да запосленом треба да престане радни однос, сам послодавац може да се одлучи за хуманији и мање радикалан приступ у конкретној ситуацији и да уместо отказа уговора о раду, изрекне меру привременог удаљења са рада без накнаде зараде и то у трајању од једног до три радна дана.

Уколико се одређена мера изриче уместо отказа уговора о раду, онда таква мера има обележја санкције, свакако знатно блаже у одосу на меру уместо које се изриче. Ово посебно, ако се посматра са аспекта зараде, односно ускраћења исте. Ускраћење запосленом накнаде зараде није ништа друго него својеврсна новчана казна из дисциплинског кажњавања по ранијим прописима о радним односима.²² Аутори који заступају став да се овом мером дисциплинска одговорност „стидљиво“

21 Предраг Јовановић, „Радноправне границе слободе рада“, *Право и њивреда*, бр. 7–9/2012, стр. 477.

22 Остоја Милисављевић, Жељко Албанезе, *Коментар Закона о раду са рејсџром њојмова*, Београд, 2005, стр. 210.

враћа у систем радних односа, залажу се за то да њено трајање буде знатно дуже – до 60 дана, а не до три дана што делује шаливо.²³

Имајући у виду основна обележја мере удаљења са рада, а нарочито обележје акцесорности и обележје превенције, као и разлоге због којих се изриче, може се поставити питање колико мера удаљења изречена запосленом уместо отказа уговора о раду има заједничког са „правом“ мером удаљења запосленог са рада и њеном сврхом. Право, аутентично удаљење са рад није санкција, него је то акцесорна, привремена и превентивна мера која значи одстрањивање са рада и која се изриче ради правилног спровођења другог поступка који има епитет основног. За разлику од аутентичног, мера удаљења са рада која се изриче уместо отказа уговора о раду је самостална и самодовољна мера. Одлика самосталности и самодовољности чини ово удаљење атипичним, тзв. „квази-удаљење“.

Уколико послодавац сматра да услед постојања олакшавајућих околности, односно зато што повреда радне обавезе, односно радне дисциплине, није такве природе да запосленом треба да престане радни однос, послодавац има на располагању више могућности. Тако, ако постоје олакшавајуће околности или ако природа повреде радне обавезе или непоштовање радне дисциплине није довољан разлог за отказ уговора о раду, послодавац може да, сходно чл. 180 ст. 3 Закона о раду, упозори запосленог на постојање разлога за отказ уговора о ради и да га у упозорењу обавести да ће му отказати уговор о раду ако поново учини исту или сличну повреду, без поновног упозорења.

Могућност изрицања мере удаљења запосленог са рада уместо отказа уговора о раду као посебан облик мере удаљења запосленог са рада, представља новину важећег Закона. Таква мера није била предвиђена претходним Законом, те се не може сматрати традиционалним радно-правним институтом, као што је то „класичан“ облик ове мере. Евентуално изостављање овог посебног облика у новом Закону, не би значило прекид традиције у примени овог радноправног института.

V Значај и последице (не)законитог изрицања мере удаљења запосленог са рада

На значај правилне примене мере удаљења запосленог са рада указују казнене одредбе самог Закона о раду, који прописује да ће се новчаном казном од 600.000 до 1.000.000 динара казнити за прекршај

23 Зоран Ивошевић, „Тридесет разлога за овелирање Закона о раду“, у: Зоран Ивошевић (уредник), *Зашићена права из области рада*, Београд, 2011, стр. 12.

послодавац са својством правног лица ако донесе одлуку о удаљењу запосленог супротно одредбама тог Закона или ако запосленог удаљи са рада дуже од рока прописаног овим Законом, новчаном казном од 300.000 до 500.000 динара за наведени прекршај казниће се предузетник, а новчаном казном од 30.000 до 50.000 динара казниће се за исти прекршај одговорно лице у правном лицу.²⁴

Уз Закон о раду, позитивно радно законодавство обухвата већи број закона, међу којима у опште прописе из радних односа можемо убројати нарочито Закон о спречавању злостављања на раду,²⁵ а у посебне, Закон о државним службеницима.²⁶

Ради законитог и правилног изрицања ове мере, не треба изгубити из вида правило *lex specialis derogat legi generali*. Тако, Закон о државним службеницима као закон који посебно уређује права и дужности државних службеника и поједина права и дужности намештеника, примарно се примењује у односу на закон који питања регулише на општи начин. Наведени Закон посебним чланом уређује примену општих прописа о раду и колективног уговора, прописујући да се на права и дужности државних службеника који нису уређени тим или посебним законом или другим прописом примењују општи прописи о раду и посебан колективни уговор за државне органе, као и да се и на права и дужности намештеника примењују општи прописи о раду и посебан колективни уговор за државне органе, ако тим или посебним законом није другачије одређено.²⁷ Закон је, уређујући дисциплинску одговорност службеника, предвидео удаљење са рада.²⁸ Наиме, државни службеник против кога је покренут кривични поступак због кривичног дела учињеног на раду или у вези с радом или дисциплински поступак због теже повреде дужности, може да се удаљи с рада до окончања кривичног, односно дисциплинског поступка ако би његово присуство на раду штетило интересу државног органа или ометало вођење дисциплинског поступка. Решење о удаљењу с рада доноси руководилац или дисциплинска комисија, у зависности од тога ко води дисциплински поступак, а по службеној дужности или на предлог државног службеника, исто се опозива ако престану разлози због којих је донесено. На решење о удаљењу с рада државни службеник може да изјави жалбу у року од пет дана од дана пријема решења. Жалба не одлаже извршење решења, али је жалбена

24 ЗОР, чл. 274, ст. 1, тач. 15, ст. 2 и ст. 3.

25 Закон о спречавању злостављања на раду (*Службени гласник РС*, бр. 36/10).

26 Закон о државним службеницима (*Службени гласник РС*, бр. 79/2005, 81/2005, 83/2005, 64/2007, 67/2007, 116/2008. и 104/2009).

27 Закон о државним службеницима, чл. 4, ст. 1 и 3.

28 Закон о државним службеницима, чл. 116-117.

комисија дужна да о жалби одлучи у року од пет дана од дана пријема жалбе, иначе се сматра да је жалба одбијена. Супсидијерна примена општег прописа долази до изражаја код обавезног удаљења са рада (у случају одређивања притвора), јер Закон о државним службеницима као *lex specialis* познаје, видимо, само факултативно удаљење. Надаље, Законом о државним службеницима није уређена накнада зараде која припада државном службенику који је удаљен са рада, што доводи до примене одредби чл. 168 Закона о раду. С друге стране, видимо да је трајање мере удаљења различито регулисано у односу на решење из Закона о раду: мера удаљења траје до окончања кривичног, односно дисциплинског поступка ако би присуство државног службеника на раду штетило интересу државног органа или ометало вођење дисциплинског поступка, а ако престану разлози због којих је донесено, решење о удаљењу с рада се опозива.

И судска пракса је јединствена по питању супсидијерне примене општег прописа у односу на *lex specialis*.²⁹

29 „У погледу права запослених из радног односа у установи за извршење кривичних санкција, примарно је као матични закон меродаван Закон о извршењу кривичних санкција, а уколико се у његовом садржају не налазе норме које регулишу одређену правну ситуацију, супсидијарно се може применити и Закон о раду.“ Из образложења: „На права и дужности намештеника примењују се општи прописи о раду и посебни колективни уговор, ако овим или посебним законом није другачије одређено члан 4 став 3 Закона о државним службеницима. За радну средину у установи за извршење кривичних санкција матични закон је Закон о извршењу кривичних санкција, који у глави 14 (Радни односи, надзор и контрола рада) садржи норме којима се одређују радни односи, прописујући да се на запослена лица у управи примењују одредбе закона којима се уређује радни однос у државним органима, ако тим законом није другачије одређено. У овом корпусу садржане су норме о повреди радних обавеза и дужности, прописане у одредби члана 267 дисциплински поступак против запослених унутар завода спроводи дисциплинска комисија коју именује директор Управе. Међутим, у садржају ова два закона не налазе се норме које регулишу правну ситуацију у погледу правних последица за случај да запосленом у овој радној средини, који је био удаљен у току дисциплинске процедуре, не буде изречена дисциплинска мера престанка радног односа одн. отказ уговора о раду. Из тог разлога, овде је меродавна одредба члана 169 Закона о раду запосленом, за време привременог удаљења са рада, у смислу чл. 165 и 166 овог Закона, припада разлика између износа накнаде зараде, утврђене применом члана 167 овог Закона, и пуног износа основне зараде, и то ако кривични поступак против њега буде обустављен правноснажном одлуком или ако правноснажном одлуком буде ослобођен оптужбе или оптужба против њега буде одбијена, али не због ненадлежности тј. ако запосленом престане радни однос у смислу члана 179 тач. 2 до 4 истог Закона. Тужиоцу није изречена дисциплинска мера престанка радног односа, већ мера удаљења са рада у трајању од три радна дана, применом правила из одредбе члана 170 Закона. Због тога, тужилац има право на разлику између применене накнаде и назначене вредности зараде.“ Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 1. 3794/11 од 5.10.2011.

Доношењем Закона о спречавању злостављања на раду и по доношењу Правилника о правилима понашања послодавца и запослених, у вези са превенцијом и заштитом запослених,³⁰ у Републици Србији су се створили услови се операционализацију заштите од мобинга. Заштита од злостављања Законом је врло детаљно уређена. Без ефикасног поступка спровођења закона и неопходне једнакости у погледу заштите права запослених, само доношење закона нема правог смисла. С обзиром на последице и деликатност у поступку утврђивања, прописано је више различитих могућности за остваривање ове заштите: код послодавца; у поступку посредовања/медијације; у поступку утврђивања одговорности за непоштовање радне дисциплине, односно повреду радне дужности, и пред надлежним судом, у парничном поступку, који има карактер радог спора.³¹

У вези са мером удаљења запосленог са рада, прописујући поступак за утврђивање одговорности запосленог Закон о спречавању злостављања на раду, предвиђа да је послодавац дужан да, ако поступак посредовања не успе, а постоји основана сумња да је извршено злостављање или је злоупотребљено право на заштиту од злостављања, покрене поступак за утврђивање одговорности запосленог за непоштовање радне дисциплине, односно повреду радне дужности, те да може запосленом који је одговоран за такво непоштовање радне дисциплине, односно повреду радне дужности, поред санкција прописаних законом, да изрекне једну од следећих мера и то: 1) опомену; 2) меру удаљења са рада од четири до 30 радних дана без накнаде зараде или 3) меру трајног премештаја у другу радну околину – на исте или друге послове, односно радно место, у складу са законом. Ако запослени, коме је због вршења злостављања изречена нека од ових мера у року од шест месеци поново изврши злостављање, послодавац може да му откаже уговор о раду, односно изрекне меру престанка радног односа, у складу са законом.³² Видимо да је Закон код мере удаљења регулисао и њено трајање (од четири до 30 радних дана) и питање зараде (запослени се у овом случају удаљује са рада без накнаде зараде).

Закон о спречавању злостављања на раду је предвидео удаљење са рада и као меру за спречавање злостављања до окончања поступка. Наиме, ако запосленом који сматра да је изложен злостављању према мишљењу службе медицине рада прети непосредна опасност по здравље или живот или ако му прети опасност од настанка ненакнадиве штете,

30 Правилник о правилима понашања послодавца и запослених, у вези са превенцијом и заштитом запослених (*Службени гласник РС*, бр. 62/10).

31 Параскева Михајловић, „Злостављање на раду – мобинг“, *Правни живоић*, бр. 11/2010, стр. 797.

32 Закон о спречавању злостављања на раду, чл. 23.

послодавац је дужан да, до окончања поступка за заштиту запосленог од злостављања код послодавца, запосленом који се терети за злостављање изрекне једну од следеће две мере: премештај у другу радну околину – на исте или друге послове, односно радно место, у складу са законом или удаљење са рада уз надокнаду зараде, у складу са законом. Дакле, Законом је регулисано трајање мере удаљена на одредив начин, *до окончања послодавца за заштиту запосленог од злостављања код послодавца*, док је поводом питања зараде, предвиђено да се запослени удаљује са рада *уз надокнаду зараде, у складу са законом*, дакле уз супсидијарну примену одредби чл. 168 Закона о раду.

VI Закључак

Без обзира на заузето становиште у погледу тога да ли мера удаљења запосленог са рада садржи извесне елементе санкције према запосленом или не, изузетно је важно сагледати све околности конкретног случаја. Правда као врхунски критеријум схваћена као једнакост, нарочито је наглашена у радном праву кога професор Ламбер, квалификује као „најизразитије право правичности“.³³ Ово је посебно важно због очувања позитивне радне климе, одрживог руковођења, као и психолошких последица по запосленог који је удаљен.³⁴ Последице које могу настати услед површног приступа конкретној ситуацији и без сагледавања проблема у целини, могу погубно деловати на мотивацију за рад и квалитет рада запосленог који је био удаљен онда када настави са радом. Његов повратак у радну средину може бити проблематичан и за остале запослене, нарочито ако је мера удаљења изречена и у њиховом интересу.

Није спорно да је домаће законодавство имплементирало мноштво квалитетних прописа, којима се штити живот и здравље радника, међутим спорна је *bona fides* при њиховом спровођењу. Када је реч о практичним аспектима спровођења наведених права, очигледна је стагнација. У пракси се сусрећу најпримитивнији облици угрожавања свих аспеката права човека на раду.³⁵ У стручној литератури се истиче да су „у друштвима високоиндустријализованог света Запада, места рада остала једина попришта борбе (енгл. *battlefield*), где се људи могу међусобно „убијати“ без ризика да без тога буду изведени пред суд.“³⁶

33 Предраг Тифуовић, „Правично суђење у радним споровима“, *Правни живоић*, бр. 11/2012, стр. 489.

34 В. Николић, *нав. чланак*, стр. 560.

35 Слобданка Ковачевић-Перић, „Злостављање на раду, *de lege lata – de lege ferenda*“, *Правна ријеч*, бр. 27/2011, стр. 564.

36 Бранко Лубарда, „Остваривање и заштита социјалних права“, *Правни живоић*, бр. 11/2010, стр. 767.

Дискриминација на раду је у свету веома распрострањена, вишеструко штета појава, којом се поткопавају људска права, једнакост грађана и економска ефикасност на нивоу целе земље, нарушавају међуљудски односи, мотивација, продуктивност и здрава радна атмосфера код послодавца, угрожава достојанство, egzистенција, физички и психички интегритет и здравље запослених.³⁷ Два основна разлога за то су што се дискриминација као кажњиво понашање углавном врши на прикривен начин и што је у питању изузетно адаптивна друштвена појава.³⁸ У новим друштвено-економским околностима у свету, које су оптерећене економском кризом, незапосленост и разним облицима нетрпељивости, послодавци показују велику суптилност и „креативност“ у проналажењу начина за невидљив дискриминаторски третман запослених, ради остваривања краткорочне економске користи.³⁹ Лични мотиви послодавца код одлучивања о правима, обавезама и одговорностима запослених нису прихватљиви. Атмосфера несигурности која се тако ствара и осећај незаштићености код запослених, могу само краткорочно погодовати интересима послодавца, по систему „завади, па владај“. Уопште, у условима растуће незапослености и масовног отпуштања с посла, неизвесности радних места, радници су посебно осетљиви на неједнаку примену права.

Чињеница да се мера удаљења са рада изриче „само“ као превентивна и акцесорна мера, те да је чланом 169 Закона о раду превидљива могућност се запосленом исплати разлика између примљеног износа накнаде зараде и пуног износа основне зараде, не сме бити разлог олаког изрицања ове мере. То што ће запосленом бити исплаћен пун износ зараде и што ће бити враћен на посао, не значи да су све последице изрицања мере нестале. Послодавац не сме да размишља тако да му је једноставно изрећи ову меру сваки пут када постоји факултативни разлог за њено изрицање, па макар она била и непотребна, јер зна да ће моћи поправити ствар на начин како је то предвиђено одредбама наведеног члана. Аутоматизам код изрицања ове мере је неприхватљив и делује као потцењивање запослених.

Нови Закон о раду, односно измене и допуне закона су у жижи јавности од момента најаве, а тако ће бити и по усвајању. Да ли ће се пред посланицима наћи предлог једног модерног закона који ће испунити очекивања свих актера, показаће време које долази. Закон би, са једне стране, морао да садржи механизме ради заштите људских права у области рада у складу са тековине савремене демократије, а, са друге

37 Сенад Јашаревић, „Заштита од дискриминације на раду“, *Радно и социјално право*, бр. 1/2012, стр. 81.

38 С. Јашаревић, *нав. чланак*, стр. 81-82.

39 С. Јашаревић, *нав. чланак*, стр. 82.

стране, одлика закона мора бити промоција јасних идеја које подстичу промену свести и код радника и код послодавца да је предузимање одговорности у најширем смислу, битни предуслов за напредак.

Mag. Vesna BILBIJA

Public Enterprise of PTT Communications “Serbia”, Subotica

SUSPENSION FROM WORK OF AN EMPLOYEE – *de lege lata* and *de lege ferenda* –

Summary

Labour Law related measure of suspension from work is considered a traditional instrument of the Labour Law. In our previous legislations concerning labour, there were two kinds of suspension: 1) internal suspension as a measure introduced against an employee who was caught while executing violation of employment duty, until the completion of the disciplinary proceedings and 2) external suspension, as a measure which distances an employee from the company. According to the previous Labour Law, the suspension was reduced to the distancing of an employee from work – external suspension, while the internal suspension was abolished. The adopted legislative solution has not been changed, suspension from work represents a measure by which an employee, under the circumstances defined by the law and for a certain period of time, is distanced from work without termination of his employment and according to the currently valid Labour Law, distancing of an employee from work can be optional or mandatory.

Key words: *optional suspension, mandatory suspension, temporariness, prevention, termination of employment contract.*

Найаша ЛЕКОВИЋ

руководилац сектора за усклађеност пословања, интерне контроле и корпоративно управљање, Енергопројект Гарант а.д.о.

Јован НИКЧЕВИЋ

правни саветник, Енергопројект Холдинг а.д.

ПРАВО НА ПРИНУДНУ КУПОВИНУ АКЦИЈА („SELL OUT“) ПРЕМА ОДРЕДБАМА ВАЖЕЋЕГ ЗАКОНА О ПРИВРЕДНИМ ДРУШТВИМА

Резиме

Директива 2004/25/ЕЗ о понудама за преузимање је увела институцију принудне куповине хартија од вредности („sell out“), као инструменат заштите права мањинских акционара, и то у случајевима када је контрола остварена понудом за преузимање. Овај институцији се под утицајем Директиве јојављује у српском законодавству, и то у Закону о привредним друштвима из 2004. године, али у форми којом је проширен њен обухват, јер се не односи само на преузимање контроле понудом за преузимање, већ и на свако друго стицање квалификованог учешћа у основном капиталу. Нови Закон о привредним друштвима из 2011. године уводи неке новине у регулативу овог институцији. Овај чланак анализира те новине, али последице њихове примене у пракси.

Кључне речи: право на продају акција, принудна куповина акција, мањински акционари, основни капитал, контролни акционар, преузимање друштва.

I Правни режим регулисања

Принудна куповина акција (енгл. „*sell out*“) је један од механизма заштите мањинских акционара којим се они штите од акционара у чијим је рукама концентрисано већинско, контролно власништво над компанијом. Оно се састоји у обавези контролног акционара да принудно откупи акције мањинских акционара, на начин и под условима који су унапред прописани законом. Самим тим, коришћење права на продају од стране мањинског, ствара обавезу куповине акција на страни већинског акционара, па би се с правом могло рећи да сваком праву на продају одговара обавеза куповине акција, која због своје обавезности има принудни карактер.

Право, односно обавеза принудне куповине акција, у домаћем законодавству настаје под утицајем Тринаесте Директиве Европске уније о јавним понудама за преузимање акционарских друштава – Директива бр. 2004/25/ЕЗ донета 21. априла 2004. године,¹ која по први пут на нивоу Европске уније установљава један овакав механизам за заштиту права мањинских акционара.² У тексту Директиве 2004/25, ово право се појављује под именом „*sell out*“ из којег се у домаћем законодавству најпре развио назив „принудна куповина“, а затим и сада важећи назив овог института – „право на продају акција“.

„*Sell out*“ се по први пут у српском законодавству појављује у оквиру Закона о привредним друштвима из 2004. године³ под називом „*принудна куповина*“, с тим да је током 2006. године исти институт регулисао и Закон о преузимању акционарских друштава.⁴ Разлози за паралелно регулисање овог института нису се показали као оправдани и легитимни, пре свега због чињенице да су поменути закони једно исто право регулисали на различите начине. Притом, већ приликом доношења новог Закона о привредним друштвима из 2011. године,⁵ извршене су значајне измене у домену права принудне куповине, па се

1 Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on takeover bids (у даљем тексту: Директива 2004/25, позната и под називом Тринаеста Директива).

2 Вид. В. Радовић, „Измене Друге Директиве ЕУ и могући правци будућег развоја“, *Право и привреда*, бр. 5–8, 2007, стр. 198; G. Gregoriou, L. Renneboog, *Corporate Governance and Regulatory Impact on Mergers and Acquisitions*, USA, 2007, стр. 205.

3 Закон о привредним друштвима, *Сл. гласник РС*, бр. 125/04 (даље: Закон о привредним друштвима из 2004. године).

4 Закон о преузимању акционарских друштава, *Сл. гласник РС*, бр. 46/2006 (даље: Закон о преузимању).

5 Закон о привредним друштвима, *Сл. гласник РС*, бр. 36/2011 (даље: Закон о привредним друштвима из 2011. године).

чак и његов назив мења у „право на продају акција“, што само по себи представља исувише широк појам, за који се не може одмах закључити да има елементе принуде и обавезности. У сваком случају, нови начин на који је принудна куповина регулисана, отвара бројна питања о томе како се у домаћем праву имплементирају институти других права, каква је њихова правна природа и какви су домашаји и последице тих институти у светлу домаћих тржишних и правно-политичких чинилаца. Да би детаљно сагледали актуелне проблеме у примени овог института у Републици Србији, направимо кратак осврт на услове и начин примене овог права онако како је то предвиђено Директивом 2004/25 којом је оно и установљено.

1. Директива 2004/25

Директива 2004/25 установила је неколико видова заштите мањинских акционара, међу којима су и принудна продаја (енгл. „squeeze out“) и принудна куповина (енгл. „sell-out“). За ова два механизма предвиђени су готово идентични услови и начин примене, па се чак и у правно-техничком смислу, по принципу „*mutatis mutandis*“, на принудну куповину примењују услови за примену правила о принудној продаји.⁶ С тим у вези, принудна куповина, уређена је чланом 16 Директиве 2004/25, којим се државе чланице обавезују да у својим националним законодавствима обезбеде примену правила према којем ће се, након објављивања јавне понуде о преузимању, понуђач обавезати да на захтев мањинског акционара откупи његове акције по правичној цени (енгл. „fair price“), уз сходну примену члана 15 Директиве 2004/25 (који уређује право на принудну продају).⁷ Детаљном анализом оба члана и Директиве у целисти, произилазе следеће премисе за примену права на принудну куповину:

- примена права на принудну куповину везује се објављивање јавне понуде за преузимање акција („takeover bid“) која је као таква дефинисана Директивом⁸ (члан 2, став 1а);
- право мањинског акционара да захтева принудну куповину акција може се искористити у року од три месеца од завршетка рока за прихватање јавне понуде за преузимање⁹ (члан 15, став 4);

6 Директива 2004/25, чл. 15, 16. О примени ових институти у домаћој пракси вид. више у *Билтен Врховној касационој суда*, бр. 3/2013.

7 Вид. М. Dollinger, *The fair squeeze out compensation*, Salzwasser Verlag, 2008, стр. 14.

8 *Ibid.*

9 *Ibid.*

- обавеза куповине акција предвиђена је за акционаре који су јавном понудом за преузимање акција стекли акције друштва – капитал учешће у распону од 90% до 95% акција (члан 15, став 2);
- цена по којој се врши принудна куповина дефинисана је као правична цена („*fair price*“); правичном ценом сматраће се цена из понуде за преузимање на основу које је понуђач – контролни акционар стекао преко 90% акција (члан 15, став 5).

Интересантно је да се и пре усвајања Директиве 2004/25 јавила идеја да се право принудне куповине уреди као институт општег карактера, са ширим дејством примене, без обзира на то да ли је капитал учешће контролног акционара у друштву остварено објављивањем јавне понуде за преузимање или на други начин. Под тиме се подразумевало да примена права на принудну куповину, заправо, не треба да се везује за начин стицања капитал учешћа и стриктних рокова у оквиру којих би се ово право могло искористити.¹⁰ Напротив, према истом схватању, оно у сваком тренутку треба да стоји на располагању мањинском акционару ради заштите његових интереса. Какав је утицај ових тенденција, најбоље се види из чињенице да је Директивом регулисана принудна куповина у контексту преузимања акционарских друштава, с тим да је у преамбули, државама чланицама остављена могућност да принудну куповину акција предвиде и у другим сличајевима.¹¹

Свакако, право принудне куповине по први пут се у домаћем законодавству појављује кроз Закон о привредним друштвима из 2004. године.

2. Закон о привредним друштвима из 2004. године и Закон о преузимању

Закон о привредним друштвима из 2004. године, одредбама члана 448 регулисао је институт принудне куповине на следећи начин:

- (1) *Акционар који стекне 95% акција групој друштва (већински акционар), обавезан је да купи акције преосталих акционара на њихов захтев (мањински акционар).*
- (2) *Мањински акционар из става 1 овог члана може поднети тужбу захтев већинском акционару најкасније у року од шест*

10 Вид. Report of the High Level Group of Company law experts on a modern regulatory framework for company law in Europe, Brussels, 2002, стр. 109–111; P. Mantsaary, *The Law of Corporate Finance: General Principles and Law of EU*, Finland, 2010, стр. 275.

11 Директива 2004/25, Преамбула, став 24.

месеци од дана стицања већинској пакети од 95% акција, обавештавајући га о врсти, класи и броју акција које нуди на продају.

- (3) *Већински акционар из става 1 овог члана дужан је да најкасније у року од 30 дана од дана пријема захтева за принудну куповину ишаће писани одговор на тај захтев.*
- (4) *Већински акционар из става 1 овог члана дужан је да ошкупи акције мањинских акционара по цени последње акције по којој је стекао 95% акција.*
- (5) *Принудна куповина регулира се у складу са законом којим се уређује регистрација привредних субјеката и уписује у Централни регистар хартија од вредности у складу са законом којим се уређује тржиште хартија од вредности.*

Из наведених одредби се може закључити да, и поред сличности која се можда уочава на први поглед, начин регулисања принудне куповине у Директиви 2004/25 и Закону о привредним друштвима из 2004. године, показује извесне разлике. Ту се пре свега мисли на чињеницу да Закон о привредним друштвима из 2004. године право принудне куповине не везује за преузимање акционарског друштва објављивањем јавне понуде за преузимање већ овом праву даје општи карактер, тако да се може применити независно од начина стицања капитал учешћа у року од шест месеци од дана таквог стицања.¹² Након истека овог рока, право на принудну куповину било би преклудирано. Цена према којој би се вршила принудна куповина, била би она цена по којој је акционар стекао последњу акцију у свом капитал учешћу од 95%. Овакав приступ очигледно је ишао на руку мањинским акционарима, јер им је право на принудну куповину сада признато као општи инструмент заштите, независно од начина стицања капитал учешћа од стране контролног акционара. То је, свакако, отежавало положај контролном акционару али је он донекле амортизован чињеницом да ће се принудна куповина (уколико мањински акционар исту буде захтевао) вршити према оној цени по којој је контролни акционар стекао последњу акцију у свом капитал учешћу од 95% и то у законом одређеном року од шест месеци од стицања статуса контролног акционара са 95% капитал учешћа. Тиме је контролном акционару, већ приликом стицања поменутог капитал учешћа, омогућена калкулација трошкова у случају евентуалног захтева мањинског акционара за принудну куповину његових акција.

С друге стране, Закон о преузимању који је донет 2006. године, исто питање регулисао је другачије, тако да се право на принудну ку-

12 Вид. В. Радовић, *нав. чланак*, стр. 200.

повину примењује само онда када је већински, контролни акционар стекао капитал учешће од 95% на основу јавне понуде о преузимању. Очигледно је да је овај Закон у потпуности пратио принципе на којима је заснована и Директива 2004/25, јер је овом праву дао место само за случај преузимања друштва путем јавне понуде и то након његовог доношења.

Несклад између ова два закона потекао је од начина на који је принцип принудне куповине преузет из Директиве 2004/25 у Закон о привредним друштвима из 2004. године, с обзиром да су ови закони регулисали једно исто питање, на два различита начина и из два различита угла. Тако, Закон о преузимању, принудну куповину регулише само у контексту преузимања акционарског друштва од већинског акционара. С друге стране, Закон о привредним друштвима из 2004. године, принудну куповину дефинише као општи принцип, који није везан за начин стицања капитал учешћа. Такав приступ био је у складу са тенденцијама које је и сама Директива 2004/25 препознала у својој преамбули.

Према једном мишљењу, овакав несклад се могао превазићи тако што би принудна куповина била регулисана одредбама Закона о преузимању онда када је капитал учешће од 95% контролни акционар стекао на основу јавне понуде, док би се у случају стицања таквог капитал учешћа на било који други начин, примењивале одредбе Закон о привредним друштвима из 2004. године.¹³ Овакав став сматрамо исправним али, врло брзо се показало се да је паралелно регулисање принудне куповине било потребно отклонити, па су већ по доношењу Закона о привредним друштвима из 2011. године одредбе члана 34 и 35 Закона о преузимању (које уређују принудну куповину акција) брисане.

3. Закон о привредним друштвима из 2011. године

Закон о привредним друштвима из 2011. године, принудну куповину акција регулише на битно другачији начин у односу на онај који је био у примени до његовог доношења. У том смислу, већ смо поменули да је промена извршена чак и у самом називу института, с обзиром да се са назива „принудна куповина“ прешло на израз „право на продају акција“. С тим у вези, мишљења смо да право на продају акција представља исувише широк појам, који сам по себи не указује на фактор принуде и обавезности на куповину акција (у смислу права мањинских акционара), па се као такав ни не разликује у односу на опште право било ког акционара да прода своје акције. Сходно томе, претходни назив принудна куповина требало је задржати као терминолошки једноставан и

¹³ *Ibid.*

препознатљив у пракси али, без обзира на термилошку недоследност у актуелном називу, сматрамо да су преостале измене у домену овог института далеко значајније и далекосежније.

Наиме, чланом 522 Закон о привредним друштвима из 2011. године, принудна куповина, односно „право на продају акција“ (како се овај институт сада назива), регулисано је на следећи начин:

- (1) *Контролни акционар који стекне акције које представљају најмање 90% основног капитала друштва обавезан је да купи акције свакој од преосталих акционара друштва на његов издани захтев.*
- (2) *Захтев из става 1 овог члана садржи врсту, класу и број акција које су предмет продаје и доставља се друштву, чиме се сматра да је захтев достављен и контролном акционару.*
- (3) *Цена по којој је контролни акционар обавезан да купи акције из става 1 овог члана одређује се сходном применом одредаба овог закона о цени по којој се излажу несајласни акционари.*
- (4) *Друштво је дужно да у року од 60 дана од дана пријема захтева из става 1 овог члана утврди цену из става 3. овог члана сходном применом члана 475 овог закона и да о томе у истом року обавести контролног акционара и акционара односно захтева.*
- (5) *Контролни акционар је дужан да у року од 30 дана од дана пријема обавештења из става 4 овог члана изврши излажу утврђене вредности акција акционару односно захтева, чиме се врши пренос акција на контролног акционара.*
- (6) *Акционар односилац захтева који сматра да вредност утврђена од стране друштва није утврђена у складу са овим законом може у року од 30 дана од дана пријема обавештења из става 4 овог члана тражити да суд у ванпарничном поступку утврди ту вредност акција у складу са чланом 475 овог закона.*
- (7) *Ако суд поступијући по захтеву акционара односно захтева из става 6 овог члана као вредност акција утврди износ који је виши од цене коју је утврдило друштво, контролни акционар је у обавези да разлику до тако утврђене вредности доплати акционару односно захтева у року од 30 дана од дана равноснажности одлуке суда са законском каматом почев од истека рока за излажу из става 5 овог члана.*

- (8) *Ако контролни акционар пропусти да поступи у складу са ставом 7 овог члана, друштво остаје неограничено солидарно одговорно за обавезу контролног акционара из става 7 овог члана.*
- (9) *Захтев акционара чије су акције продате контролном акционару за исплату разлике из става 7 овог члана заснива се у року од три године од дана правноснажности одлуке суда из става 7 овог члана.*

На основу цитираних одредби члана 522 Закон о привредним друштвима, лако се може закључити да је право на продају акција сада дефинисано на другачији начин од оног који је установљен Директивом 2004/25, односно ранијим Законом о привредним друштвима из 2004. године. Као такво, оно одступа у неколико битних сегмената: више се не везује за поступак преузимања путем објављивања јавне понуде, већ добија општи карактер; временско важење и примена овог права не везује се за моменат стицања капитал учешћа од стране контролног акционара; цена по којој би контролни акционар принудно куповао акције више није извесна, нити се везује за цену по којој је контролни акционар стекао капитал учешће, чиме се на штету контролног акционара уноси елемент неизвесности, а међу мањинским акционарима елемент дискриминације (јер мањински акционари који користе право на принудну куповину, према решењу новог Закона о привредним друштвима из 2011. године, добијају знатно вишу цену акција). Даље, ситуација се додатно компликује када се узме у обзир разлика у начину на који је право на продају акција било регулисано у ранијем Закону о привредним друштвима из 2004. година и оног који је примењен у важећем Закону о привредним друштвима из 2011. године. С тим у вези, анализа цитираних одредби може се кретати различитим смером, али тако да ћемо као најважнија, посебно издвојити следећа питања: општи карактер права на продају акција, временско разграничење у примени члана 522, померање прага за стицање капитал учешћа, преклузију права на продају акција и цену при њиховом откупу. Наведена питања, посматраћемо у контексту опште примене права на продају акција на домаћем тржишту и последица које је она као таква изазвала.

II Примена принудне куповине акција према члану 522 важећег Закона о привредним друштвима

1. Општи карактер права на продају акција, промена границе за стицање капитал учешћа, временски рок коришћења и преклузија права

При регулисању права на продају акција законодавац је у Закону о привредним друштвима из 2011. године спустио праг капитал учешћа за стицање права на продају акција са 95% на 90% акција друштва. Такво капитал учешће усклађено је са распоном који предвиђа и Директива 2004/25, с обзиром да иста предвиђа праг од 90%, али не више од 95% акција. Међутим, оваква промена, иако је оправдана, морала је бити усклађена са чињеницом да је према ранијем Закону о привредним друштвима из 2004. године овај праг већ био утврђен у износу од 95% и да је у случају таквог стицања мањинским акционарима било на располагању коришћење права на принудну куповину али у преклузивном року од шест месеци од дана таквог стицања. Самим тим, отворило се и питање да ли ће се и на такве мањинске акционаре који своје право нису искористили, примењивати одредба Закона о привредним друштвима која спушта капитал учешће и не прописује рок у којем се принудна куповина може захтевати. То питање треба посебно посматрати у контексту општег карактера овог права и временског разграничења у његовој примени.

Наиме, примена права на продају акција према одредбама Закона о привредним друштвима из 2011. године, одступа од природе овог института коју је утврдила Директива 2004/25, из које је овај институт оригинално и настао. С тим у вези, неспорна је чињеница да ово право сада добија изразито општи карактер, који се ни на који начин не везује за начин и време стицања капитал учешћа од стране контролног акционара. Тачније, формулацијом „...акционар који стекне акције...“ важећи Закон о привредним друштвима пренебрегава временско разграничење и начин таквог стицања, не правећи разлику између контролних акционара који су 90% капитал учешћа већ стекли пре ступања на снагу и почетка примене важећег Закона о привредним друштвима и оних акционара који такво капитал учешће стекну након његовог доношења. Самим тим, произилази да право на продају акција мањински акционари могу користити и према оним контролним акционарима који су капитал учешће од 90% основног капитала стекли у време важења ранијег Закона о привредним друштвима из 2004. године. Руководећи се наведеним одредбама ранијег Закона о привредним друштвима из

2004. године, у време када је исти био на снази, акционари су стицање акција заснивали на одредбама тог закона. Сходно томе, акционари који су имали 90% или више акција, али мање од 95% акција друштва, нису имали законску обавезу откупа акција од мањинских акционара јер су се налазили испод капитал учешћа које је тадашњи закон прописивао (95%). Ступањем на снагу важећег Закона о привредним друштвима из 2011. године, који не врши временско разграничење да ли је капитал учешће стечено за време ранијег или важећег закона, долази до повратног дејства Закона о привредним друштвима из 2011. године, с обзиром да се исти сада примењује и на акционаре који су капитал учешће од 90% акција друштва стекли у време важења ранијег Закона о привредним друштвима из 2004. године, када обавеза принудне куповине акција за овакве акционаре није постојала.

Формулација „...акционар који *сћекне*...“ коју користи вежећи члан 522 примењивала се и у Закону о привредним друштвима из 2004. године. Међутим, у прелазним и завршним одредбама важећег Закона о привредним друштвима из 2011. године није извршено разграничење да ли се исти примењује и на акционаре који су капитал учешће за принудну куповину „*сћекли*“ за време важења ранијег закона. Тако се поставило питање тумачења формулације члана 522. Међутим, да је у питању члан који се примењује и на акционаре са капитал учешћем од преко 90% акција, стеченог у време важења ранијег Закона о привредним друштвима из 2004. године, говори Мишљење Министарства економије и регионалног развоја од 16.4.20012. године које изричито наводи да „*ирелазним и завршним одредбама није реулисана ситуација када контролни акционар већ поседује наведени проценат акција (90%), па да наведене одредбе предсављају позитивно јравну норму која реулише обавезан откуп акција од преосталих акционара друштва*“. Самим тим, произилази да и контролни акционари који су по ранијем Закону о привредним друштвима стекли 95% акција (па су због таквог стицања откупили акције од мањинских акционара), као и контролни акционари коју су у време важења ранијег Закона о привредним друштвима из 2004. године стекли мање од 95% али више од 90% акција, ступањем на снагу важећег Закона о привредним друштвима стичу нову обавезу принудне куповине од преосталих мањинских акционара, на њихов захтев. У првом случају, право мањинских акционара је исцрпљено протеклом наведеног рока од шест месеци од дана стицања, јер је у питању једнократно право које се протеклом законом прописаног рока губи па исто не може да буде поново стечено без изричитог нормирања у том смислу. У другом случају, акционари су се, ослањајући се на одредбе Закона о привредним друштвима из 2004. године, свесно држали испод прописаног капитал учешћа од 95% како не би стекли обавезу принудног откупа, па су ослањајући

се на одредбе тада важећег Закона о привредним друштвима дошли под удар новог Закона о привредним друштвима из 2011. године који је то питање регулисао другачије, без временског разграничења.

Да није реч о разматрању хипотетичких ситуација, већ о врло реалним околностима, говори и чињеница да су донете и прве право-снажне пресуде које потврђују да се принудна куповина акција према новом Закону о привредним друштвима из 2011. године примењује и на акционаре који су капитал учешће стекли по ранијем Закону о привредним друштвима из 2004. године (када су услови и начин примене овог института били битно другачији).¹⁴

Мишљења смо да је законодавац, уколико је имао за циљ да пропише нижу границу за стицање обавезе откупа акција од мањинских акционара, овакву обавезу морао да пропише са временским разграничењем у прелазним и завршним одредбама, тако да се иста односи на акционаре који стекну 90% основног капитала друштва *после стицања на снагу и почетка примене важећег Закона о привредним друштвима из 2011. године*. Дакле, требало је прописати *ex nunc* примену ове законске одредбе (важност за убудуће, од момента почетка примене закона). Према томе, одредбе важећег Закона би се могле примењивати само за случај новог стицања акција након ступања на снагу и почетка примене важећег Закона о привредним друштвима из 2011. године. Аналогно томе, такав приступ, примера ради, законодавац је применио приликом доношења Закона о преузимању акционарских друштава. Наиме, овај закон у члану 6, став 1 предвиђа:

„Лице је обавезно да објави понуду за преузимање када нејасредно или јасредно, самостално или заједнички делујући, стекне акције с њавом јласа циљној друштва, иако да заједно са акцијама које је већ стекло, пређе јрај од 25% акција с њавом јласа циљној друштва (контролни јрај).“

Да би избегао повратно дејство наведене одредбе, односно да не би исту примењивао на акционаре који су стекли 25% акција пре његовог доношења, наведени закон је у члану 8, став 1, тачка 14 предвидео следеће:

„Стицалац није обавезан да објави понуду за преузимање ако: 14) је стекао више од 25% акција циљној друштва с њавом јласа пре стицања на снагу овој закона...“

Наведени приступ законодавац је правилно применио да би избегао повратно дејство Закона о преузимању, водећи рачуна о стеченим

¹⁴ Пресуда Привредног апелационог суда, Пж 2174/2013.

правима, односно о интересима субјеката који су своја права основано и законито стекли у ранијем периоду.

2. Цена акције по којој се врши принудна куповина

Члан 522 важећег Закона о привредним друштвима из 2011. године, вредност акција које треба да буду предмет обавезног откупа утврђује с позивањем на члан 475 важећег Закона о привредним друштвима из 2011. године чијом је сходном применом предвиђено да се несагласни акционари исплаћују по највишој вредности између књиговодствене, тржишне или процењене вредности акција. Међутим, опште је позната чињеница да је код већине друштава књиговодствена вредност акција знатно већа од тржишне цене истих. Из наведеног се јасно закључује да готово ниједан акционар нема било каквог интереса да стиче акције друштва у износу од преко 90% основног капитала по тржишној (мањој) цени да би потом дошао под удар важећег Закона о привредним друштвима из 2011. године (члан 522) са обавезом откупа акција од мањинских акционара по књиговодственој или процењеној цени (које су понекад далеко веће од тржишне). Тако, аутори налазе да су поједине домаће компаније правоснажним судским пресудама обавезане на принудну куповину акција по процењеној цени, с обзиром да се у поступку процене (која је извршена по „ДНТ“ методи) утврдило да је процењена вредност већа од тржишне и књиговодствене. Међутим, најзначајније је то што је реч о разлици од 300%–400%, понекад и више.

Тиме се, у пуном виду одступа од принципа принудне куповине акција која је утврђена у Директиви 2004/25 и Закон о привредним друштвима из 2004. године, где се цене за принудну куповину сасвим логично везују за понуђену цену акција по којој је извршено стицање капитал учешћа од 90–95% (Директива), односно за цену последње акције којом је стечено капитал учешће од 95% акција (Закон о привредним друштвима из 2004. године). Супротно томе, Закон о привредним друштвима из 2011. године уводи додатне критеријуме на основу којих се цена утврђује као књиговодствена, процењена и тржишна, па се као цена откупа заправо узима највиша од наведене три цене. Тиме се, несумњиво, отвара пут далеко сложенијим проблемима, а то су: изложеност контролних акционара непредвиђеним и неизвесним трошковима, дискриминација између мањинских акционара и подстицање тржишних субјеката да купују акције у друштвима у којим би се (применом права на принудну куповину), остварила већа зарада од продаје акција по далеко вишим (књиговодственим или процењеним ценама) од тржишне. Тако се отвара и простор за шпекулативно понашање на тржишту капитала, тиме што би се подстакла куповина акција по тржишној цени, да

би се потом, захтевао њихов откуп по књиговодственој или процењеној цени (које су често и до неколико пута веће од тржишне). На такав начин се, фактички „кажњавају“ акционари који су 90%, или више акција стекли под потпуно другачијим законским и економским условима које је предвиђао ранији Закон о привредним друштвима из 2004. године. Тако и Врховни касациони суд закључује да се овим институтом не сме пружати заштита шпекулативном начину стицања енормних зарада с обзиром да *ratio legis* института принудне куповине акција није у томе да се обезбеди зарада, већ „*защити економских интереса мањинских акционара од обезвређивања цене акција у вистийку принудної ошкуйа акција*“.¹⁵

III Закључак

1. Временско разграничење у примени института принудне куповине акција

Може се закључити да домаће законодавство следи модерне тенденције у погледу института принудне куповине акција, тако што примену истог не везује само за преузимање друштава путем јавне понуде за преузимање, већ га установљава као општи институт заштите права мањинских акционара.

Међутим, Закон о привредним друштвима из 2011. године је променио битне карактеристике овог института у односу на концепт заступљен у Директиви 2004/25, која је овај институт првобитно регулисала. Наиме, променом границе капитал учешћа са 95% (Закон о привредним друштвима из 2004. године) на 90% (Закон о привредним друштвима из 2011. године), законодавац је смањио висину капитал учешћа, а није узео у обзир да су такво капитал учешће поједини акционари стекли у време када оно није стварало обавезу на принудну куповину акција. Такав несклад могао је бити превазиђен да је у прелазним и завршним одредбама новог Закона о привредним друштвима из 2011. године извршено временско разграничење према којем би се нови услови за примену принудне куповине односили само на стицања капитал учешћа након доношења закона. Међутим, законодавац није извршио временско разграничење у примени члана 522, па се његовом применом омогућава повратно дејство овог закона на све оне акционаре који су 90% акција друштва стекли у време важења Закона о привредним друштвима из 2004. године.

Мишљења смо да је овакво дејство законских норми потребно благовремено сагледати, поготово онда када не постоји законом дефини-

¹⁵ Вид. *Билтен Врховної касационної суда*, бр. 3/2013.

сан општи интерес који би га могао оправдати. Тако је и у овом случају требало водити рачуна о начелу правне сигурности и поштовању временског важења прописа, тј. начела које предвиђа да се обавезе правних субјеката утврђују на основу прописа који су били на снази у време њиховог настанка.

2. Рок и услови примене принудне куповине

Друга битна разлика у регулисању овог института у Закону о привредним друштвима из 2011. године у односу на Закон о привредним друштвима из 2004. године огледа се и у томе што према одредбама важећег закона (члан 522), не постоји рок за испостављање захтева мањинских акционара на принудну куповину акција од стране контролног акционара. Сасвим супротно, Закон о привредним друштвима из 2004. године овај рок је ограничавао на период од шест месеци од дана стицања капитал учешћа.

Изостављање рока није допуњено ни прописивањем евентуалних додатних услова који би се морали испунити да би мањински акционари могли да заштите своја права употребом права на принудну куповину, а који би донекле допринели правној сигурности у примени овог младог и недовољно издиференцираног института у нашем праву.

Мишљења смо да на овакав начин регулисана заштита права мањинских акционара оставља приличан простор за правну несигурност на страни већинског акционара, имајући у виду непостојање законом дефинисаног рока у којем мањински акционар ово право може захтевати (значи и у невреме). С друге стране, након истакнутог захтева мањинског акционара, за већинског акционара почињу да теку јасно дефинисани рокови за исплату, уз могућност судске заштите мањинског акционара која ствара додатне трошкове и оптерећење редовног пословања друштва. То значи да је већински акционар у континуитету и без временског ограничења изложен опасности да мањински акционар у било које време истакне захтев за принудну куповину акција, услед чега већински акционар може бити изложен непредвидивим финансијским трошковима који се могу битно одразити на његово текуће пословање. Притом, не треба заборавити да повратно дејство закона посебно долази до изражаја и у овом аспекту принудне куповине. Наиме, мањински акционари који су у време важења Закона о привредним друштвима из 2004. године били преклудирани (из разлога што у предвиђеном року од шест месеци нису искористили своје право на принудну куповину акција, када је контролни акционар стекао тадашње капитал учешће од 95%), сада, применом ових одредби Закона о привредним друштвима из

2011. године исти такви акционари поново могу да користе своје („прекљудирано“) право. То, сасвим сигурно, додатно доприноси нарушавању принципа правне сигурности и једнаког третмана акционара.

3. Цена

Код утврђивања цене акција усвојено је решење сходне примене правила за исплату несагласних акционара, где се исплата акција врши по највишој вредности између тржишне, књиговодствене и процењене вредности, за разлику од претходног законског решења где су се акције исплаћивале по цени последње акције по којој је стечено 95% капитал учешћа.

Ранији начин за утврђивање цене акција сматрамо далеко исправнијим, с обзиром да је исти гарантовао мањинском акционару ону цену по којој су и претходни акционари продавали своје акције. Таква цена најближа је појму правичне цене коју предвиђа и Директива 2004/25, јер се њоме омогућава мањинском акционару да за своје акције обезбеди исти третман који су имале и претходне акције мањинских акционара које је контролни акционар стекао. Тиме се остварује заштитна сврха принудне куповине акција у корист мањинских акционара. Начин за утврђивање цене акција коју предвиђа члан 522 важећег Закона о привредним друштвима из 2011. године, ову сврху трансформише, па она уместо заштите, ствара привилегију за мањинског акционара јер, за куповину његових акција више није меродавна правична цена или цена по којој је стечена последња акција која чини капитал учешће, већ је то највиша цена међу тржишном, књиговодственом и процењеном вредношћу акција.

Јасно је, свакако, да књиговодствена, а нарочито процењена вредност акција, у стању економске кризе и неразвијеног тржишта могу далеко премашити тржишну вредност акција. Тиме се, у ствари, може подстакнути трка међу тржишним субјектима да стекну статус мањинског акционара у друштву у којем постоје услови за примену принудне куповине акције. Последице оваквог решења могу бити потенцијално вишеструко негативне, што би у крајњу руку довело до нарушавања принципа једнаког третмана акционара али и стварање могућности за манипулативно понашање мањинских акционара на тржишту капитала. Тиме се даље нарушава основни принцип постојања равнотеже између начела већине (као темељног постулата акционарског друштва) и начела заштите мањине. Мотив мањинских акционара постаје стицање профита, а не заштита права која постају угрожена услед промене контролног акционара.

Коначно, због непрецизности законског решења и различитих тумачења постоји опасност да знатан број случајева свој крајњи епилог добије на суду, што доводи до додатних и непланираних трошкова. Тако да, иако до сада у судској пракси није било већег броја спорова који су се односили на овај институт, већ са почетком примене важећег Закона о привредним друштвима из 2011. године појавио се изванредан број спорних питања која су решење добила пред Привредним апелационим судом. Ова спорна питања су се пре свега односила на утврђивање цене акција, затим на права мањинског акционара у случајевима када друштво не поступи по његовом захтеву за утврђивање цене акција, као и на нека процесна питања која су од значаја за остваривање овог права.

Мишљења смо да се по питању цене, у крајњој линији и у сваком конкретном случају мора поштовати принцип који установљава Директива 2004/25, а то је принцип *йравичности*. Тај принцип не сме бити нарушен ни приликом регулација овог питања у закону, ни приликом примене закона од стране тржишних субјеката, а тако ни у судској пракси.¹⁶ Потребно је увек водити рачуна да тај принцип (принцип правичности), постоји у свим аспектима и према свим субјектима у овим трансакцијама.

4. Општи закључак

Општи закључак представља препоруку да, приликом увођења нових института у домаће законодавство, или у случају битних измена њихових постојећих карактеристика, од пресудног значаја треба да буде претходно сагледавање околности и последица који су тангирани тим институтима, као и сврхе која се њиховом применом жели остварити, али тако да се не одступи од дефинисане правне природе тог института. Ово је нарочито важно у случајевима ужурбаног усклађивања домаћег законодавства са најмодернијим институтима из права Европске уније, који у појединим ситуацијама ни на подручју свог настанка нису до краја издефинисани.

У том смислу неопходно је ићи за најбољим решењима и следити модерне тенденције али је пре свега потребно формулисати законске одредбе на јасан и детаљан начин, тако да се првенствено обезбеди правилно дефинисање нових института, а затим и правилна примена и имплементација тих правних норми у пракси. Притом, уколико се у примени таквих норми покажу недостаци, или тенденција због које неки институт неће испунити своју сврху и циљ, не треба одлагати из-

16 Вид. *Билџен Врховној касационој суда*, бр. 3/2013.

мене тих законских решења, увек имајући као циљ крајњи квалитет и правну сигурност субјеката на које се закон примењује.

Nataša LEKOVIĆ

Head of the Sector for Compliance, Internal Control and Corporate Governance, Energoprojekt Garant a.d.o.

Jovan NIKČEVIĆ

Legal Advisor in Energoprojekt Holding a.d.

COMPULSORY PURCHASE OF SECURITIES ("SELL OUT") UNDER THE PROVISIONS OF CURRENT COMPANY LAW IN SERBIA

Summary

In the Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council on takeover bids the institute of the compulsory purchase of securities ("sell out") has been established, as the instrument of the protection of minority shareholders rights when control of the companies has been acquired by takeover bids. This institute appears in Serbian legislation in the Company Law 2004 under the influence of the aforementioned Directive, but in the form that expands its scope of implementation, not related only to the moment of the takeover of the company by takeover bid or any other way of acquisition of qualified capital share in the company. In the new Company Law 2011 the changes were further introduced in regard to this issue. This Article intends to indicate the extent of distinction of this institute from its original form, following the adoption of the new Company Law, and what are the consequences of its implementation in practice.

Key words: *right on "sell out" of securities, compulsory purchase of securities, minority shareholders, capital share, controlling shareholder, takeover of companies.*

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

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

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

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

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

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

Пример:

I Појам

1. Терминологија

a) *Терминологија у ујоредном праву*

1) Немачко право

Чланак се предаје у електронском облику.

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

ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

1. Књиге

a) Књиге се цитирају на следећи начин:

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

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

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

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

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

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

в) Књига коју је неко лице приредило као уредник се цитира тако што се након његовог имена и презимена у загради наводи ознака „уредник“ или скраћеница „ур.“, односно одговарајућа ознака на језику на ком је књига објављена.

Пример: Мирко Васиљевић (уредник), *Акционарска грушиџва, 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 њаиџира*, 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 љривреда*, 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 љривреда*, бр. 1–4/2005, стр. 43.

Michael C. Jensen, William H. Meckling, „Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure“, *Journal of Financial Economics*, Vol. 3, 1976, стр. 307.

- в) Када се цитира један чланак одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, након чега се додаје скраћеница *нав. чланак* курзивом, потом стр. и број стране.

Пример: В. Радовић, *нав. чланак*, стр. 164.

- г) Када се цитира више чланака истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, отворени наводници, пун наслов чланка, затворени наводници, потом стр. и број стране.

Пример: В. Радовић, „Стечајни исплатни редови“, стр. 184.

- д) Рад, односно чланак објављен у оквиру зборника радова или књиге, коју је неко друго лице приредило као уредник, се цитира на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, ознака „у:“, име уредника, презиме уредника, назив зборника радова, односно књиге, евентуално редни број издања, место издања, година издања, скраћеница „стр.“, број стране.

Пример: Небојша Јовановић, „Отварање и затварање привредних друштава“, у: Мирко Васиљевић (уредник), *Акционарска друштва, берзе и акције*, Београд, 2006, стр. 307.

3. Прописи

- а) Прописи се цитирају на следећи начин:

пун назив прописа, отворена заграда, гласило у коме је пропис објављен курзивом, број гласила и година објављивања, затворена заграда, скраћеница чл., ст., тач., односно пар. и број одредбе.

Пример: Закон о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 125/2004), чл. 15.

- б) Ако ће наведени закон поново бити цитиран у раду, приликом првог цитирања се после броја гласила и године објављивања наводи скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати.

Пример: Закон о регистрацији привредних субјеката (*Службени гласник РС*, бр. 55/2004 и 61/2005; даље у фуснотама: ЗРПС), чл. 3 ст. 1.

- в) Члан, став и тачка прописа означава се скраћеницама чл., ст. и тач., а параграф скраћеницом пар.

Пример: чл. 24 ст. 1 тач. 5 или пар. 14.

- г) Приликом поновљеног цитирања одређеног прописа наводи се његов пун назив, односно скраћеница уведена приликом првог цитирања, скраћеница чл., ст., тач. или пар. и број одредбе.

Пример: Закон о привредним друштвима, чл. 7.
ЗРПС, чл. 25.

- д) Прописи на страном језику се цитирају на следећи начин:

пун назив прописа преведен на српски језик, година објављивања, односно усвајања, отворена заграда, пун назив прописа на оригиналном језику курсивом, евентуално скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати, затворена заграда, скраћеница чл., ст., тач. или пар. и број одредбе.

Пример: немачки Трговачки законик из 1897. године (*Handelsgesetzbuch*), пар. 29.

британски Компанијски закон из 2006. године (*Companies Act*; даље у фуснотама: СА), чл. 67.

- ђ) Прописи Европске уније се цитирају на начин прописан Приручником за превођење правних аката Европске уније из 2009. године, који је доступан на сајту Канцеларије Владе Републике Србије за европске интеграције (www.seio.gov.rs).

4. Извори са Интернета

- а) Извори са Интернета се цитирају на следећи начин:

име и презиме аутора, односно организације која је припремила текст, назив текста, евентуално место и година објављивања, ознака „доступно на адреси:“, адреса Интернет странице курсивом, датум приступа страници, евентуално скраћеница „стр.“ и број стране.

Пример: Giovannini Group, Cross-Border Clearing and Settlement Arrangements in the European Union, Brussels, 2001, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/financial-markets/docs/clearing/first_giovannini_report_en.pdf, 21.10.2008, стр. 18.

- б) Приликом поновљеног цитирања извора са Интернета наводи се прво слово имена аутора са тачком и презиме аутора, односно назив

организације која је 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.

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

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“